

Enrique Sanjuán y Muñoz
Magistrado especialista en
mercantil por el CGPJ
Profesor de Derecho Mercantil
de la Universidad de Málaga

-

La recepción por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del derecho angloamericano

Sumario

-

El Tribunal Supremo español ha venido, desde siempre, incorporando a sus resoluciones figuras extrañas a nuestro ordenamiento jurídico, tanto nominalmente como en el necesario desarrollo jurisprudencial que determinadas instituciones jurídicas requerían. Más allá de la internacionalidad del derecho, la existencia de efectos transnacionales en determinados contratos o cláusulas se ponen de manifiesto en esa jurisprudencia, exigiendo una respuesta cierta y segura por parte de los tribunales españoles que ha motivado la aparición, importación y recepción de términos y desarrollos desde el derecho extranjero. Uno de los fundamentales, precisamente por el ámbito internacional de las figuras en los negocios, es el que proviene del derecho anglosajón que se tratan en el presente trabajo. Construcciones derivadas del common law como el «disregard of the legal entity», nominaciones como «net asset value», la doctrina del «best effort» o del «cases of controversies», la inaplicación del «punitive damages», la asimilación del «agent» anglosajón al contrato de gestión de los negocios ajenos, la distinción entre «time sharing», multipropiedad y aprovechamiento por turnos, la aplicación de reglas de prueba como la «preponderance of evidence», la incorporación de usos de comercio como la denominada cláusula «paramount» y los efectos probatorios de los mismos (el affidavit por ejemplo), constituyen ejemplos suficientes de ello. Pero el origen de todas estas menciones o incorporaciones es, como veremos, diferente.

Abstract

-

The Spanish Supreme Court has always incorporated into its decisions strange figures to our legal system, both nominally and in the necessary jurisprudential development that certain legal institutions required. Beyond the internationality of the law, the existence of transnational effects in certain contracts or clauses are evident in this evolution, requiring a certain and secure response from the Spanish courts that has led to the appearance, import and reception of terms and developments from foreign law. One of the fundamental ones, precisely because of the international scope of business figures, is the one that comes from the Anglo-Saxon law that is dealt with in the present work. Constructions derived from common law such as the «disregard of the legal entity», nominations such as «net asset value», the doctrine of «best effort» or «cases of controversies», the non-application of «punitive damages», the assimilation of the Anglo-Saxon «agen» to the contract of management of other people's businesses, The distinction between «time sharing», timeshare and shift use, the application of rules of evidence such as the «preponderance of evidence», the incorporation of commercial uses such as the so-called «Paramount» clause and the evidentiary effects of these (the affidavit for example), are sufficient examples of this. But the origin of all these mentions or incorporations is, as we can see here, different.

Title: *The reception by the civil division of the Spanish Supreme Court of Anglo-American law.*

Palabras clave: Tribunal Supremo, España, derecho extranjero, derecho anglosajón, Derecho común, derecho civil.

Keywords: *Supreme Court, Spain, foreign law, common law, civil law.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2022.i1.02

Índice

- - 1. Introducción**
 - 2. Las funciones delimitadora e interpretativa de las instituciones recepcionadas**
 - 3. La utilización obiter dicta de las figuras del derecho anglosajón**
 - 4. El uso de las figuras del derecho angloamericano fruto de la evolución jurisprudencial en el propio Tribunal Supremo**
 - 5. La aceptación como válidas de las figuras similares**
 - 6. La recepción limitada de las figuras**
 - 7. El rechazo a la semejanza y la aplicación de nuestras fuentes**
 - 8. Su recepción desde la normativa nacional, europea e internacional**
 - 9. Los pactos, usos y costumbres como origen**
 - 10. Los efectos probatorios de las instituciones angloamericanas**
 - 11. La asunción de la terminología**
 - 12. El proceso de incorporación a la doctrina jurisprudencial**
 - 13. Conclusiones**
 - 14. Bibliografía**
- Anexo I: Términos analizados**
-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

«La cultura legal de la civilización occidental se divide en dos sistemas legales totalmente distintos: los países que han adoptado códigos a la imagen del *Corpus Iuris de Justiniano*; y los países anglosajones con el derecho casuístico» [RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts*, 4th ed., 1958, p. 7.]

1. Introducción

La influencia del derecho angloamericano¹ (sobre la base del *leading case*² o del *Stare desisis*³) en el denominado derecho continental⁴ en nuestros tribunales, es cada día mayor debido a lo que se ha denominado la transnacionalidad de los negocios⁵ y a los efectos globales que los mismos vienen a producir -desde cualesquiera de los fueros en donde se pacte- en otros sistemas⁶. Los altos tribunales de los diferentes países no son ajenos a ello pues vienen a aplicar no solo las denominadas normas de conflicto⁷, sino concretas instituciones – o la evolución de estas- a partir de una falta de regulación en esos países o bien por la necesidad de acomodar las nuevas figuras al derecho propio de cada uno de los estados. A todo ello se une nuestra pertenencia a la Unión Europea en donde, entre otros, sin duda la influencia anglosajona⁸ (sobre todo en materia

¹ Vid al efecto DAVID/JAUFFRET-SPINOSI, *Los grandes sistemas jurídicos continentales*, Instituto de investigaciones jurídicas, 2010. Para ver las influencias del derecho canónico en el derecho angloamericano vid. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Derecho Angloamericano y Derecho Canónico. Las raíces canónicas de la «common law*, Prólogo de Stephan Kuttner, Civitas, Madrid, 1991.

² Se trata de asuntos que inician una tendencia y por lo tanto vincularán la posterior resolución de otros tribunales para constituir la doctrina del *Stare decisis*. Vid al efecto COLIERE, «Precedent and Legal Authority: A Critical History», 1988, Wis. L. Rev. 771. Disponible en: <http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/675> (Fecha de consulta: 24.08.2020). Vid también LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 354 ss; pp. 429 ss. En cuanto al precedente en concreto véase GAMBARO/SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2002, pp. 123-129.

³ La institución del *Stare decisis et non quieta moveré* es propia del sistema angloamericano y parte de la vinculación de la jurisprudencia o del leading case en otros supuestos sustancialmente idénticos. No es la *res iudicata* propia de las sentencias sino la obligación del juez, salvo los casos en que se permite su modificación, de seguir lo resuelto en otro asunto de igual base fáctica. Vid LEGARRE/RIVERA, «Naturaleza y dimensiones del "stare decisis"», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N°1, 2006, pp. 109 -124; también LEGARRE, «Stare decisis y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos», *El Derecho*, 2005. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/3133>. Vid también CARNOTA, «El «Stare decisis» interno en sede internacional: un problema de «circularidad» y «retroalimentación» de las fuentes del derecho», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 14, Madrid, 2010, pp. 73-88; para el derecho norteamericano véase NOAD, «Stare decisis in the inferior courts of the united states», *Nevada law journal*, Vol. 12:787, pp. 787-829.

⁴ EIZAGUIRRE, «Civil law: la vigencia de una categoría convencional», *Anuario Derecho Civil*, Vol. 65, 2012, pp 533-546. Para RAGOWSKI, *Civil Law*, 1996, p. 11, «La denominación civil law resulta de la contraposición del régimen jurídico propio de la Europa continental, respecto del sistema jurídico angloamericano conocido como common law.»

⁵ Vid BARTLET/GHOSHAL *La empresa sin fronteras: la solución transnacional*, McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 1991.

⁶ Vid PARRA, «Origen y evolución del sistema anglo-americano de derecho internacional privado», *Separata de la Revista de Derecho y Legislación*, Caracas, 1966.

⁷ Vid por ejemplo STS 56/2019, Civil (sección 1), de 15 de enero de 2019 (ROJ: STS 56/2019).

⁸ STÜRNER, «Tendiendo un puente entre el common law y el derecho continental. ¿constituyen las diferentes metodologías de trabajo un obstáculo contra una mayor armonización del derecho privado europeo?», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2007, pp. 177-193.

mercantil⁹) se pone de manifiesto en cada una de las directivas o reglamentos que desde Bruselas se vienen aprobando -con necesidad armonizadora- a los efectos de construir un sistema coherente y común desde la idea base que la «eliminación de los obstáculos existentes exige una acción concertada para garantizar un desarrollo económico estable, un intercambio comercial equilibrado y una competencia leal¹⁰».

Desde esas líneas esenciales podemos distinguir una recepción de las figuras de dicho derecho que, en lo que respecta a nuestro alto Tribunal, se pone de manifiesto en lo siguiente: 1º. Por un lado, en la necesidad de recoger esas figuras y adaptarlas (tanto sean desde el derecho comunitario¹¹ o internacional, como de las cláusulas de los negocios o contratos realizados entre partes y sujetas a otro fuero o con reconocimiento, en el propio, de sus peculiaridades¹²) a nuestras instituciones¹³, sus efectos y formas de cumplimiento y extinción. La existencia de estas no puede ser negada y por tanto bien sea en aplicación de normas de conflicto (cuando sea el caso) o bien sea desde la propia regulación adaptada a nuestra idiosincrasia jurídica y económica¹⁴, nuestro sistema es cerrado (art. 1.7 CC.) y por lo tanto requiere siempre de una solución al conflicto que

⁹ Vid & 9 "Los usos y costumbres como origen".

¹⁰ Preámbulo del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Acta Final de la Conferencia intergubernamental del Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007.

¹¹ No obstante, y como afirma STÜRNER, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2007, p.183, «Los estudios comparativos alcanzan a menudo la conclusión que, a pesar de las diferentes raíces de los órdenes legales, éstos tienden a encontrar soluciones similares para problemas puntuales. Esto es particularmente cierto con respecto a los órdenes legales europeos, debido a la influencia del derecho comunitario.»

¹² En este sentido se recoge en la STS 1063/1998, Civil (sección 1), de 21 de noviembre de 1998 (ROJ: STS 6933/1998) cuando trató el contrato de leasing: «Pues bien, la figura contractual del leasing también denominado como arrendamiento financiero está fundamentada esencialmente con el fin de desarrollar sus efectos en las áreas económica y financiera, por lo que su regulación debe estar presidida por una simbiosis de la economía y del derecho. Por ello el contrato de leasing de origen anglosajón se puede definir como un contrato por el que la sociedad de leasing se obliga a financiar la posibilidad de utilización de un objeto a un usuario, comprándolo al suministrador según las instrucciones de aquél y transfiriéndolo directamente al usuario contra el pago de cantidades periódicas calculadas en relación con los costes de adquisición, previéndose a veces, para el término del periodo pactado una opción de compra a favor del usuario. En nuestro derecho su regulación, se encuentra en la Disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, ampliada por la Ley 28/1998, de 13 de julio de 1.998 -posterior a los hechos nucleares de la actual contienda judicial- en su Disposición adicional primera, que establece su posibilidad de inscripción en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles. Siendo conocido en ambas normas con el nombre de arrendamiento financiero. Ahora bien, como dicha regulación no es completa, se deberá tener en cuenta para su determinación y alcance la voluntad de las partes contratantes a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código Civil, y sobre todo lo establecido en la doctrina jurisprudencial emanada de las sentencias de esta Sala, que ya se puede estimar como pacífica, y basada esencialmente en la doctrina científica mayoritaria moderna.»

¹³ Adaptando la norma extranjera a nuestro derecho en la interpretación que de los daños se realiza en el derecho inglés, la STS 868/1997, Civil (sección 1), de 10 de octubre de 1997 (ROJ: STS 6024/1997): «En este sentido se construye la teoría de reparación de daños -torts-, que nace en el derecho anglosajón y que con su pragmatismo lógico, exige que la persona que sufre un daño injusto debe ser repuesto en la misma posición económica de la que antes de que el daño le fuera inferido injustamente. Pero en la presente "litis", no hay que reponer nada, puesto que la firma recurrente mantiene, hoy por hoy, la misma posición económica, con independencia del abono, correcto o no, de la prima del contrato de seguro.»

¹⁴ La doctrina de la vinculación o *by stoped* sería por ello aplicada por la STS 927/2004, Civil (sección 1), de 30 de septiembre de 2004 (ROJ: STS 6087/2004) en los siguientes términos: «Precisamente la doctrina de la "vinculación" que se produce con dichos "actos", tiene un marcado carácter procesal, pues se trata de impedir a una parte atacar en el proceso lo que la misma ha reconocido fuera de él, lo que es genuino del Derecho anglosajón, con la doctrina del "by stoped".»

ante los tribunales se haya planteado¹⁵. 2º. En segundo lugar la obligación de integrar la interpretación que de las mismas pudiera necesitar hacerse¹⁶ e incluso en adaptación de su propio proceso evolutivo al propio de nuestras instituciones y figuras cuando la semejanza¹⁷ o diferencia¹⁸ entre unas y otras lo permita. 3º. En tercer lugar, la recepción que de las mismas se

¹⁵ La negación de la doctrina anglosajona de la *res ipsa loquitur* se puede ver inicialmente en STS 44/1993, Civil (sección 1), de 2 de febrero de 1993 (ROJ: STS 19162/1993): «En cualquier caso, como ya se ha dicho, incumbe a la parte la demostración de la infracción de la lex artis puesto que en nuestro Derecho no se ha abierto camino la regla *res ipsa loquitur* que el Derecho anglosajón aplica a los casos de actuaciones profesionales médicas, determinante de la inversión de la carga de la prueba. Por todo ello procede también la desestimación de este motivo.» No obstante y acogiendo la figura la STS 1146/1998, Civil (sección 1), de 9 de diciembre (ROJ: STS 7437/1998), vendría por primera vez a reconocerla: «[C]onviene recordar la doctrina sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor (así, la Sentencia de 13 diciembre 1997 [A.8816]), que corresponde a la regla «*res ipsa loquitur*» (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla del *Anscheinsbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual); lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima» (FD. 2º). En el mismo sentido STS 461/2003, Civil (sección 1), de 8 de mayo (ROJ: STS 3134/2003): «[U]na caída y una lesión que tampoco se dice que fueran especialmente graves, ni complicados, tienen un tratamiento largo y doloroso con un resultado que no puede por menos que considerarse desproporcionado: una cojera irreversible; lo cual crea una deducción de negligencia («*res ipsa loquitur*»), una apariencia de prueba de ésta («*Anscheisbeweis*»), una culpa virtual («*faute virtuelle*»). No se trata, pues, de una objetivación absoluta de responsabilidad sino de apreciación de culpa, deducida del resultado desproporcionado y no contradichos por hechos considerados acreditados por prueba pericial. Se produce un suceso y un daño: es claro que no consta causa del mismo imputable a la víctima (...), ni se menciona el caso fortuito o la fuerza mayor; la causa fue la actuación médica, de cuyo mal resultado se desprende la culpa y, por ende, la responsabilidad» (FD 3º).

¹⁶ La STS 506/1994, Civil (sección 1), de 28 de mayo de 1994 (ROJ: STS 22378/1994), vendrá a aplicar el principio penal de “sin duda razonable” del derecho inglés a la prueba de paternidad: «en su fundamento jurídico 2º Se dice: el resultado de la prueba biológica, practicada para mejor proveer en esta alzada, no puede ser más concluyente al afirmar que se da el 99, 99 por 100 de probabilidades de que el apelante sea el padre de la apelada. Esta afirmación es equivalente a la que se hace cuando se manifiesta que algo es cierto sin duda alguna razonable, expresión que se emplea en las causas penales en el derecho anglosajón, con lo que se da a entender que no se puede pretender llegar a verdades absolutas para que haya una convicción judicial»; Vid para la formulación de ello (*beyond a reasonable doubt*) *Woolmington v DPP* [1935] UKHL 1 (23 May 1935) que así la estableció.

¹⁷ Sobre la semejanza en la evolución de la compensación de culpas y el denominado por el tribunal “comparative negligence”, STS 1782/1984, Civil (sección 1), de 15 de diciembre de 1984 (ROJ: STS 1784/1984): «la doctrina evolucionó científica y legislativamente, como refleja el párrafo doscientos cincuenta y cuatro del Código Civil alemán (BGB), al que sigue el artículo mil doscientos veintisiete del italiano de mil novecientos cuarenta y dos (aplicado al campo extracontractual por el dos mil cincuenta y seis), correspondiendo con la evolución operada en el Derecho anglosajón, donde la vieja fórmula de la “contributory negligence” es sustituida por la de la “comparative negligence” (Law Reform Act inglesa de mil novecientos cuarenta y cinco, Sección I) y con la moderna tendencia de la Jurisprudencia francesa; parte de la idea de que la culpa del autor no se compensa con la de la víctima, sino que ambas concurren en la producción del resultado dañoso y consiste, esencialmente, en estimar demasiado dura para la víctima la sanción compensatoria que excluye todo derecho a la reparación -no siendo la culpa exclusivamente suya- afirmando que tenía que valorarse discrecionalmente por los Tribunales, a los que se les debe facultar para establecer una gradación, atendiendo las circunstancias del caso, que posibilite llegar a la compensación de lo único compensable, que son las consecuencias reparadoras. Esta fue la línea seguida igualmente por la Jurisprudencia española, para llenar el vacío legal, aunque a veces continúe utilizando la antigua denominación de compensación de culpas para referirse al fenómeno de concurrencia o concurso, con una discrepancia que, sin embargo, afecta más a la terminología que a la sustancia, correctamente expuesta y reiteradamente sostenida».

¹⁸ Diferenciando el sistema en materia del precedente STS 448/1963, Civil (sección 1), de 10 de mayo de 1963 (ROJ: STS 997/1963): «...se rechazaban igualmente, por ajenas a la cuestión debatida y a nuestro derecho procesal, contra lo que ocurre en el anglosajón, las circunstancias alegadas sobre accidentes anteriores respecto a los cuales se habían instruido los respectivos sumarios y expedientes administrativos».

pueda haber realizado en nuestra propia regulación, bien sea adaptándolas a nuestras peculiaridades jurídicas¹⁹ o bien mediante su incorporación, sin más, en nuestro ordenamiento²⁰.

Sean cuales sean las razones que lo motivan en unos u otros supuestos, el Tribunal Supremo español ha venido recogiendo (por lo que aquí se refiere a la Sala Civil del mismo), referencias, comparativas - e incluso características -y efectos de aquellas en diferentes resoluciones que son el objeto del presente trabajo.

Es muy interesante, a estos efectos, considerar una afirmación que realiza alguna autora²¹ al respecto de la distinción entre los diferentes sistemas (continental y *common law*) al afirmar que «... en la tradición romano-germánica, el derecho se forja y se estudia en las universidades y los grandes juristas son profesores; en el *common law*, que proviene de la experiencia y se fragua en los tribunales, los grandes juristas son los jueces»²². Diferencia entonces entre lo escolástico de la ciencia continental y lo forense de la angloamericana. La idea lanzada, que se basa más en el régimen de construcción del derecho, en donde la ley es forjada en el parlamento o por los tribunales, según los sistemas, pero explicada sobre bases teórico-abstractas o sobre casos concretos, (también en función de los mismos) tiene un punto de ruptura o brecha – por así decirlo- en la aplicación por los tribunales continentales de las figuras del derecho angloamericano en los tres niveles de acceso que hemos destacado, pues en este caso la recepción que se realiza por los mismos, su aplicación y su adecuación al sistema continental es realizado esencialmente por los tribunales, limitándose la doctrina a ese análisis teórico-abstracto que hemos señalado, en tanto a la existencia del mismo y su aplicación en el derecho concreto, pero no podrá realizarlo (salvo teorización absoluta de *lege ferenda*) hasta que no es usado en el caso concreto por los órganos jurisdiccionales²³.

Este último por tanto es el punto de vista que queremos destacar en este trabajo y por ello la adecuación del mismo parte de los casos concretos analizados por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) y la aplicación que el mismo pudiera hacer en los tres ámbitos de recepción que hemos recogido más arriba. Una vez que ha sido recepcionado el sistema parte de la distinción entre lo

¹⁹ Esta adaptación se puede ver en STS 809/2002, Civil (sección 1), de 31 de julio de 2002 (ROJ: STS 5775/2002): «Como dicha compañía solicitara la ampliación de las facilidades crediticias -que se desarrollaban bajo la figura jurídica del derecho anglosajón denominada "overdraft" o descubierto en cuenta corriente, no coincidente con el contrato español de nombre similar, pues se trata de un tipo especial de descubierto que ha de ser abonado en condiciones de plazo libremente determinadas por el Banco-, don Imanol , entonces socio y gestor de "DIRECCION000 ", se comprometió con la entidad bancaria, y como condición para dicho aumento, a la aportación a la empresa de la cantidad de 300.000 libras esterlinas y, mientras tanto, a constituir, en unión de sus familiares, una hipoteca sobre su casa en Marbella, la cual, junto a un aval personal, garantizara el incremento del descubierto.»

²⁰ En este sentido algunos autores vienen a señalar que «el creciente uso de anglicismos en el ámbito del derecho español no puede explicarse dentro del marco de la semántica tradicional aludiendo a un supuesto matiz de especificidad del término empleado, sino que debe recurrirse a una explicación de carácter pragmático ya que su uso responde más a menudo a una cuestión relativa a la imagen del usuario del préstamo que a una sincera razón de fidelidad al término original. Optando por el uso del anglicismo crudo e innecesario, el hablante intenta proyectar en su discurso una imagen de cosmopolitismo o de acomodo a los conceptos del todopoderoso derecho angloamericano que poco tiene que ver con la idea de delimitar claramente el ámbito de aplicación del término empleado. Consecuentemente, este fenómeno pertenece más claramente al dominio de la comunicación inferencial que al campo de la semántica propiamente dicho.» Vid. SÁNCHEZ-REYES/DURÁN, «Una aproximación pragmática al uso de anglicismos en el derecho español», *Estudios de Lingüística Inglesa Aplicada*, núm. 3, 2002, pp.249-258.

²¹ DEL BARRIO, *La jurisprudencia en el common law (desde la perspectiva del jurista continental)*, Aranzadi Thomson Reuters, 2018.

²² DEL BARRIO, *La jurisprudencia en el common law*, Aranzadi Thomson Reuters, 2018, p. 42.

²³ Vid CLEMENTE DE DIEGO, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Comares, 2016.

que es construcción jurisprudencial (cuando lo sea) y construcción legal. El desarrollo de esa construcción jurisprudencial sigue, hasta el momento en que se positiviza²⁴, bajo el control del tribunal casacional y su aplicación al caso concreto ha de obedecer los criterios fijados por el mismo, pues, aunque la jurisprudencia tiene en nuestro derecho un efecto interpretativo (art. 1.6 CC²⁵) la única posibilidad de su aplicación es conforme a los elementos, requisitos y limitaciones que la misma ha aplicado²⁶. De forma diferente la positivización y su adaptación al derecho español de lo regulado por la norma (tanto en derecho nacional como en derecho de la Unión Europea) seguirá el mismo criterio en la aplicación jurisprudencial que el sistema de fuentes de todo nuestro derecho²⁷, pues una vez incorporado la función jurisprudencial vuelve a ser interpretativa²⁸.

2. Las funciones delimitadora e interpretativa de las instituciones recepcionadas

Cuando el Tribunal Supremo recepciona una institución o figura propia del derecho angloamericano puede hacerlo, como hemos señalado, desde tres niveles diferentes. Por un lado, porque recoge, por cualquier razón, esas figuras y las adapta (tanto sean desde el derecho comunitario como desde los negocios o contratos realizados entre partes y sujetas a otro fuero o con recogimiento, en el propio, de sus peculiaridades) a nuestras instituciones, sus efectos y formas de cumplimiento y extinción. Otra forma de recepción es la que deriva de la necesidad de integrar la interpretación que de las mismas pudiera necesitar hacerse e incluso en adaptación de su propio proceso evolutivo al propio de nuestras instituciones y figuras cuando la semejanza o diferencia entre unas y otras lo permita y lo aconseje para una mejor resolución del caso. En tercer lugar, la recepción se puede haber realizado directamente en nuestra propia regulación y desde ahí requiere una interpretación coherente y conforme que nos permita adaptarlas a nuestras peculiaridades jurídicas.

Cuando el derecho interno nacional las ha incorporado, la función que realiza el Tribunal Supremo es de interpretación en la aplicación del derecho²⁹ (art. 1.6 CC), si bien en este supuesto nos podemos encontrar con dos casos u orígenes diferentes: por un lado que sean novedosas y desde ahí requieren esa interpretación; por otro que ya hubieran venido siendo utilizadas por el alto tribunal y las hubiere delimitado jurisprudencialmente, lo que requerirá necesariamente su adaptación o reinterpretación conforme al texto *lege data*. En el supuesto en que nuestro derecho no las hubiere incorporado, la aplicación por el Tribunal Supremo obedece a dos criterios

²⁴ Sobre la noción de positivismo véase BOOBIO, «Ancora sul positivismo giuridico», *Rivista di Filosofía*, LIII, 1962, México, BEFDP, 2001, pp. 91 ss.

²⁵ FERRERES COMELLA, *La jurisprudencia como fuente del derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Edición homenaje a D. José Puig Brutau, Bosch, 2006.

²⁶ Vid &12. El proceso de incorporación a la doctrina jurisprudencial.

²⁷ MARTÍNEZ SOSPEDRA, *Fuentes del Derecho en el Derecho Español. Una introducción*, 09/2010, Tirant lo Blanch.

²⁸ Vid CAMPUZANO/ SANJUÁN, *Manual de derecho mercantil*, Aranzadi, 2018.

²⁹ Para LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «Comentario del artículo 1.6 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirs. Manuel Albaladejo/Silvia Díaz Alabart), tomo I, volumen 1.0, 2.a ed., Madrid, 1992, p. 357, la determinación de la función de complemento de la jurisprudencia es una constatación de lo que ya teníamos. Y en este sentido LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t.I-1º, Bosch, 1988, p. 218, señala que «complementar, se ha advertido de forma repetida, no es completar: el ordenamiento está completo sin la jurisprudencia e, incluso, cuando "se cubre una laguna" lo que hace la jurisprudencia es declarar en el caso cuál es la regulación que procede a tenor de la ley, de la costumbre o de los principios generales del derecho.»

diferentes: por un lado la atipicidad de los contratos puede llevarle a aplicar figuras semejantes y por tanto su desarrollo, en adaptación a nuestro derecho, desde el derecho angloamericano; por otro en tanto adopta ese tipo de figuras y más o menos desarrollado sus características, bien por los efectos transnacionales que los negocios conllevan o bien porque simplemente los incorpora creando con ello un desarrollo jurisprudencial de la institución que cierra el sistema de regulación, en tanto no se encuentra en nuestra norma o en cuanto se hace necesario para resolver el supuesto concreto³⁰.

La realidad transnacional de los negocios ha llevado a tener que considerar nuestro cerrado y completo sistema desde una perspectiva más amplia y por ello se habla de la función nomofiláctica³¹ de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues en ello está la necesaria unificación jurisprudencial. En este sentido se ha afirmado que «... uno de los objetivos de la casación es lograr una interpretación uniforme de las normas, la seguridad jurídica perseguida requiere estabilidad en la jurisprudencia, pero al mismo tiempo, no hay que olvidar la conveniencia de que la interpretación de las normas se ajuste en cada caso a la cambiante realidad social y a las evoluciones que se consoliden en la doctrina. Es preciso un equilibrio entre la exigencia de adaptación del Derecho a las transformaciones de la sociedad y la permanencia necesaria de la norma³².» Por eso se afirma que «... el desconocimiento por el tribunal de instancia de la doctrina mantenida con anterioridad por el Tribunal de casación no prejuzga el resultado, es decir, no es suficiente para que prospere el recurso de casación.³³»

Es decir que el Tribunal Supremo, como otros tribunales inferiores, deberán adaptar la regulación existente a los concretos hechos que motiven la decisión que haya de tomarse, y esto puede requerir la adaptación de la figura o institución jurídica que finalmente sea necesario acomodar.

Esto es lo que ha ocurrido por ejemplo en el supuesto de las cartas de patrocinio³⁴, en donde el Tribunal Supremo³⁵ ha venido a reseñar para resolver el supuesto planteado que era «...preciso traer a colación unos datos jurídicos necesarios para resolver lo más correctamente la actual controversia. Y en ello hay que decir que con el nombre de "cartas de patrocinio", también denominadas "cartas de confort", "cartas de apoyo", "cartas de conformidad", "cartas de responsabilidad", "cartas de garantía"..., se designa una fórmula de crédito financiero, que se ha introducido en nuestro derecho proveniente del derecho anglosajón, véase las denominadas "*letter or responsibility*", "*letter of support*", "*letter de patronage*", "*letter of intention*", etc., a las que la doctrina científica moderna española ha dado verdadera carta de naturaleza, y que asimismo

³⁰ En este sentido PARRA LUCAN, «Alcance y valor de la jurisprudencia en el Derecho privado español», *Revista electrónica de direito*, núm.1, 2017, afirma que: «... algunas sentencias, a la interpretación que de una norma jurídica mantiene el propio tribunal se la califica como "norma jurisprudencial" y, de manera más habitual, sin llegar a esa exageración en el lenguaje, desde hace algunos años, muchas sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo que resuelven recursos de casación vienen afirmando, antes de señalar cuál es su interpretación de la norma infringida que, "se declara", "se fija", "se sienta como doctrina"».

³¹ FAGGIOLI, «La función nomofiláctica como mecanismo de unificación en la interpretación del derecho», *Revista CES Derecho*, Vol. 10, No. 2, julio –diciembre de 2019, pp. 591-604.

³² PARRA LUCAN, *Revista electrónica de direito*, núm.1, 2017, p. 30.

³³ Ibi dem.

³⁴ Nos referiremos más detenidamente a ellas en &12, al analizar el proceso de incorporación que ha seguido el Tribunal Supremo.

³⁵ STS 529/2005, Civil (sección 1), de 30 de junio de 2005 (ROJ: STS 4375/2005).

aparece recogida y estudiada por la jurisprudencia de esta Sala -STS. de 16 de diciembre de 1985 y colateralmente la de 10 de julio de 1995-».

3. La utilización obiter dicta de las figuras del derecho anglosajón

El refuerzo de la argumentación a la hora de decidir es también una razón de utilización por parte de los tribunales de las figuras extranjeras. Esto no es ajeno al propio alto Tribunal en tanto también como refuerzo de lo que resuelve y con la institución nacional que utiliza, viene usando de esas comparaciones. No es por lo tanto la figura jurídica la que se acoge sino su regulación en otros Estados para, comparándola con la nuestra, aplicar o no una u otra concreta interpretación. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, al analizar la cláusula «*rebus sic stantibus*» en la STS de 9 de enero de 2019³⁶. En dicha sentencia se afirma que «a diferencia de otros ordenamientos jurídicos que han regulado los efectos de la alteración de la base del negocio -GESCHÄFTSGRUNDLAGE, en el derecho alemán (§ 313 BGB); excesiva onerosità sopravvenuta en el Código civil italiano (LEG 1889, 27); o frustration o hardship del derecho anglosajón-, nuestro Código Civil no regula un mecanismo semejante que expresamente permita modificar el contenido de las obligaciones en función de cambios imprevisibles para el cumplimiento del contrato. No obstante, en la actualidad existe una tendencia a que la regla se incorpore a propuestas o proyectos de textos internacionales (art. 6.2.2 de los principios UNIDROIT), de Derecho de la Unión Europea (art. 6.111 de los Principios de Derecho Europeo de la Contratación, PECL) y nacionales (art. 1213 del CC en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos preparada por la Comisión General de Codificación).» Y añade aún más que «[a]unque los Principios de Derecho Europeo de los Contratos no tienen carácter vinculante, la jurisprudencia de esta sala los ha utilizado reiteradamente como criterios interpretativos de las normas de derecho interno. Verbigracia, la sentencia 1180/2008, de 17 de diciembre, señala que "el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL) permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil", y cita múltiples sentencias en las que se han utilizado estos principios con esos fines. Mientras que, en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos preparada por la Comisión General de Codificación, se propone para el art. 1213 CC la siguiente redacción, inspirada tanto en la idea de la causa negocial, como en la de la asignación de riesgos: "Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si esta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. "La pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quiera obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato".»

Una mención más y muy interesante es la que nos da la STS de 22 de octubre de 1996³⁷, al analizar la distinción entre «garaje» y «parking» para determinar la normativa aplicable conforme a nuestro derecho. En su argumentación el Tribunal utiliza el origen semántico para aplicar una u otra: «La terminología no sirve tampoco para establecer distinciones apresuradas; mientras

³⁶ STS 5/2019, Civil (sección 1), de 9 de enero de 2019 (ROJ: STS 13/2019).

³⁷ STS 849/2005, Civil (sección 1), de 22 de octubre de 1996 (ROJ: STS 5733/1996).

"garaje" es una palabra, de origen galo, que significa "local destinado a guardar automóviles", aparcamiento, replica a la voz inglesa " parking", contempla la acepción de "lugar destinado para aparcar vehículos" esto es para "colocar convenientemente el vehículo en la zona de que se trate". Aparcamiento, por tanto, es término que sólo expresa el efecto de una acción sin que implique, de suyo, una organización empresarial, ni un acotamiento de terrenos que sean objeto de industria. En la práctica, y de acuerdo con la semántica corriente atendiendo al concepto de negocio, en sentido económico, "garaje" es palabra que aparece constreñida a locales reservados cuyo uso queda limitado a usuarios habituales que guardan en él sus coches, en plaza determinada, ya sea de su propiedad, ya sea arrendada por precio único que no tiene en cuenta las horas de permanencia ni los días, sino periodos temporales de mayor duración (meses o años ...), mientras que el aparcamiento o " parking", entendido, más allá de su acepción neutra, como empresa que cobra un canon, supone un local o terreno acotado, (al que no se puede entrar libremente con el vehículo) con casetas o controles de acceso) en los que se expende, manual o mecánicamente, un ticket o boleto que principalmente marca la hora y el día de entrada del vehículo conducido por el usuario que debe estacionarlo en cualquiera de las plazas disponibles, circunstancia que generalmente se anuncia, por medio de una oferta pública, según carteles avisadores que indican si el espacio destinado se halla "completo" (sin ninguna plaza disponible) o "libre" (con plazas disponibles); y, con casetas o controles de salida que obligan para retirar y llevarse el coche a abonar antes el precio establecido por horas o días de permanencia, conforme a módulos proporcionales. Ninguna razón, fundada en Derecho, apoya que las empresas propietarias o concesionarias de estos servicios de aparcamiento, tengan que ser dispensadas en contraposición a los garajes del deber de guarda y custodia que incumbe a las mismas para cumplir adecuadamente las obligaciones que asume al celebrar contratos con los usuarios.»

4. El uso de las figuras del derecho angloamericano fruto de la evolución jurisprudencial en el propio Tribunal Supremo

Otro de los supuestos típicos y propios de la aplicación de este tipo de cláusulas es la evolución jurisprudencial, bien resulte de la adaptación previa de la norma o de nuevas interpretaciones que han ido fortaleciendo la doctrina del Tribunal Supremo. Esto es, por ejemplo, lo sucedido respecto de las cláusulas denominadas «claim made»³⁸, sobre la eficacia temporal de la cobertura de seguros en cuanto al reclamación sea posterior³⁹. Aunque el Tribunal Supremo no utiliza el nombre de las mismas (pero se hace constar como petición) sí que aplica, en interpretación, el segundo apartado del artículo 73 de la Ley del contrato de Seguro de 1980 en la citada sentencia. Con anterioridad el propio Tribunal Supremo las había rechazado como lesivas⁴⁰. Pero lo que se puede ver en la misma es precisamente esta evolución en dos pasos:

1º. Por un lado en cuanto nos establece cómo está la cuestión en el momento de su resolución: «La jurisprudencia, al interpretar el actual párrafo segundo del art. 73 LCS, añadido por la d. adicional 6.a de la

³⁸ Una crítica a esta interpretación puede verse en YZQUIERDO, «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2018 (252/2018). Sobre el auténtico sentido de las cláusulas «claim made» y su ampliación temporal», *Vlex Seguros*, pp. 439 -451.

³⁹ Para este autor Ibídem p.447 “Son las llamadas cláusulas «claim made», que han originado una extraordinaria polémica en nuestro país. (Sobre estas cláusulas son importantes los trabajos de Reglero Campos [1994, pgs. 17 y ss.], Soto Nieto [1994], pgs. 59 y ss. y Hebrero Álvarez [1988], pgs. 89 y ss (...). La discusión quiso ser zanjada por la Disposición Adicional Sexta. 5, de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que añadió un segundo párrafo al art. 73 LCS.”

⁴⁰ STS 212/1991, Civil, (sección 1), de 20 de marzo de 1991 y STS 1703/1992, Civil (sección 1), de 23 de abril de 1992 (ROJ: 3402/1992).

Ley 30/1965, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, ha considerado admisibles las cláusulas de delimitación temporal del seguro de responsabilidad civil si cumplen el requisito, como cláusulas limitativas que son según la propia norma, de aparecer destacadas de modo especial en la póliza y haber sido específicamente aceptadas por escrito, como exige el art. 3 LCS (sentencias 700/2003, de 14 de julio, 87/2011, de 14 de febrero, 283/2014, de 20 de mayo, y 134/2018, de 8 de marzo). También se ha declarado por la jurisprudencia que la interpretación de estas cláusulas no debe perjudicar al asegurado ni al perjudicado (sentencias 87/2011, de 14 de febrero, y 366/2012, de 19 de junio), pero esta declaración debe ponerse en relación o bien con sentencias sobre el art. 73 LCS antes de su modificación en 1995, o bien con la aplicación de su reducción posterior a casos de sucesión o concurrencia de seguros de responsabilidad civil para evitar períodos de carencia de seguro o de disminución de cobertura en detrimento del asegurado o del perjudicado, pues claro está que las cláusulas de delimitación temporal, como limitativas que son, en principio siempre perjudican al asegurado. En cambio, esta sala no se ha pronunciado sobre la concreta cuestión que plantea el presente recurso, consistente en si cualquier cláusula de delimitación temporal del seguro de responsabilidad civil debe o no cumplir, a la vez, los requisitos de las de futuro (reclamación posterior a la vigencia del seguro, inciso primero del párrafo segundo del art. 73 LCS) y de las retrospectivas o de pasado (nacimiento de la obligación antes de la vigencia del seguro, inciso segundo del mismo párrafo).»

2º. Es desde el reconocimiento de que falta esa interpretación que consolida la citada figura: «Tal interpretación no se corresponde con lo que en realidad dispone el art. 73 LCS. Cualquiera que sea la opinión que merezca la introducción de su párrafo segundo al alterar la regla general de su párrafo primero para poner el acento no en el nacimiento de la obligación del asegurado de indemnizar a un tercero, sino en la reclamación de este tercero contra el asegurado, lo cierto es que se declaran legalmente admisibles dos modalidades de cláusulas de delimitación temporal, cada una de ellas con sus propios requisitos de validez. Así se desprende de su regulación diferenciada en dos incisos separados por un punto y seguido y del comienzo de la redacción del inciso segundo con el adverbio «asimismo», equivalente a «también», seguido de las palabras «y con el mismo carácter de cláusulas limitativas», reveladoras de que cada una de las modalidades contempladas en el párrafo segundo del art. 73 LCS es diferente de la otra y tiene sus propios requisitos de validez, por más que ambas sean limitativas.»

No se trata entonces de una recepción jurisprudencial⁴¹ sino de la constatación de la interpretación evolutiva que el propio Tribunal da a la normativa tras su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico. Así se puede ver igualmente en su confirmación posterior⁴² cuando en la STS de 26 de marzo de 2019 añade que «[a]demás, por su naturaleza limitativa de los derechos del asegurado, su validez también dependía del cumplimiento de los requisitos del art. 3 LCS en cuanto a la doble exigencia de aparecer destacada de modo especial y ser específicamente aceptada por escrito. La sentencia de primera instancia declaró probado que en el condicionado general se incluyó un "Pacto Adicional" por el que tomador y asegurado aceptaban "específicamente" el contenido de los párrafos destacados en negrita incluidos en los artículos de las condiciones generales referidas, entre otras cláusulas, a la de definición de reclamación (1.4.) y a la de delimitación temporal de cobertura (1.2.), y la demandante no impugnó esta apreciación en apelación al centrar la controversia en la cuestión interpretativa de los dos incisos del párrafo segundo del art. 73 LCS, sosteniendo que regulaban requisitos acumulativos, aplicables tanto a las cláusulas de futuro como a las de pasado, y en la realidad del daño y su cuantificación⁴³.».

⁴¹ Un análisis de dichas cláusulas puede verse en el Asunto tratado por el TS-UK, *Braganza v BP Shipping Limited [2015] UKSC 17*.

⁴² STS 170/2019, Civil (sección 1), de 20 de marzo de 2019 (ROJ: 924/2019) y STS 185/2019/2019, Civil, (sección 1), de 26 de marzo de 2019 (ROJ: 1024/2019).

⁴³ Vid también STS 462/2007, Civil (sección 1), de 19 de abril de 2007 (ROJ: STS 2368/2007).

5. La aceptación como válidas de las figuras similares

En el análisis documental, referente a inversión en bonos, que se realiza en la STS de 9 de enero de 2019⁴⁴, no solo se utiliza la figura extranjera como argumentación obiter dicta, sino que además se parte de una terminología propia de ese derecho (por estar incorporada al contrato) que se asume sin más por ser sustancialmente idéntica a la misma existente en nuestro derecho. Este es el supuesto tratado en la misma cuando se afirma lo siguiente: «En este caso, el rendimiento final de la inversión estaba vinculado directamente a la evolución del Net Asset Value (NAV) o valor patrimonial neto del fondo subyacente y en el folleto informativo se advertía expresamente que la inversión en tales condiciones era de alto riesgo y que los inversores estaban expuestos a la pérdida total de la inversión, lo que en este caso vino determinado por la quiebra del fondo. Se plantea, pues, si la mencionada quiebra del fondo subyacente tiene el carácter de hecho imprevisible a efectos de la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*. Y la respuesta debe ser negativa, porque el riesgo de quiebra del fondo estaba previsto contractualmente e incluso puede considerarse un riesgo intrínseco en las notas estructuradas. E igual sucede con la suspensión de la publicación del NAV, por quiebra del fondo o por cualquier otra causa.»

También es ejemplo de ello lo previsto para el levantamiento del velo o la teoría del «disregard of the legal entity⁴⁵» que el Tribunal Supremo utiliza en la STS de 31 de octubre de 1996⁴⁶, aunque ya había sido asumida con anterioridad tal y como indicó la STS de 28 de mayo de 2004⁴⁷. En la de 1996 afirmará lo siguiente: «Pero es más, nunca en la sentencia recurrida se ha pretendido llegar a la teoría de "rasgar el velo" -piercing the veil-, también de origen jurisprudencial norteamericano, o sea de destruir la sociedad o aniquilar su personalidad, a través del - disregard of legal entity-, puesto que en la tantas veces mencionada sentencia recurrida se ha atacado con éxito una operación de tercería procesal ejecutada con fraude de ley, a través de la teoría del "levantamiento del velo", pero nunca se ha pretendido anular la personalidad total de la sociedad recurrente, ni mucho menos aplicada el principio de responsabilidad patrimonial universal, proclamada en el emblemático artículo 1.911 del Código Civil.»

Otra posterior de 1999⁴⁸, delimita como objetivo la misma para señalar que «... se ha utilizado lo que la jurisprudencia norteamericana ha denominado recurso de "disregard of legal entity" a través del cual el Juez puede desestimar la personalidad jurídica de una entidad penetrando en el núcleo de la misma para evitar la comisión de abusos y fraudes». Y recoge su asunción plena: «Esta doctrina ha sido plenamente aceptada en España y, además, en una doble vertiente, como es la del levantamiento del velo -lifting the veil- y la de la rasgadura del velo -piercing the veil-, o sea no sólo de descubrir lo real, sino también deshacer la ilegalidad que muestra tal realidad.»

⁴⁴ STS 5/2019, Civil (sección 1), de 9 de enero de 2019 (ROJ: STS 13/2019).

⁴⁵ MITCHELL, William, «Disregard of the Corporate Entity», *Law Review*, vol. 4: Iss. 2, Article 3, 1978.

⁴⁶ STS 883/1996, Civil (sección 1), de 31 de octubre de 1996 (ROJ: STS 6011/1996).

⁴⁷ La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha configurado la figura del "levantamiento del velo" a través de numerosas sentencias determinando que en concretas y determinadas ocasiones es preciso penetrar en el sustrato de ciertas personas jurídicas a fin de impedir que, al amparo de un formalismo legal, se incida en fraude en los intereses de terceros burlando su buena fe, o se facilite un uso antisocial del derecho; por lo que en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, se pueda decidir con prudencia y en determinados casos por este último y con todas sus consecuencias (S.S. de 28 de octubre de 1.988, 24 de diciembre de 1.988, 16 de octubre de 1.989, 3 de junio de 1.991 y 12 de febrero de 1.993, entre otras muchas).

⁴⁸ STS 332/1999 Civil, (sección 1), de 26 de abril de 1999 (ROJ: STS 2782/1999).

Su modulación se puede ver en otra posterior de 2005⁴⁹ en donde discrimina que "...una situación de fraude de ley o de abuso de derecho -instituciones jurídicas, como dice la Sentencia de 2 de mayo de 1.984, que si bien doctrinalmente y desde el punto de vista de la teoría general del "ius civile" son distintas, en la práctica no siempre resulta clara su exacta separación -SS 12 mayo 1.972 y 5 enero 1.977-, dado que en general su finalidad es idéntica, impedir que los textos de la ley, estimados literalmente, puedan servir para amparar actos o situaciones contrarias a la realización de la Justicia-, ni se incidió en una conducta contraria a la mala fe, ni se aprecia una situación abusiva mediante una instrumentación fraudulenta de la autonomía patrimonial societaria que deba traducirse en una sanción para los integrantes de la sociedad, mediante la aplicación de la técnica anglosajona del desentendimiento de la personalidad jurídica autónoma ("disregard of legal entity"), aunque también se habla de levantar la máscara, y sobre todo -y tal frase se ha consagrado en nuestra práctica judicial- de levantar el velo ("to lift the veil") de la persona jurídica».

Una STS de 8 de julio de 1977⁵⁰ ya se refirió al denominado contrato de llave en mano⁵¹, que la STS de 22 de diciembre de 1991 viene a referir como contrato de «engineering llave en mano» para distinguirlos de otros denominados C-4. En esta se afirmará que «[e]n la sentencia de 8 de julio de 1977, el Tribunal Supremo resolvió un problema referente a un Crédito de los calificados o denominados de "engineering" o de "llave en mano". En cambio, en el presente caso, se trata de créditos o préstamos de los conocidos bajo el nombre de C-4, o sea, de prefinanciación con pedido en firme, que por su propia naturaleza exigen la dedicación o inversión de los fondos obtenidos a unos concretos y determinados bienes, que son los contratados por el importador extranjero y no otros.» En realidad, el concepto es muy reducido cuando nos referimos a ellos solo con dicha expresión y en el tráfico internacional serán los denominados «Engineering, Procurement and Construction», que, conforme a la autora referida, tendrían notas comunes pero muchas diferencias según el tipo de contrato. Entre estas notas comunes nos encontramos con tres concretas: «a) se establece una única relación entre cliente-contratista; b) este último, junto a sus funciones tradicionales, asume la concepción del proyecto; y c) se fija un precio a tanto alzado (Lump-Sum Price).⁵²»

6. La recepción limitada de las figuras⁵³

No faltan supuestos en donde la figura o institución ha sido acogida de forma diferente o limitada a como la debemos entender si del derecho extranjero angloamericano se trata. Así por ejemplo en la STS de 20 de febrero de 1995⁵⁴ se utilizó la referencia «best effort» como propio de las obligaciones y se tradujo como doctrina de las obligaciones del mayor esfuerzo, para indicar que el médico debía cumplir con esa diligencia como referencia a la *lex artis*. No obstante si indagamos más en aquella, esa doctrina va más allá de la buena fe y nos lleva a una obligación no de medios, es decir de actuar con toda la diligencia debida, sino que esta se supone y la ruptura del contrato o su incumplimiento solo podrá darse por la existencia de dicha cláusula⁵⁵(que en

⁴⁹ STS 21/2005 Civil, (sección 1), de 28 de enero de 2005 (ROJ: STS 400/2005).

⁵⁰ STS */1997, Civil, (sección 1), de 8 de julio de 1977 (ROJ: STS 1364/1977).

⁵¹ Vid HERNÁNDEZ, «Los contratos internacionales de construcción "llave en mano"», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, Vol. 6, No 1, pp. 161-235.

⁵² HERNÁNDEZ, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, Vol. 6, No 1, p.163.

⁵³ STS 502/1991, Civil (sección 1), de 22 de diciembre de 1991 (ROJ: STS 16112/1991).

⁵⁴ STS 129/1995, Civil (sección 1), de 20 de febrero de 1995 (ROJ: STS 10416/1995).

⁵⁵ Timberline Development LLC v. Kronman (N.Y.App.Div. 01/11/2000).

las recientes interpretaciones se ve también implícita), de tal forma que en caso de incumplimiento el deudor deberá cumplir a menos que se pruebe que no actuó conforme a dicha cláusula tal y como se define en el contrato o bien conforme le puede ser exigida en el estándar de las obligaciones comprometidas. El requisito de emplear esfuerzos razonables o «los mejores esfuerzos⁵⁶», como se expresa en general, en el cumplimiento de las obligaciones contractuales se considera implícito en todo acuerdo (*Wood c. Lucy, Lady Duff-Gordon*, 222 N.Y. 88, 92). Sin embargo, para que sea exigible, debe haber criterios objetivos con arreglo a los cuales se puedan medir los esfuerzos de una parte, ya sea que el requisito se considere implícito (Rachmani Corp. c. 9 E. 96th St. Apt. Corp., 211 A.D.2d 262, 270) o explícito (Non-Linear Trading Co. c. Braddis Assocs., 243 A.D.2d 107, 113; Cross Props. c. Brook Realty Co., 76 A.D.2d 445, 454). Recientemente también se ha aplicado en función de las circunstancias externas⁵⁷.

De hecho, la aplicación de dicha doctrina, proveniente del derecho americano, ha motivado serios estudios en su utilización⁵⁸ que nos impiden simplificarlo exclusivamente en la relación *lex artis* que realiza el Tribunal Supremo. Interpretaciones al respecto⁵⁹ lo sitúan en un esfuerzo máximo incluso aunque esto suponga caer en insolvencia⁶⁰, simplemente como buena fe⁶¹ y no todo «lo posible bajo el sol⁶²» o como un estándar de diligencia⁶³. Es esta última la que más se acercaría a nuestra figura de «*lex artis*». En este sentido el Tribunal Supremo⁶⁴ ha venido a señalar que la *lex artis* – aplicada al ámbito médico en el caso- «[c]omporta no sólo el cumplimiento formal y protocolario de las técnicas previstas, aceptadas generalmente por la ciencia médica y adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza.» La responsabilidad no surge por el resultado sino por la mala praxis y por lo tanto por los medios⁶⁵. No obstante, la «best effort» en cualquiera de sus variantes supone (Akorn, Inc., v. Fresenius Kabi AG et al) «... la obligación de tomar todas las medidas razonables para resolver los problemas y consumar la transacción». Se trata más que de una obligación de los esfuerzos razonables que deben llevar a consumar lo comprometido.

⁵⁶ Véase en un desarrollo de la misma DAVIS, C. et al, «Recent developments in business litigation», *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal*, 49(1), 2013, pp. 89-117. Retrieved August 25, 2020.

⁵⁷ Maestro W. Chelsea SPE LLC v. Pradera Realty Inc., 38 Misc.3d 522, 954 N.Y.S.2d 819, 825.

⁵⁸ ADAMS, «Understanding “Best Efforts” And Its Variants (Including Drafting Recommendations) », *The Practical Lawyer*, 2004. Disponible en: <https://www.adamsdrafting.com/downloads/Best-Efforts-Practical-Lawyer.pdf> (Fecha de consulta: 25.08.2020).

⁵⁹ Los diferentes términos utilizados dependen de la institución en donde la encontramos y fundamentalmente del contrato que es el que puede delimitarla. Algunos ejemplos son *best efforts, commercially reasonable efforts, reasonable best efforts, reasonable efforts, good-faith efforts, commercially reasonable best efforts, diligent efforts, good-faith best efforts, every effort o commercially reasonable and diligent efforts*.

⁶⁰ KLING/ SIMON, *Negotiated Acquisitions of Companies, Subsidiaries and Divisions* Law Journal Press, 2013.

⁶¹ *Triple-A Base- ball Club Assocs.*, 832 F.2d at 225.

⁶² *Coady Corp. v. Toyota Motor Distrib.*, 361 F.3d 50, 59 (1st Cir. 2004).

⁶³ *National Data Payment Systems v. Meridian Bank*, 212 F.3d 849, 854 (3d Cir. 2000).

⁶⁴ STS 495/2006, Civil (sección 1), de 23 de mayo de 2006 (ROJ:3680/2006).

⁶⁵ STS 1342/2006, Civil (sección 1), de 18 de diciembre de 2006 (ROJ:7801/2006).

Otro ejemplo de ello es la asunción de la doctrina del «cases or controversies⁶⁶» en donde la STS de 5 de enero de 2007⁶⁷ viene a delimitarla conforme a lo siguiente: «...el proceso judicial sólo puede versar sobre un caso o controversia verdadera e inmediata». A partir de ahí desestima la casación porque el resultado contrario conllevaría no estimar un efecto útil a la resolución, lo que equipara a dicha figura. La idea esencial es evitar casos hipotéticos y se extrae, directamente, del Artículo III⁶⁸ de la Constitución de los Estados Unidos. No obstante, la interpretación de la misma también conlleva la limitación de atribución de competencias a los Tribunales Federales para resolver asuntos. En realidad, es mucho más amplio pues se parte de un precepto constitucional y por tanto delimita, en dos bloques⁶⁹, las competencias de los Tribunales entre particulares y entre instituciones o Estados⁷⁰: «En los términos de la sección anterior, el poder judicial se extiende a nueve clases de casos y controversias, que se dividen en dos grupos generales. En palabras del presidente del Tribunal Supremo Marshall en *Cohens c. Virginia*: "En el primero, la jurisdicción depende del carácter de la causa, sean cuales sean las partes. Esta clase comprende "todos los casos de derecho y equidad que surjan en virtud de esta constitución, las leyes de los Estados Unidos y los tratados hechos, o que se hagan, bajo su autoridad". Esta causa extiende la jurisdicción del tribunal a todos los casos descritos, sin hacer en sus términos ninguna excepción, y sin tener en cuenta la condición de la parte. Si hay alguna excepción, debe ser implícita, en contra de las palabras expresas del artículo. En la segunda clase, la competencia depende enteramente del carácter de las partes. En ella se comprenden "las controversias entre dos o más Estados, entre un Estado y los ciudadanos de otro Estado" y "entre un Estado y Estados, ciudadanos o súbditos extranjeros". Si estas son las partes, no tiene ninguna importancia, lo que puede ser objeto de controversia. Sea lo que sea, estas partes tienen el derecho constitucional de acudir a los tribunales de la Unión⁷¹.» En lo que se refiere en concreto a las denominadas "reference question" o "advisory opinions", la regulación reseñada lo prohíbe mientras que en

⁶⁶ Vid *What Constitutes a Case or Controversy within the Meaning of Article III of the Constitution*. (1927). Harvard Law Review, 41(2), 232-236. doi:10.2307/1330886.

⁶⁷ STS 1377/2007, Civil (sección 1), de 5 de enero de 2007 (ROJ: STS 171/2007).

⁶⁸ «*The Judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction; to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States; between a State and Citizens of another State; between Citizens of different States,—between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.»*

⁶⁹ Vid *Cohens v. Virginia*. 19 U.S. (6 Wheat.) 264 (1821)

⁷⁰ Vid CORNEL LAW SCHOOL, *The Two Classes of Cases and Controversies*. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/constitution-conan/article-3/section-2/clause-1/the-two-classes-of-cases-and-controversies>.

⁷¹ Traducción propia: «*By the terms of the foregoing section, the judicial power extends to nine classes of cases and controversies, which fall into two general groups. In the words of Chief Justice Marshall in *Cohens v. Virginia*: "In the first, jurisdiction depends on the character of the cause, whoever may be the parties. This class comprehends 'all cases in law and equity arising under this constitution, the laws of the United States, and treaties made, or which shall be made, under their authority.' This cause extends the jurisdiction of the court to all the cases described, without making in its terms any exception whatever, and without any regard to the condition of the party. If there be any exception, it is to be implied, against the express words of the article. In the second class, the jurisdiction depends entirely on the character of the parties. In this are comprehended 'controversies between two or more states, between a state and citizens of another state,' and 'between a state and foreign states, citizens or subjects.' If these be the parties, it is entirely unimportant, what may be the subject of controversy. Be it what it may, these parties have a constitutional right to come into the courts of the Union."*

Canadá⁷² está permitido⁷³. Más se trata de supuestos de opinión (entre las que pueden encontrarse las hipotéticas) que de estas concretas.

Más allá de ello también la doctrina americana viene a considerar que si no existe conflicto no es posible un pronunciamiento del tribunal y por tanto entraría dentro de la prohibición. Es el caso en que quien se opone a una demanda no entra en el fondo del asunto y simplemente se refiere a la inadmisibilidad. Esto fue planteado en el Asunto *Andy Wightman y otros v. Secretary of State for Exiting the European Union* del Tribunal de la Unión Europea⁷⁴ que fue desestimado precisamente porque la función de dicho Tribunal no es la de discutir la existencia o no del procedimiento, que corresponde a los tribunales nacionales, sino resolver la cuestión de interpretación que se le somete en prejudicial, pero que ya en sí misma recoge que «... existe efectivamente un litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente, aun cuando la parte demandada en el asunto principal haya optado por no pronunciarse sobre el fondo de la cuestión planteada por los demandantes en dicho asunto, limitándose a alegar la inadmisibilidad del recurso (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de julio de 2010, Afton Chemical, C-343/09, EU:C:2010:419, apartados 11 y 15).» (FD 32). Es decir, parte de que en estos supuestos la cuestión que se plantea al alto Tribunal es meramente hipotética pero que debe resolver a efectos de la cuestión planteada. En las alegaciones que al asunto da el Reino Unido⁷⁵ ya recoge la citada doctrina distinguiendo los diferentes regímenes aplicables en otros tantos países que puede ser ilustrativa:

1º. Desde los tiempos de Jay CJ (en el intercambio de cartas con el entonces Secretario del Estado Thomas Jefferson) la Corte Suprema de los Estados Unidos se ha resistido a la emisión de opiniones consultivas sobre cuestiones constitucionales, incluso a petición del Ejecutivo sobre cuestiones hipotéticas, personificadas en el caso *United Public Workers v Mitchell*⁷⁶, en el que el Tribunal observó que «Una amenaza hipotética no es suficiente. ... Si los tribunales trataran de ampliar sus facultades para poner bajo su jurisdicción controversias mal definidas sobre cuestiones constitucionales, se convertirían en el órgano de las teorías políticas»; *Poe v. Ullmann*⁷⁷ y *Abbott Laboratories v. Gardner*⁷⁸, declararon que la razón de ser de tal norma es «... evitar que los tribunales, al evitar la adjudicación prematura, se enreden en desacuerdos abstractos sobre políticas administrativas, y también proteger a los organismos de la injerencia judicial hasta que se haya formalizado una decisión administrativa y sus efectos se perciban de manera concreta por las partes litigantes.»

⁷² MACFARLANE, «Governing from the bench: the scc and the judicial role 1», *UBC Press*, 2013, donde se recoge que: *The Court has evolved from a largely legal, dispute resolving body into a policy-making institution whose decisions have far reaching implications for virtually all areas of Canada's political, social, cultural, and economic life.* También SONGER, Donald R., *The transformation of the scc: an empirical examination*, University of Toronto Press, 2008 recoge que: *[W]hile it is still fashionable to think of the work of courts as divorced from the often disdained world of politics, to properly understand the current Court one must understand it as a court of law and a political court.*

⁷³ Vid MIKHAIEL, Mina Mark, «The Dangers of the Reference Question: SCC v. SCOTUS», 40 Can.-U.S. L.J. 71, 2016. Disponible en <https://scholarlycommons.law.case.edu/cuslj/vol40/iss1/10>

⁷⁴ STJUE de 10 de diciembre de 2018 (C-621/18).

⁷⁵ http://goodlawproject.org/wp-content/uploads/2018/11/UK_Written-Observations_EN_Redacted.pdf

⁷⁶ 330 US 75 (1947), at p.90.

⁷⁷ 367 US 497 (1961)

⁷⁸ 387 US 136 (1967) at p.148

2º. Que en Canadá están permitidas bajo el artículo (sección) 53 del Canadian Supreme Court Act, pero limitadas en su interpretación amplia al common law⁷⁹.

3º. En Irlanda los tribunales han elaborado una doctrina de madurez y de carácter discutible⁸⁰, en donde se recoge que «Se sigue como consecuencia directa de este razonamiento, que el tribunal no - salvo en virtud de algunas jurisdicciones especiales - ofrecer opiniones meramente consultivas o basadas en preguntas hipotéticas o abstractas⁸¹». (Artículo 26.1 de la Constitución irlandesa).

7. El rechazo a la semejanza y la aplicación de nuestras fuentes

A veces el propio tribunal rechaza la semejanza, como ocurrió en el supuesto de la comparación pretendida entre el daño moral y los denominados daños punitivos o «punitive damages⁸²» del derecho anglosajón como sanción ejemplarizante a futuro del que causa daños. Es el supuesto de la STS de 22 de noviembre de 2010⁸³ en donde el alto Tribunal afirma que «... es la propia existencia del Ordenamiento, y en lo que aquí interesa la LO 1/82 de Protección Civil del derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, la que sirve de instrumento de prevención general frente a los ataques o vulneraciones a tales derechos, sin que en nuestro sistema se prevea un sistema de actuación particularizada contra el autor de dichos ilícitos, como tampoco la indemnización por daño moral tiene que ver con los daños punitivos del derecho anglosajón⁸⁴.» Su asimilación a la pena privada⁸⁵ quizás excede de la diferenciación, pero si es admitida en supuestos de elección por fuero, como ocurre en la STS de 12 de enero de 2009⁸⁶, en tanto expone lo siguiente: «Esta argumentación no puede ser aceptada. El pacto de sumisión a fuero y de determinación del Derecho aplicable tiene un significado propio y comporta específicas consecuencias en el ámbito del proceso. Sin embargo, incorporado a la relación contractual como una más de las reglas de conducta a que han de atenerse las partes, genera un deber, aunque pueda entenderse accesorio, cuyo incumplimiento, a efectos de determinar su trascendencia desde el punto de vista de la responsabilidad contractual, debe valorarse en relación con la significación que el incumplimiento defectuoso pueda tener en la economía de la relación obligatoria, pues esta Sala viene declarando, especialmente a efectos del ejercicio de la acción resolutoria, que son incumplimientos sustanciales aquellos que, independientemente de su significación formal, determinan la frustración del fin económico del contrato para una de las partes (STS 27 de junio de 1955, 30 de mayo de 1990, 11 de julio de 1991, 14 de octubre de 1992, entre otras). Desde esta perspectiva, la elección de Derecho aplicable y del fuero competente

⁷⁹ AG of Ontario v AG of Canada [1896] AC 348 at pp.370-1; Reference re Goods and Services Tax Implementing Legislation [1992] 2 SCR 445 at p.485 per Lamer CJ. Reference re Same Sex Marriage [2004] 3 SCR 698 at [63]; y R Crane QC and H Brown QC, Supreme Court of Canada Practice (Thomson Carswell 2005) at p.106.

⁸⁰ Véase, Blythe c. AG (No 2) [1936] 1 IR 549; Goold c. Collins [2004] IESC 38; y Lofinmakin c. Ministro de Justicia, Igualdad y Reforma Jurídica [2013] IESC 49.

⁸¹ FORDE/LEONARD, *Constitutional Law of Ireland*, Bloomsbury Professional, 3ª edición, 2013.

⁸² Rookes v Barnard [1964] AC 1129 and Kuddus v Chief Constable of Leicestershire Constabulary [2001] UKHL 29. Addis v Gramophone Co. Ltd [1909] AC 488).

⁸³ STS 758/2010, Civil (sección 1), de 22 de noviembre de 2010 (ROJ: STS 6368/2010).

⁸⁴ Vid también STS 1121/2008, Civil (sección 1), de 3 de diciembre de 2008 (ROJ: STS 6725/2008).

⁸⁵ STS 977/2005, Civil (sección 1), de 19 de diciembre de 2005 (ROJ: STS 7846/2005); STS 628/2009, Civil (sección 1), de 30 de septiembre de 2009 (ROJ: STS 6761/2009).

⁸⁶ STS 6/2009, Civil (sección 1), de 12 de enero de 2009 (ROJ: STS 263/2009).

pueden haber sido decisivos, en el caso, para la voluntad de establecer la relación, con clara trascendencia en la economía contractual, habida cuenta de que la aplicación del Derecho español establece un marco contractual determinado desde la perspectiva de la valoración del daño (pues se excluyen los daños punitivos, admisibles en el Derecho de los Estados Unidos de América), y apunta a una valoración de las costas procesales por honorarios de abogado de muy distinto alcance. El consciente incumplimiento del pacto, al presentar demanda en la que se solicita la aplicación del Derecho de los Estados Unidos de América, ante un tribunal de esta República, en reclamación de una importante cifra por “daños punitivos”, ha determinado la necesidad de defensa, generando costes que desbordan el marco previsible en el desarrollo normal o patológico de la relación contractual.»

Un supuesto mucho más curioso es el que se produce por aplicación de instituciones angloamericanas en los tribunales inferiores y finalmente acaban en el Tribunal Supremo, debiendo este resolver tanto en forma como en fondo sobre dichos supuestos. Esto es lo que ocurre en la STS de 3 de abril de 2012⁸⁷ en donde el primero de los motivos de inadmisión era que «[l]a sentencia recurrida infringe el sistema de fuentes” establecido en el art. 1 de nuestro Código Civil , al aplicar en realidad, mediante su referencia a la doctrina anglosajona del "fair use", la sección 107, capítulo 1, título 17 del Código de los Estados Unidos, reguladora de la excepción del "fair use" a los derechos de autor, para interpretar una norma española, como es el art. 40 bis de la Ley de Propiedad Intelectual , que incorpora la llamada "prueba de los tres pasos, de las tres etapas o de las tres fases", introduciendo así una nueva excepción ad hoc, extraña al ordenamiento vigente». A su vez, el segundo fundamento del recurso se enunciaba así: «[e]l art. 31.1 TRLPI como norma infringida». Siendo precisamente uno de los argumentos de fondo el alto Tribunal desestimaría la causa de inadmisión para aplicar exclusivamente, en el fondo del asunto, nuestra propia normativa y por tanto nuestro sistema de fuentes.

Y un tercero son la STS de 26 de febrero de 2017⁸⁸ y la STS de 5 de febrero de 2018,⁸⁹ en donde la figura más cercana era la del «agent anglosajón» por las funciones recogidas en el contrato pero finalmente el Tribunal viene a señalar que esa función mixta es en realidad la de la gestión de negocios ajenos: «En todas las calificaciones late un principio básico, cual es estar a lo expresamente pactado, a lo que cabe añadir que también a todas las consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley artículo 1258 CC). Precisamente, y en relación a los usos, puede servir, según ya es expusimos, como criterio interpretativo los Reglamentos de la Fifa, traspuestos por la RFEF. Se colige que el agente, por lo general, se convierte en un asesor con funciones de difícil encaje bajo una misma figura, aunque se acerque, según opiniones autorizadas, al agent anglosajón como persona que realiza diferentes funciones siempre relativas a la promoción de contratación. Todas estas consideraciones subyacen en la sentencia de esta sala 9/2015, de 21 de enero, que destaca como relevante el “propósito negocial buscado por las partes”, y para ello pone de relieve que “debe atenderse, principalmente, a la autoría negocial como criterio preferente de interpretación y, en su caso, a los usos y costumbres que resulten de aplicación”. Si la doctrina de la sala se aplica a los contratos litigiosos se ha de convenir, partiendo de los hechos probados de la sentencia recurrida que son inalterables, que la sociedad actora, a través del señor Pelayo , y desde que el señor Apolonio era menor de edad, lo que obligaba a que interviniesen sus padres, se constituyó ante la inexperiencia

⁸⁷ STS 172/2012, Civil (sección 1), de 3 de abril de 2012 (ROJ: STS 3942/2012).

⁸⁸ STS 127/2017, Civil (sección 1), de 26 de febrero de 2017 (ROJ:697/2017).

⁸⁹ STS 61/2018, Civil (sección 1), de 5 de febrero de 2018 (ROJ: STS 295/2018).

de éstos, en el auténtico asesor deportivo del jugador, traspasando así la simple intermediación o corretaje, gestionando sus intereses de futbolista durante toda la vigencia del contrato de mediación. De tal gestión no cabe que Zirrintza pretenda quedar al margen, pues como declara probado la sentencia recurrida se trata de una sociedad instrumental, meramente patrimonial, creada para encauzar a través de la misma la explotación de los derechos de imagen del jugador, para así obtener ventajas fiscales, “siendo de hecho el jugador el único dueño de la misma (así lo reconoce su madre)”. Estamos, pues, en presencia de un agente que profesionalmente presta unos servicios, encuadrables en la gestión de negocios ajenos, que, como declara la sentencia 636/2012, de 31 de octubre, a efectos de prescripción se encuentran sujetos al plazo de tres años previsto en el artículo 1967. 1º CC, dentro del concepto amplio del término agente.»

Sin llegar a utilizarlo la STS de 15 de febrero de 2017⁹⁰ parte de una calificación anterior en la instancia del contrato de aprovechamiento por turnos que se había determinado como «membresía» o «time sharing⁹¹». El tribunal no entra en la denominación y aplica la verdadera naturaleza y regulación propia española partiendo de su propia doctrina sobre que el «nomen iuris» no vincula⁹².

8. Su recepción desde la normativa nacional, europea e internacional

Otra puerta de entrada en el análisis que realiza el Tribunal Supremo de este tipo de figuras tiene que ver con su implementación en normativa nacional, europea o internacional que tiene a su vez como base el derecho angloamericano. En realidad, nos encontramos con la aplicación de nuestro propio derecho.⁹³ Esto es lo que sucede por ejemplo en la STS de 17 de enero de 2008⁹⁴, en donde para resolver la cuestión tiene que acudir a lo previsto en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980. Es a partir de ahí que señala que «[e]l régimen del contenido obligacional de los contratos sometidos al ámbito de aplicación de la Convención se regula en su parte primera, cuyo capítulo primero se abre con la declaración contenida en el artículo 25, conforme al cual, el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación. El sistema de la Convención, que se acomoda a los principios inspiradores del common law, distingue entre el incumplimiento esencial y el incumplimiento que pudiera ser calificado como accesorio, que, o bien no produce perjuicios apreciables, o bien produce perjuicios que pueden resolverse con una reparación y subsanación de los defectos, con una indemnización o con una reducción del precio (artículos 25, 45, 46, 47, 48, 49, 50 y 51). El incumplimiento esencial responde a la regla, traída del derecho anglosajón, del fundamental breach of contract, sin traducción exacta en los derechos continentales, y de él deriva un sistema de responsabilidad contractual que gira en

⁹⁰ STS 87/2017, Civil (sección 1), de 15 de febrero de 2017 (ROJ: STS 710/2017).

⁹¹ Vid al respecto GONZÁLEZ, «Informe sobre la resolución de un contrato de timesharing», *Publicaciones Jurídicas*, Centro de Estudios de Consumo. Disponible en: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/02/Informe-sobre-la-resolución-de-un-contrato-de-timesharing.pdf> (Fecha de consulta: 28.08. 2020).

⁹² SSTS Civil (sección 1), 22/1986, de 24 de enero de 1986; más recientemente STS 175/2018, Civil (sección 1), de 23 de marzo de 2018 (ROJ: STS 957/2018).

⁹³ Artículo 96 de la Constitución Española de 1978.

⁹⁴ STS 18/2008, Civil (sección 1) de 17 de enero de 2008 (ROJ: STS 133/2008).

torno a un criterio de imputación de tipo objetivo, pero atenuado por excepciones -que se identifican con lo que en el derecho interno conforman los supuestos de caso fortuito y la fuerza mayor- y por un parámetro de razonabilidad (artículo 25, *in fine*). El régimen convencional se integra con las disposiciones relativas a las obligaciones del vendedor -entrega de las mercaderías, artículos 31 y siguientes, y saneamiento, artículo 46-, y del comprador -pago del precio y recepción de las mercaderías, artículos 53 y siguientes-, con las referidas a los respectivos derechos y acciones en caso de cumplimiento por la parte contraria -artículos 45 y siguientes, y 51 y siguientes, respectivamente-, a su vez complementadas con las normas reguladoras del sistema de transmisión de riesgos -artículos 66 y siguientes-, y con las disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y comprador contenidas en el capítulo V.»

El alto tribunal tendrá que hacer un esfuerzo, como es de ver, para adecuar esa regulación y esos principios a nuestros criterios y figuras. No obstante, lo anterior hemos de destacar que dicha doctrina no es realmente aplicable en los sistemas angloamericanos donde una inicial repercusión fue finalmente matizada en *Suisse Atlantique Societe d'Armament SA v NV Rotterdamsche Kolen Centrale* [1967] 1 AC 361, que sí constituye un precedente (o *landmark*). No obstante, posteriormente podemos ver que vuelve a aplicarse en 1970⁹⁵. En el primero llegó a resolverse la cuestión de infracción de un contrato era una cuestión de construcción del mismo y no una cuestión de derecho, mientras que en este último (*Karsales Ltd. v Wallis*) el Tribunal sostiene que la infracción era tan grave que constituía una «infracción fundamental», y que la cláusula de exención establecida se volvía ineficaz de forma automática, por lo que los demandados eran responsables en su totalidad.

Un asunto muy interesante tratado por el Tribunal Supremo tiene que ver con la carga de la prueba (*burden of proof*) y con la preponderancia de la prueba (*preponderance of evidence*). Se trata de la STS de 13 de enero de 2015⁹⁶, en donde se había planteado previamente una demanda ante los Tribunales americanos y otra posterior en España tras haber declinado en parte su competencia por falta de vinculación aquellos. En la referida sentencia el análisis se realiza considerando el estándar de prueba en aquellos y el previsto en el ordenamiento jurídico español. Su análisis procede, según el alto Tribunal, porque así lo impone el artículo 8.8⁹⁷ del Convenio de la Haya de 1973⁹⁸. En el supuesto el tribunal afirma que «[e]n realidad, según nuestros criterios, la regla de la "preponderancia de la prueba" ("preponderance of the evidence") no es propiamente una regla de carga de la prueba ("burden of proof") sino del nivel de prueba exigible ("standard of proof"). No obstante, como el concepto de "carga de la prueba" del proceso civil puede ser en otros ordenamientos jurídicos más amplio de lo que en el nuestro se entiende propiamente como tal, habrá de analizarse la infracción de los Derechos de Nueva Jersey y Arizona que se invocan en los recursos por ser aplicables dichos ordenamientos conforme prevé el art. 8.8 del Convenio de la Haya de 1973.» Y es a partir de aquí, que se valora la carga de la prueba en las resoluciones dictadas en aquel fuero para compararlas con las nuestras e integrarlas en una sola resolución: «Dado que no se ha estimado la acción por daños punitivos

⁹⁵ *Harbutt's "Plasticine" Ltd v Wayne Tank and Pump Co Ltd* [1970].

⁹⁶ STS 185/2015, Civil (sección 1) del 13 de enero de 2015 (ROJ: STS 181/2015).

⁹⁷ Se trata de la ley aplicable al supuesto: la carga de la prueba, en la medida en que las normas de la legislación aplicable al respecto pertenezcan al derecho de responsabilidad.

⁹⁸ Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre Ley Aplicable a la Responsabilidad por Productos. Entrada en vigor: 1-X-1977.

("punitive damages"), en la que el nivel de prueba exigible es más alto, pues los hechos que determinan su procedencia han de quedar probados de forma "clara y convincente" ("clear and convincing evidence"), y solo se ha estimado la acción por muerte injusta o muerte por negligencia ("wrongful death action"), es suficiente con que la probabilidad de que los hechos sucedieran del modo que se alega en la demanda sea mayor que la probabilidad de que no hayan sucedido así ("more probable than not").»

Otro ejemplo de esa recepción la podemos encontrar a partir de las regulaciones de la Unión Europea. Es el caso de la STS de 7 de noviembre de 2013⁹⁹ en donde ya comenzaron a aceptarse figuras nominadas con nombre anglosajón derivadas de la Directiva UE 104/2014¹⁰⁰ de daños que posteriormente de implementaría en España en la Ley de Defensa de la Competencia¹⁰¹. En el fundamento quinto de la misma ya se recoge el siguiente título: «Valoración de la Sala. Admisibilidad de la defensa del «passing-on». Carga de la prueba».

Tras dicha armonización la figura se implementa con el nombre de repercusión del sobrecoste y en tal sentido es tratado por el propio alto Tribunal en su valoración. En la argumentación se puede ver como el propio tribunal acepta también, aunque traducido literalmente como aguas abajo y aguas arriba, la expresión «downstream» y «upstream» y define el «passing on» en los siguientes términos: «Aunque en ocasiones, de un modo reduccionista, se habla del «passing-on» como simple repercusión de precios en el sentido de incremento del precios en el mercado «aguas abajo» en proporción al incremento de precios sufrido en el mercado «aguas arriba», en realidad lo que debe haberse repercutido a los clientes no es el tal incremento del precio sino el perjuicio económico derivado del mismo, el daño. La elevación de los precios de los productos que elaboraban las demandantes, que a su vez habían sufrido una elevación ilícita de los precios del azúcar utilizado para fabricarlos, es un requisito necesario para que la repercusión del daño haya tenido lugar, pero no es suficiente. Lo determinante es que el comprador directo frente al que se opone la defensa no haya sufrido daño porque lo haya logrado repercutir a terceros no demandantes.» Propio de la terminología utilizada en el ámbito internacional en supuestos de defensa de la competencia el régimen será mucho más usado desde la incorporación de nuestra directiva al derecho español una vez que las sentencias dictadas actualmente por las Audiencias Provinciales lleguen al ámbito casacional.

Lo anterior es lo mismo que se hace en la STS 2 de octubre de 2008¹⁰² con el término «dumping» que el propio tribunal define: «El dumping, se dice, no es más que una medida legítima de política comercial que consiste en vender el mismo producto en distintos países a diferentes precios, y ello puede determinar que los precios de los productos importados sean más bajos que los precios de los nacionales, y que en un mercado único, como es el europeo, las prácticas de dumping no solo no son ilícitas sino que son absolutamente aceptables por el ordenamiento comunitario, incluso durante el periodo de aplicación de las medidas transitorias definidas en el Acta de adhesión de España y Portugal, a que se refiere el Reglamento (CEE) nº 812/86 del Consejo, de 14 de marzo de 1986, en el que en ninguno de los preceptos se declara o establece que sea

⁹⁹ STS 651/2013, Civil (sección 1), de 7 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 5819/2013).

¹⁰⁰ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

¹⁰¹ Por Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo (Ref. BOE-A-2017-5855).

¹⁰² STS 870/2008, Civil (sección 1), de 02 de octubre de 2008 (ROJ: STS 5447/2008).

contrario a la normativa comunitaria, siendo así que incluso el artículo 91 del Tratado de Roma -relativo al dumping- fue derogado por el Tratado de Ámsterdam.»

A nivel nacional la incorporación a nuestro derecho de determinadas normas (vid art. 226 LSC¹⁰³) ha supuesto también la entrada de este tipo de figuras. En lo que dicho precepto denomina «protección de la discrecionalidad empresarial» se recoge la doctrina americana, adaptada a nuestro derecho, del «Business Judgment Rule». Su origen¹⁰⁴ se sitúa precisamente en la incorporación a la Ley de Sociedades de Capital desde las denominadas «Soft Law»¹⁰⁵ que a su vez provienen de los informes de Gobierno Corporativo¹⁰⁶ para este tipo de sociedades. En estos casos el Tribunal Supremo debe adaptarse a lo previsto en la norma, pero ya incorpora, por aplicación legal, la figura¹⁰⁷.

E incluso desde la asunción de la terminología se produce el efecto que precisamente nos dice la normativa adaptada pero expresada en términos anglosajones, como «self executing»¹⁰⁸.

9. Los pactos, usos y costumbres como origen

En el ámbito comercial¹⁰⁹ es evidente que los usos internacionales, sobre todo en materia marítima, han sido y son una puerta de entrada a los términos anglosajones. De hecho, nuestra propia normativa¹¹⁰ a tal efecto viene a remitirse en multitud de acusaciones al ámbito

¹⁰³ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

¹⁰⁴ Véase RONCERO, «Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento del deber de diligencia», en ALONSO UREBA, ALBERTO ET AL (dirs.), *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, t.II, 2016, pp. 383-423.

¹⁰⁵ Sobre el término véase GUZMÁN/MEYER, «International Soft Law», *The Journal of Legal Analysis*, Vol. 2, No. 1, Spring 2011, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 1353444. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1353444> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1353444>.

¹⁰⁶ Véase a tal efecto la exposición de motivos de la reforma de 2014 que la incorpora: Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

¹⁰⁷ Hasta ahora no ha llegado nada al Tribunal Supremo tras la nueva redacción de la norma. Solo podemos encontrar referencias en autos de inadmisión: ATS, a 23 de diciembre de 2014 - ROJ: ATS 8752/2014, ATS, a 12 de diciembre de 2018 - ROJ: ATS 13177/2018 y ATS, a 13 de febrero de 2019 - ROJ: ATS 1493/2019. Alguna sentencia de Audiencias provinciales ya la ha tratado. Ejemplo es la SAP de Pontevedra, de 24 de enero de 2018 (ROJ: SAP PO 173/2008).

¹⁰⁸ STS 875/2009, Civil (sección 1), de 26 de febrero de 2009 (ROJ: STS 875/2009): «El artículo 6 bis del Convenio de la Unión de París - a cuyo tenor "los países de la Unión se comprometen, bien de oficio, si la legislación del país lo permite, bien a instancia del interesado, a rehusar o invalidar el registro y a prohibir el uso de una marca de fábrica o de comercio que constituya la reproducción, imitación o traducción, susceptibles de crear confusión, de una marca que la autoridad competente del país del registro o del uso estime ser allí notoriamente conocida, como siendo ya marca de una persona que pueda beneficiarse del presente Convenio y utilizada para productos idénticos o similares. Ocurrirá lo mismo cuando la parte esencial de la marca constituya la reproducción de tal marca notoriamente conocida o de una imitación susceptible de crear confusión con ésta"-, es directamente aplicable por los Tribunales españoles, como inmediatamente efectiva -self executing-, según resulta de su contenido, pues, aunque establece un compromiso asumido por los Estados miembros de la Unión de París, describe un supuesto de hecho y vincula al mismo unas consecuencias jurídicas de una manera suficientemente precisa como para hacer innecesaria la posterior intervención del legislador interno -al respecto, sentencia de 3 de marzo de 1.978-.» Vid también STS 309/2011, Civil (sección 1), de 10 de mayo de 2011 (ROJ: STS 4270/2011).

¹⁰⁹ Ejemplo de ello son los INCOTERMS (actualmente versión de 2020), de la Cámara de Comercio Internacional, utilizados comúnmente en el tráfico marítimo.

¹¹⁰ Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima.

internacional para su aplicación¹¹¹. En la STS de 30 de junio de 1983¹¹² ya podemos ver una puerta de entrada analizando determinadas cláusulas del comercio marítimo internacional. Es interesante el considerando de la misma a los efectos de resolver la cuestión planteada sobre el conocimiento de embarque: «...que, como complemento de lo anterior, la cláusula cuarta ("Jurisdiction") de los conocimientos de embarque también en forma impresa, dice que "todas las reclamaciones y discrepancias surgidas bajo este conocimiento de embarque, serán regidas por las leyes españolas y determinadas en España, con exclusión de la jurisdicción de cualquier otro país"; a lo que no obsta el hecho de que en algunos de dichos conocimientos se hable de "leyes inglesas" y de "Inglaterra", pues la disparidad debida sin duda a un simple error, puesta en relación con la cláusula tercera, indica no una contradicción, sino una total incompatibilidad con la misma que, como se vio, remite a la jurisdicción y, naturalmente, legislación española. Sin que nada de cuanto queda expuesto se desvirtúe con la existencia en los mismos conocimientos de embarque, de otra cláusula denominada "Liner terms" que, en opinión del recurrente se remite a los usos del Puerto de Londres según los que incumben al naviero y por tanto a su consignatario, los gastos de descarga de la mercancía; lo cual carece de fundamento porque para ello, por aplicación de la norma del número cinco del artículo diez del Código Civil, se requeriría un pacto expreso que no existe y de existir sería nulo, por ir en contra de los dispuestos en la Ley de mil novecientos cuarenta y nueve a que se remite el Convenio de Bruselas, y de la cláusula tercera ("Paramount"), así como de la legislación española pues sería un uso "contra legem" prohibido por el artículo dos del Código de Comercio, en concordancia con el primero, apartado tres, del Civil, que admite, sólo en defecto de ley, "los usos del comercio observados en cada plaza"; con la particularidad de que aquí tendrían que ser los del Puerto de la Luz de Las Palmas que, según resulta de los Certificados de la Asociación de Consignatarios de Buques y de la Cámara de Comercio y Navegación de dicha ciudad, coinciden con la Ley, al imponer al dueño de las mercancías, los discutidos gastos de la descarga.»

Nuestra citada ley de navegación marítima hace referencia al «chárter» en su exposición de motivos, asimilándolo al arrendamiento náutico y ninguna referencia tenemos en la navegación aérea¹¹³. El Tribunal Supremo ha venido dando por válido resolver estas cuestiones partiendo siempre de nuestra normativa propia¹¹⁴; no obstante, y aún manteniendo lo dicho la STS de 1 de abril de 1995¹¹⁵ si que lo trata, partiendo de la calificación de instancia, pero añadiendo a ello su propio desarrollo. La Audiencia Provincial lo calificó de fletamiento, no de arrendamiento del buque, afirmando que «el capitán al menos en teoría y la tripulación del barco dependían de la propiedad por lo que caso de no prorrogar el arrendatario el contrato expresamente y según estipula la cláusula vigésimotercera del mismo, mantenía la propiedad la posesión material del barco al depender de ella la tripulación» y que «*la prueba de la prórroga incumbe a quien la alega*». Añade entonces el Tribunal Supremo que «[p]recisamente en el fletamiento por tiempo (time-charter), cual es el caso, el control del capitán y de la dotación lo conserva el fletante, quien se compromete a poner a disposición del fletador los servicios del capitán y de la tripulación para

¹¹¹ Vid para ello CAMPUZANO/SANJUÁN, *Comentarios a la ley de navegación marítima*, Tirant lo Blanch, 2016.

¹¹² STS 385/1983, Civil (sección 1), de 30 de junio de 1983 (ROJ: STS 1480/1983); vid también STS 437/2016, Civil (sección 1), de 29 de junio de 2016 (ROJ: STS 3144/2016).

¹¹³ Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea.

¹¹⁴ En materia aérea vid STS 774/1985, Civil (sección 1), de 16 de diciembre de 1985 (ROJ: STS 1643/1985); En materia marítima podemos verlo desde la STS 282/1980, Civil (sección 1), de 03 de octubre de 1980 - ROJ: STS 160/1980).

¹¹⁵ STS 308/1995, Civil (sección 1), de 1 de abril de 1995 (ROJ: STS 10787/1995).

conseguir el fin del contrato, pero el capitán, aunque sometido a las órdenes del fletador en la ejecución del mismo, conserva la posesión del buque, en representación del fletante, de manera que al terminar el contrato nada hay que devolver a éste, extremos que diferencian el contrato de fletamiento del arrendamiento del buque, aunque ambos institutos jurídicos mantengan grandes semejanzas, circunstancias que hacen decaer también el motivo octavo, que, al considerar infringidos los arts. 1555.1 y 1091 del Código Civil por no considerar devengados los fletes correspondientes a los meses de septiembre y octubre, está haciendo supuesto de la cuestión, lo mismo que el motivo noveno cuando considera que se infringe por inaplicación la doctrina jurisprudencial del enriquecimiento injusto o sin causa.»

Aunque en ocasiones el Tribunal Supremo ha debido lidiar con este tipo de figuras desde la aceptación de las partes¹¹⁶, lo cierto es que en ocasiones (*joint venture*¹¹⁷) han venido a ser aceptadas más que por su asimilación a las nuestras¹¹⁸ por los propios pactos de las partes y los usos y costumbres sobre ellas¹¹⁹.

Como pacto se recoge también el referido al «due diligence» la STS de 8 de mayo de 2012¹²⁰ considerando su eficacia como actos previos. Esto es lo acontecido en el caso enjuiciado en el que los contratantes estipularon que «[d]ebido al hecho de que los inversores firmarán el presente contrato basándose en las informaciones facilitadas por los accionistas, éstos responderán de forma solidaria, personal e ilimitada, de todos los daños y perjuicios producidos a consecuencia de la falsedad de las informaciones facilitadas a los inversores y sus asesores en el procedimiento de negociación del presente Contrato», lo que no puede ser interpretado sino en el sentido de que los litigantes estipularon que todos los actos previos -singularmente el "memorandum" y las "due diligence"- carecían de eficacia susceptible de variar el recto significado de lo expresamente manifestado.»

10. Los efectos probatorios de las instituciones angloamericanas

¹¹⁶ Vid por ejemplo al referirse a pactos entre caballeros (agreements) la STS 732/1957, Civil (sección 1), de 28 de noviembre de 1957 (ROJ: STS 1459/1957); STS 262/1961, Civil (sección 1), de 5 de abril de 1961 (ROJ: STS 1563/1961) o STS 531/1973, Civil (sección 1), de 30 de noviembre de 1973 (ROJ: STS 357/1973).

¹¹⁷ Un buen trabajo sobre estas figuras es OTAL, *Sistemas de información contable para joint ventures*, Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, Ministerio de Economía y Hacienda, 2011. Disponible en: <http://www.icac.meh.es/Documentos/PUBLICACIONES/166.pdf>. Última vez visitada 30 de agosto de 2020.

¹¹⁸ Es interesante la STS 202/2010, Civil (sección 1), de 8 de abril de 2010 (ROJ: STS 1795/2010), en donde respecto del joint venture nos dice la evolución jurisprudencial en cuanto a su naturaleza: «*El motivo carece de consistencia porque la sentencia recurrida (como la de primera instancia asumida por la de alzada) se atienen, para determinar la procedencia o no de la retribución profesional, a lo pactado, careciendo de sustento alguno la versión del motivo de que ello no fue objeto de debate, lo cual supone desconocer que el mismo viene definido por las posturas de ambas partes, y no resulta cuestionable que una de las causas de oposición a la demanda fue la de que "no se ha producido el incremento del justiprecio cuyos servicios y para lo cual fue contratada la actora". La recurrente especula con las diversas calificaciones contractuales de los escritos de parte y judiciales, que hubo varias -arrendamiento de servicios, "joint venture", cuentas en participación "mediación inmobiliaria a beneficios", mixto de arrendamiento de servicios o de gestión y mediación, etc-, pero todo ello resulta irrelevante porque lo trascendente es como se fijó contractualmente la retribución de los servicios profesionales. Por otro lado, es ajeno al tema que el sistema de cálculo pretendido por la demandante no haya sido aceptado por las Sentencias de instancia por considerarlo contrario a lo realmente pactado.*»

¹¹⁹ Aunque fue finalmente inadmitido la situación se planteaba recientemente en ATS, Civil sección 1 del 11 de septiembre de 2019 (ROJ: ATS 8783/2019).

¹²⁰ STS 285/2012, Civil (sección 1), de 8 de mayo de 2012 (ROJ: STS 4177/2012).

Al margen de lo previsto para el procedimiento de exequatur¹²¹, el alto Tribunal también ha tenido que valorar en ocasiones las figuras concretas derivadas del derecho angloamericano para su aplicación en los procedimientos españoles. Este es el caso que hemos visto al final del anterior apartado y del Auto de 20 de enero de 2014¹²², que refiere otros, y en donde se conceptúa en el derecho español el «affidavit» como declaración jurada.

En tal sentido se afirma por el alto tribunal lo siguiente: «A la hora de examinar la concurrencia de los requisitos referidos y dado que al procedimiento se han acompañado diversos documentos -declaraciones juradas denominadas "affidavit" en la terminología del derecho anglosajón- elaborados en el Estado de origen y con los que se pretende acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley, conviene recordar cómo esta Sala, en relación con el valor probatorio de los "affidavit" ha declarado -ATS 1-2-2000, recurso 3340/1998- que se trata de declaraciones juradas que si bien producen plenos efectos probatorios conforme a la ley rectora del procedimiento de origen, se han de valorar únicamente en conjunción con el resto de datos existentes, precisándose -ATS 20-3-2002, recurso 1015/2001-, que dicha declaración jurada, que dentro del sistema procesal anglosajón tiene una determinada eficacia probatoria, no pasaba de ser un documento de parte comprensivo de una declaración de conocimiento, un indicio que, en su caso, habría de ser ratificada en el seno del procedimiento de exequáutur.» Supone ello una solemne declaración¹²³ (vid también at. 15 Canada Evidence Act R.S.C., 1985, c. C-5) que va a poder ser utilizada en juicio o previo al mismo a efectos probatorios, pero también como regla general a los efectos de afianzar o de declaración responsable para otros supuestos¹²⁴ (Proof of Financial Support and Affidavit of Support – Form I-134. USA); dado que la pena para supuestos de infracción de lo allí contenido y jurado es perjurio, el documento servirá de soporte para la reclamación que a tales efectos pueda realizarse. Por ante el tribunal el mismo es admitido no en todos los casos sino certificado por abogados, secretarios judiciales, jueces de paz, oficiales de policías o notarios.

La misma interpretación se puede ver en la STS de 10 de mayo de 2011¹²⁵ cuando, en relación a la aplicación de una norma europea, acude a su origen y los criterios que han imperado en su redacción para alcanzar el contenido exacto de la misma: «El art. 69 del CPE¹²⁶, interpretado por el Protocolo Interpretativo de 1973, se inclinó por un sistema intermedio, entre los sistemas del Derecho Inglés (y norteamericano) -que delimita el ámbito del derecho de exclusiva con sujeción al texto de las reivindicaciones, las cuales se han de interpretar de modo estricto de conformidad con su tenor literal- y el de la concepción tripartita (seguida en Alemania, Holanda y Suiza) -que extendía la protección a la "idea general de la invención" que consiste "en la aportación global

¹²¹ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

¹²² ATS, Civil (sección 1), de 20 de enero de 2004 (ROJ: ATS 443/2004).

¹²³ Federal Rule of Civil Procedure 36.USA. https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_36.

¹²⁴ Affidavit of Citizenship, Affidavit of Death, Affidavit of Heirship,Affidavit of Identity Theft,Affidavit of Name Change,Affidavit of Residence,Affidavit of Service,Affidavit of Small Estate,Affidavit of Support,Divorce Affidavit,Financial Affidavit.

¹²⁵ STS 309/2011, Civil (sección 1), de 10 de mayo de 2011 (ROJ: STS 4270/2011).

¹²⁶ Convenio sobre concesión de patentes europea de 1973.

del inventor al estado de la técnica y que es el resultado de un proceso de generalización del objeto de la invención".»¹²⁷

11. La asunción de la terminología

La STS de 8 de enero de 2013¹²⁸, aunque alguna anterior había tratado la figura sin citarla¹²⁹, se refiere al denominado «swap de intereses» y así lo reseña¹³⁰. La STS de 28 de noviembre de 2013¹³¹ ya dará por supuesto (en un contrato de swap de materias primas) que la figura es propia del derecho español: «El 8 de julio de 2008 la entidad “C”, suscribió con B un contrato "swap" referenciado a 5.000 toneladas de gasoil, con fecha de inicio 1 de octubre y fecha de vencimiento 31 de octubre, ambos de 2008.» La STS de 20 de enero de 2014¹³² entra ya en la materia propiamente dicha a partir de la configuración del mismo como producto financiero complejo y, aunque ya se refiere a permuta financiera, la STS de 17 de febrero de 2014¹³³ lo define: «Que el contrato litigioso era un "contrato de gestión de riesgos financieros", cuyo título resultaba suficientemente descriptivo, en cuyas condiciones particulares era denominado Clip Bankinter. Que el mismo consiste en una permuta financiera -o swap-, por el que se da una cantidad de dinero a cambio de otra, produciéndose la compensación entre ambas obligaciones y resultando un neto a deber por la parte que corresponda». En la exposición primera se dice que «el cliente por razón de su actividad mercantil se ve expuesto a una serie de riesgos financieros diversos, cuya gestión pretende optimizar». Y la STS de 7 de julio de 2014¹³⁴ lo diferencia de otros productos: «Esto último merece la consideración final de que presentar un swap como un seguro contra el riesgo de la subida de los tipos de interés induce por sí mismo al error de quien recibe tal asesoramiento, porque en el contrato de seguro, ciertamente aleatorio, la pérdida para el tomador del seguro consistiría en seguir pagando la prima aunque los tipos de interés no subieran, mientras que en el swap la pérdida consiste en el pago de muy considerables cantidades de dinero si los tipos de interés bajan, lo que lo aleja de la estructura del contrato de seguro para aproximarlo a otro contrato también aleatorio pero muy diferente como es el de apuesta.»

Para una mejor definición del mismo tendremos que esperar a la STS de 10 de julio de 2014¹³⁵, en materia concursal, para que el alto tribunal nos dijera que «El swap de tipos de interés es un contrato aleatorio puesto que el resultado está indeterminado inicialmente, dependiendo de circunstancias aleatorias que lo hacen incierto, y las partes asumen voluntariamente tal riesgo. No se trata de un contrato comutativo, en que cada parte conoce el contenido de cada prestación desde que el contrato se perfecciona. Es un contrato aleatorio porque las partes que lo conciernen quedan expuestas desde su perfección a resultados, favorables o desfavorables, que solo son verificables cuando se produce el hecho previsto en el contrato, que en el caso del swap de tipos

¹²⁷ En el mismo sentido STS 649/2012, Civil (sección 1), de 5 de noviembre de 2012 (ROJ: STS 9149/2012) y STS 598/2014, Civil (sección 1), de 7 de noviembre de 2014 (ROJ: STS 4845/2014).

¹²⁸ STS 811/2013, Civil (sección 1), de 8 de enero de 2013 (ROJ: STS 109/2013).

¹²⁹ STS 660/2012, Civil (sección 1), de 15 de noviembre de 2012 (ROJ: STS 7822/2012).

¹³⁰ Vid también entre muchas otras STS 797/2013, Civil (sección 1), de 9 de enero de 2013 (ROJ: STS 110/2013).

¹³¹ STS 750/2013, Civil (sección 1), de 28 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 5821/2013).

¹³² STS 41/2014, Civil (sección 1), de 20 de enero de 2014 (ROJ: STS 354/2014).

¹³³ STS 385/2014, Civil (sección 1), de 17 de febrero de 2014 (ROJ: STS 1353/2014).

¹³⁴ STS 192/2014, Civil (sección 1), de 7 de julio de 2014 (ROJ: STS 2660/2014).

¹³⁵ STS 192/2014, Civil (sección 1), de 10 de julio de 2014 (ROJ: STS 3160/2014).

de interés es justamente el tipo aplicable en cada una de las liquidaciones periódicas. Aunque ambas partes quedan obligadas por el contrato, solo una de ellas ejecutará una prestación según cual sea el tipo de interés aplicable en cada liquidación. Ciertamente el riesgo es bilateral, pues cada una de las partes puede ganar o perder, y las posibilidades de ganancia o pérdida son recíprocas. Pero, como se ha dicho, tras esa reciprocidad genética no se produce una reciprocidad funcional porque del contrato solo surgen en cada liquidación obligaciones para una de las partes, que no guardan relación causal con las que pudieran derivarse en el futuro para la otra. En definitiva, no cabe hablar de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes porque en cada una de las liquidaciones solo habrá de cumplirse la prestación por una de las partes. Estas consideraciones llevaron a que en esas dos sentencias afirmáramos que los créditos surgidos a favor de la entidad financiera en las liquidaciones practicadas con posterioridad a la declaración de concurso debían ser calificados como créditos concursales puesto que no era aplicable el art. 61.2 de la Ley Concursal, previsto para los contratos con obligaciones recíprocas.¹³⁶ Cuando la STS de 26 de diciembre de 2014¹³⁶ se pronuncia sobre un «equity swap», lo hace considerando que el producto es conocido; e incluso en la STS de 15 de septiembre de 2015¹³⁷ se da por entendido que las características del mismo son unas y no otras e incluso con posibilidad de cesión del crédito¹³⁸: «Cuando un contrato de las características del Swap, que se concierta por un tiempo determinado y tiene ese componente aleatorio, prevé la posible resolución anticipada a instancia de una de las partes, es lógico que para el cliente el coste de la eventual cancelación pueda formar parte de las condiciones o circunstancias que inciden sustancialmente en la causa del negocio. La información que el cliente necesita conocer para representarse de forma adecuada las características del producto (el Swap de intereses que concertaba en cada caso) y sus concretos riesgos, no tiene por qué quedar limitada a la eventual onerosidad de las liquidaciones negativas, sino que también podría alcanzar al coste que le podría suponer al cliente, por ejemplo en un periodo de bajada de intereses, la cancelación del Swap, cuando dicho coste sea muy elevado e imprevisible para el cliente¹³⁹.» Aunque ya existente en el mercado¹⁴⁰ la Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010 (Dodd-Frank Act, Dodd-Frank, or the Act) vino a regular estos productos en protección de los consumidores bajo la presidencia de Obama. Su aceptación en nuestro derecho ha partido de una recepción

¹³⁶ STS 732/2014, Civil (sección 1), de 26 de diciembre de 2014 (ROJ: STS 5724/2014).

¹³⁷ STS 491/2015, Civil (sección 1), de 15 de septiembre de 2015 (ROJ: STS 3868/2015).

¹³⁸ STS 506/2015, Civil (sección 1), de 30 de septiembre de 2015 (ROJ: STS 4339/2015).

¹³⁹ Vid también STS 840/2013, Civil (Pleno), de 20 de enero de 2014, y STS 491/2015, Civil (Pleno) de 15 de septiembre; así como las SSTS 384/2014 y 385/2014, Civil (sección 1), de 7 de julio de 2014; STS 387/2014, Civil (sección 1), de 8 de julio de 2014; STS 458/2014, Civil (sección 1), de 8 de septiembre de 2014; STS 460/2014, Civil, (sección 1), de 10 de septiembre de 2014; STS 110/2015, Civil (sección 1), de 26 de febrero de 2015; STS 563/2015, Civil (sección 1), de 15 de octubre de 2015; STS 547/2015, Civil (sección 1), de 20 de octubre de 2015; STS 562/2015, Civil (sección 1), de 27 de octubre de 2015; STS 595/2015, Civil (sección 1), de 30 de octubre de 2015; STS 588/2015, Civil (sección 1), de 10 de noviembre de 2015; STS 623/2015, Civil (sección 1), de 24 de noviembre de 2015; STS 675/2015, Civil (sección 1), de 25 de noviembre de 2015; STS 631/2015, Civil (sección 1), de 26 de noviembre de 2015; STS 676/2015, Civil (sección 1), de 30 de noviembre de 2015; STS 670/2015, Civil (sección 1), de 9 de diciembre 2015; STS 691/2015, Civil (sección 1), de 10 de diciembre de 2015; STS 692/2015, Civil (sección 1), de 10 de diciembre de 2015; STS 741/2015, Civil (sección 1) de 17 de diciembre de 2015; STS 742/2015, Civil (sección 1), de 18 de diciembre de 2015; STS 747/2015, Civil (sección 1), de 29 de diciembre de 2015; STS 32/2016, Civil (sección 1), de 4 de febrero 2016; STS 63/2016, Civil (sección 1), de 12 de febrero 2016; STS 195/2016, Civil (sección 1), de 29 de marzo de 2016; STS 235/2016, Civil (sección 1), de 8 de abril de 2016; STS 310/2016, Civil (sección 1), de 11 de mayo de 2016 y STS 510/2016, Civil (sección 1), de 20 de julio de 2016.

¹⁴⁰ BAVOSO, «Financial Innovation, Derivatives and the UK and US Interest Rate Swap Scandals: Drawing New Boundaries for the Regulation of Financial Innovation», *Global Policy*, 2016. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/1758-5899.12300>.

automática equiparando la figura a la permuta como negocio complejo previsto en el Anexo de la Ley del Mercado de Valores de 2015¹⁴¹ en donde ya se reconocen con esa terminología¹⁴².

Aunque ya utilizados habitualmente en el mundo de los negocios internacionales¹⁴³, las cláusulas societarias de arrastre también son referidas y recepcionadas por el Tribunal Supremo en sus resoluciones. Así el Auto de 10 de julio de 2012¹⁴⁴ se refiere a una de ellas, «tag along», en su fundamento primero: «En el motivo primero se denuncia la vulneración de la doctrina "exceptio non adimpleti contractus", de la jurisprudencia sobre las obligaciones bilaterales, y de los arts. 1092, 1124, 1100, párrafo último, y 1308 del Código civil. Sostiene en síntesis la recurrente que la Audiencia debió haber desestimado el recurso de apelación de la actora al estar acreditado que ésta incumplió gravemente las obligaciones asumidas en el contrato de masterfranquicia objeto de autos, por lo que no sería posible exigir ni condenar a la recurrente al cumplimiento de las suyas; también debió desestimar el recurso al no darse el incumplimiento en el que la actora se basó para entender aplicable la cláusula 22^a del contrato -no haberse informado de las oferta del Grupo Domecq en el plazo establecido, por lo que no pudo ejercitar el derecho potestativo de acompañamiento-. En el motivo segundo (que el recurrente designa como tercero) se alega la infracción de los arts. 1152 y 1153 del Código civil. Se mantiene en el motivo, destinado a combatir la conclusión de la Audiencia Provincial de que el retorno de la inversión no implica la resolución contractual, que la finalidad y consecuencias de la aplicación de la cláusula 22^a del contrato de masterfranquicia es que, por vía de venta o por vía de retorno, el contrato llegaría a su fin, que el pacto que se recoge en la mencionada cláusula es de los denominados "pactos de salida", en concreto de los denominados "tag along" o "derecho de acompañamiento", estableciéndose una cláusula penal para el caso de que el masterfranquiciador llevara a cabo la venta dentro del plazo de 3 años desde la firma del contrato, con la posibilidad de que el masterfranquiciado recuperara la inversión realizada, por ello no cabe otra interpretación que en el caso de optar por el retorno de la inversión, el contrato se extinguiría; por otra parte para que pudiera optar por este derecho sería necesario que se hubiera generado una plusvalía, lo que en ningún caso se ha acreditado que existiera.» En el argumento también se utiliza la expresión

¹⁴¹ Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

¹⁴² a) Contratos de opciones, futuros, permutes (swaps), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, derechos de emisión u otros instrumentos derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse mediante entrega física o en efectivo. b) Contratos de opciones, futuros, permutes (swaps), contratos a plazo y otros contratos de derivados relacionados con materias primas que deban liquidarse en efectivo o que puedan liquidarse en efectivo a elección de una de las partes por motivos distintos al incumplimiento o a otro suceso que lleve a la rescisión del contrato. c) Contratos de opciones, futuros, permutes (swaps) y otros contratos de derivados relacionados con materias primas que puedan ser liquidados mediante entrega física, siempre que se negocien en un mercado regulado o un sistema multilateral de negociación (SMN) o un sistema organizado de contratación (SOC), excepto por lo que respecta a los productos energéticos al por mayor, según la definición del artículo 2, punto 4, del Reglamento (UE) no 1227/2011, que se negocien en un SOC y deban liquidarse mediante entrega física. d) Contratos de opciones, futuros, permutes (swaps) acuerdos a plazo y otros contratos de derivados relacionados con materias primas que puedan ser liquidados mediante entrega física no mencionados en el apartado anterior y no destinados a fines comerciales, que presenten las características de otros instrumentos financieros derivados.

¹⁴³ La validez de estas y su utilización ha sido reconocida por la DGRN en Resolución de 30 de julio de 2018. La denominación con su nombre anglosajón se puede ver en Resolución de 4 de diciembre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

¹⁴⁴ ATS, Civil (sección 1), de 10 de julio de 2012 (ROJ: ATS 7662/2012).

«masterfranquicia» y sus derivados¹⁴⁵ para referirse a lo que nuestra normativa recoge como franquicia principal o maestra¹⁴⁶. Con origen en EEUU¹⁴⁷ la idea se ha desarrollado en los mismos términos que en otros países incluso en el origen.

Lo mismo ha ocurrido con el denominado arrendamiento financiero (leasing) y sus variantes como el «lease-back». Ya en la STS de 4 de febrero de 1993¹⁴⁸ se hace alusión al primero de ellos aplicando una normativa sectorial a este tipo de contratos; su equiparación al arrendamiento financiero ha sido una constante del TS pero es la misma palabra anglosajona es la que se viene utilizando incluso cuando se recoge en nuestra normativa¹⁴⁹. Utilizando dos sentencias del propio alto tribunal (SSTS de 10 de abril de 1981 y 18 de noviembre de 1983) otra de 30 de julio de 1998¹⁵⁰, viene a recoger y construir la figura jurisprudencialmente: «La Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, establece en su Disposición Adicional Séptima, apartado 1, que tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número 2 de esta disposición. Los bienes objeto de esta cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, a favor del usuario. Carente este contrato de una regulación jurídico privada, la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 10 de abril de 1981 y 18 de noviembre de 1983) ha puesto de relieve que se trata de un contrato jurídicamente distinto de la compraventa a plazos de bienes con reserva de dominio "ya se entienda que el leasing constituye un negocio mixto en el que se funde la cesión de uso y la opción de compra con causa única, ora se trate de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reducidos a una unidad esencial. El parecer más autorizado, y desde luego mayoritario, la conceptúa de contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que lleva a concluir que si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el leasing opere como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, lo que permitiría la aplicación del artículo 2º, párrafo 2º, de la Ley de 17 de julio de 1965, habrá de ser excluida esta normativa como ajena que es a la intención y querer de las partes y no venir estructurado el arrendamiento financiero o leasing como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad económica perseguida por una y otra operación es distinta, y contrato, igualmente, distinto del préstamo de financiación a comprador regulado en el párrafo 2º del artículo 3º de la expresada Ley de 17 de julio de 1965, por tratarse en este caso de un simple préstamo con la única especialidad de ser el comprador de una cosa mueble corporal no consumible el prestatario, estar limitado su importe por el precio aplazado

¹⁴⁵ Vid sobre las variantes MARTÍNEZ, «La Ley aplicable al Contrato de Franquicia Internacional en la Unión Europea», *IUSTICIA*, enero - diciembre de 2013.

¹⁴⁶ Vid el artículo 2 del Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores. Se dicta en desarrollo del artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

¹⁴⁷ Título 16, de Prácticas Comerciales, Capítulo Primero de la Comisión Federal de Comercio, Sc 436.

¹⁴⁸ STS 59/1993, Civil (sección 1), de 4 de febrero de 1993 (ROJ: STS 19061/1993).

¹⁴⁹ En la exposición de motivos se hace referencia a ello en el Real Decreto-ley 15/1977, de 25 de febrero, sobre medidas fiscales, financieras y de inversión pública.

¹⁵⁰ STS 779/1998, Civil (sección 1), de 30 de julio de 1998 (ROJ: STS 5043/1998).

de la compraventa y estar limitado, igualmente, el número máximo de plazos para satisfacerlo a lo que determine el Gobierno".»

Será la STS de 20 de julio de 2000¹⁵¹, la que sobre la base de otras anteriores lo conceptúe en los siguientes términos: «El concepto de contrato de arrendamiento con opción de compra o leasing ha sido expuesto reiteradamente por doctrina y jurisprudencia; así, la sentencia de 28 de Noviembre de 1.997 dice: institución del derecho comercial importado del área jurídica de los Estados Unidos de América y plenamente incorporada a nuestro tráfico económico y comercial, es un contrato complejo y en principio atípico regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme, que jurisprudencialmente es conceptuado como un contrato con base a los principios de autonomía negocial y de la libertad que proclama el artículo 1.255 del Código Civil (S. de 26 de junio de 1.989). Además, desde un punto de vista legislativo y como definición auténtica, hay que tener en cuenta lo que proclama la Disposición Adicional séptima en su apartado primero de la Ley de 29 de julio de 1.988, que dice que tendrá la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas, y que incluirá necesariamente una opción de compra a su término, en favor del usuario. Por otra parte, en el apartado octavo de dicha disposición adicional se dice que las Sociedades de Arrendamiento Financiero tendrán como objeto social exclusivo la realización de operaciones de arrendamiento financiero prevista en la presente disposición. Doctrina que han seguido sentencias posteriores, como, entre otras, de 21 de noviembre de 1.998, 2 de diciembre de 1.998, 20 de noviembre de 1.999, 19 de enero de 2.000.» Aunque el término no es unívoco pues tanto se refiere al financiero como al operativo, será la STS de 10 de abril de 1981¹⁵² la que trate de diferenciarlos aunque sin poco éxito pues se refiere a uno como propiamente dicho frente al otro y además contempla situaciones inamovibles que hoy en día son susceptibles de cualquier pacto que los modelice conforme al art. 1255 CC.: «A diferencia del denominado "leasing operativo", que no se diferencia sustancialmente de un normal arrendamiento, el "leasing financiero" o "leasing" propiamente dicho, especie que es la usualmente utilizada como un nuevo medio de financiación de las Empresas, recae sobre bienes de equipo que quedan integrados en el círculo de producción del usuario, con duración calculada en función del "tiempo de la vida económica y fiscal del bien de que se trata, y el cómputo del precio se hace de tal suerte que el importe total de las mensualidades satisfechas al término del contrato, más el llamado "valor residual", rebasan el "quantum" de la suma dineraria desembolsada como precio por la Entidad financiera y arrendadora, pues obviamente ha de abarcar la totalidad de los gastos causados por la operación, el pago de los impuestos y el correspondiente margen de beneficios para la Compañía del "leasing", que ha desembolsado un capital importante.-Quinta Mientras que en el "leasing operativo" la entidad arrendadora afronta el riesgo técnico, prestando los servicios de mantenimiento y asistencia, por el contrario, en el "leasing financiero", todos los gastos ocasionados por las reparaciones, mantenimiento, servicios técnicos, conservación, seguros, etc., del bien financiado, corren de cuenta del usuario, a quien incluso pueden incluso alcanzar -si así se pacta- todos los riesgos, desde el relativo a la idoneidad del material para la explotación, funcionamiento y resultado (por subrogación convencional del usuario para el

¹⁵¹ STS 801/2000, Civil (sección 1), de 20 de julio de 2000 (ROJ: STS 6077/2000).

¹⁵² STS 165/1981, Civil (sección 1), de 10 de abril de 1981 (ROJ: STS 4962/1981).

ejercicio de las acciones de saneamiento frente al vendedor), hasta el de pérdida por caso fortuito».

Como modalidad de este se refiere la STS de 1 de febrero de 1999¹⁵³ al «lease-back» y otra posterior de 13 de julio del mismo año¹⁵⁴, como «retroleasing», fundamentados todos en la libertad contractual del art. 1255 CC¹⁵⁵. La STS de 22 de junio de 2001¹⁵⁶ lo distingue adaptándolo a nuestro derecho: «En los contratos de lease- back desaparece la figura del tercero proveedor del bien y si bien se trata de un contrato lícito y válido, al amparo del artículo 1255 del Código Civil, para registrarlo como tal se exige que haya mediado efectiva compra de la financiera a la arrendataria con la consiguiente tradición, aún en la forma simbólica de «solo consensu» (artículo 1463 del Código Civil), pero, en todo caso, es necesario, y determinante dejar de poseer en concepto de dueño o como dueño», y la STS de 2 de febrero de 2006¹⁵⁷ lo conceptúa: «Mientras el leasing constituye un contrato financiero puro, el lease- back supone la transmisión de un bien inmovilizado a una entidad financiera, siendo el bien la garantía de que se devolverá la cantidad recibida junto con los intereses, cuya devolución se formaliza mediante el pago de cuotas de arrendamiento por el uso del bien. Por ello la doctrina científica afirma que en el lease- back subyace un préstamo siendo inaplicable el artículo 128 de la Ley del Impuesto de Sociedades. El argumento fiscal de la STS de 17 de marzo de 1998 y de la sentencia de instancia involucra el arrendamiento financiero con el lease- back, mientras que el primero se incentiva la adquisición de un bien del inmovilizado, mientras que en el segundo la operación subyacente es un préstamo»¹⁵⁸.

Un par de referencias más podríamos encontrarlas en el concepto «hipotecas subprime» que utiliza la STS de 20 de julio de 2017¹⁵⁹. En la misma se da por supuesto el producto para llegar al análisis del riesgo en la inversión en determinados productos que precisamente se estructuraban en tales paquetes comercializados desde Estados Unidos. Y también en el denominado «unit

¹⁵³ STS 46/1999, Civil (sección 1), de 1 de febrero de 1999 (ROJ: STS 552/1999).

¹⁵⁴ STS 639/1999, Civil (sección 1), de 13 de julio de 1999 (ROJ: STS 5039/1999).

¹⁵⁵ Así se recoge en la STS 964/1999, Civil (sección 1), de 20 de noviembre de 1999 (ROJ: STS 7353/1999).

¹⁵⁶ STS 632 /2001, Civil (sección 1), de 22 de junio de 2001 (ROJ: STS 5367/2001).

¹⁵⁷ STS 10/2006, Civil (sección 1), de 2 de febrero de 2006 (ROJ: STS 409/2006).

¹⁵⁸ Este mismo análisis lo podemos ver para el denominado contrato de factoring sin recurso que utiliza el Tribunal Supremo en STS 158/2017, Civil, (sección 1), de 8 de marzo de 2017 (ROJ: STS 895/2017). En la misma se expone la doctrina jurisprudencial y se determina su naturaleza: «Esta Sala ya se ha pronunciado, en varias ocasiones, acerca de la plena eficacia traslativa de la cesión de créditos que opera el contrato de factoring sin recurso. En este sentido, en la sentencia 62/2014, de 25 de febrero, declaramos lo siguiente: [...] Recientemente, hemos tenido oportunidad de ratificar que la eficacia traslativa de la cesión de créditos opera no sólo cuando haya sido realizada pro soluto, sino también cuando lo es pro solvendo, de tal forma que incluso en el caso de cesión de créditos en factoring con recurso hemos declarado que el cesionario adquiere plenamente el crédito cedido, pues la distribución del riesgo de insolvencia no tiene por qué afectar al efecto traslativo (Sentencia núm. 650/2013, de 6 de noviembre , que cita las anteriores Sentencias núms. 80/2003, de 11 de febrero; 957/2004, de 6 de octubre y 1086/2006, de 6 de noviembre). En el presente caso en que la cesión de créditos se hizo en un factoring sin recurso, es más clara todavía la transmisión plena de la titularidad del crédito. Además, concurre la circunstancia acreditada en la instancia de que esta cesión fue comunicada al dueño de la obra, por lo tanto al deudor del contratista, diez meses antes de que fuera declarado en concurso y antes de que Ferrosol se dirigiera frente al dueño de la obra reclamándole el crédito en virtud del art. 1597 CC».

¹⁵⁹ STS 477/2017, Civil (sección 1), de 20 de julio de 2017 (ROJ: STS 3027/2017).

linked» al que se refieren el alto Tribunal en las SSTS de 12 de enero de 2015¹⁶⁰ y 10 de julio de 2020.¹⁶¹

12. El proceso de incorporación a la doctrina jurisprudencial

La incorporación de figuras angloamericanas a nuestro derecho desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo (al margen de todos los orígenes que hemos estudiado) no tiene un surgimiento espontáneo sino un razonamiento tras el cual el alto tribunal se ve obligado a resolver aplicando dichas figuras precisamente por la atipicidad de las mismas, por semejanza o por el mismo uso que realizan las partes en los contratos. Un ejemplo de ello, ya citado, nos puede servir al efecto para comprender ese razonamiento. Se trata de las cartas de patrocinio en donde¹⁶² para resolver el supuesto planteado ya nos dice que «... el nombre de "cartas de patrocinio", también denominadas "cartas de confort", "cartas de apoyo", "cartas de conformidad", "cartas de responsabilidad", "cartas de garantía"..., designan una fórmula de crédito financiero, que se ha introducido en nuestro derecho proveniente del derecho anglosajón, y cita expresamente las denominadas "letter of responsibility", "letter of support", "letter of patronage", "letter of intention", etc., a las que la doctrina científica moderna española ha dado verdadera carta de naturaleza, y que asimismo aparece recogida y estudiada por la jurisprudencia de esta Sala -S.S. de 16 de diciembre de 1985 y colateralmente la de 10 de julio de 1995-.»

En dicho proceso de incorporación los pasos que dará el Tribunal y que literalmente extraemos los podemos dividir en varios apartados:

1º. El primero de ellos es el que hemos visto y que trata de su reconocimiento como válidos.

2º. El segundo es la ponderación de su importancia en el tráfico negocial en el caso. Pues bien, esta institución que cada vez está adquiriendo más importancia en el tráfico mercantil como constituida por manifestaciones tendentes a facilitar la celebración de contratos de crédito, ya que produce ventajas fiscales, de normativa contable e incluso de control de cambios, y sobre todo por la indeterminación de los efectos jurídicos subsiguientes al acto de emisión de la carta y porque, sobre todo, permite una función de movilización del crédito, base esencial para una pujanza económica y comercial. La idea trascendental es comprobar si el sistema ya ha venido aceptando la figura, la naturaleza de la misma y en qué contexto.

3º. El tercero es la búsqueda de la fundamentación interna en nuestro ordenamiento jurídico: «Tiene, dicha figura crediticia, su fundamentación en nuestro derecho en el principio de libertad de contratación establecido de una manera emblemática en el artículo 1255 del Código Civil. Ya 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 como ya se ha dicho en el referido en el artículo 1255 y sus concordantes sobre los efectos de la relación obligatoria, pero, es preciso decir a este respecto que las declaraciones meramente enunciativas carecerán de obligatoriedad, dado que por su contenido no crean nexo alguno con posible ejecución forzosa.» Este paso busca esencialmente

¹⁶⁰ STS 769/2015, Civil (sección 1), de 12 de enero de 2015 (ROJ: STS 254/2015).

¹⁶¹ STS 417/2020, Civil (sección 1), de 10 de julio de 2020 (ROJ: STS 2422/2020).

¹⁶² STS 529/2005, Civil (sección 1), de 30 de junio de 2005 (ROJ: STS 4375/2005).

una contraposición del ordenamiento a su aceptación más que la existencia misma de su regulación. La idea es saber si se opone o no a nuestro concepto continental.

4º. El cuarto es el análisis de su reconocimiento por la doctrina: «Ahora bien, y para una mayor garantía y eficacia de dicha figura, doctrinalmente ha surgido la distinción de dos clases de cartas de patrocinio, las "cartas fuertes" y las "cartas débiles". Las segundas suelen ser emitidas, generalmente para declarar la confianza en la capacidad de gestión de los administradores de la sociedad que aspiran al crédito, de la viabilidad económica de la misma.» Es importante buscar este apoyo en los trabajos doctrinales que provienen esencialmente del mundo universitario, pues se trata de configurarla desde ese reconocimiento y los pasos para ello pueden estar precisamente en estos estudios.

5º. Un quinto paso sería la fundamentación concreta de dicho reconocimiento nuevamente en nuestro derecho. Es el paso siguiente a haberlas situado y conocer su configuración doctrinal: «Dichas "cartas débiles" más se pueden estimar como verdaderas recomendaciones que no sirven de fundamento para que la entidad crediticia pueda exigir el pago del crédito a la entidad patrocinadora. Sin embargo, las "cartas fuertes" pueden entenderse como contrato atípico de garantía personal con un encuadramiento específico en alguna de las firmas negociales o categorías contractuales tipificadas en el ordenamiento jurídico como contrato de garantía, o como contrato a favor de terceros, o como promesa de crédito, criterio seguido por nuestro Tribunal Supremo en la sentencia ya apuntada de 16 de diciembre de 1985, que lo refiere al contrato de fianza. Aunque en algunos supuestos ello podría chocar con el presupuesto o requisito esencial de que la declaración constitutiva de fianza ha de ser clara y precisa, sin que pueda sustentarse en expresiones equívocas, que a menudo se prodigan en las cartas de patrocinio, con tendencia a atenuar su fortaleza y consecuencias jurídicas, pudiéndose acudir con otros sectores doctrinales a la asimilación con otras figuras contractuales menos sensibles al factor de equivocidad que frecuentemente pretende introducirse en estos documentos por aquel que los emite para así desdibujar la idea de afianzamiento, en concreto, la figura tradicional del mandato de crédito, asimilando las relaciones derivadas de la emisión de las cartas de patrocinio y las relaciones típicas del mandato, implicando como principal consecuencia, el reconocimiento de la responsabilidad del emisor en aquellos casos en que su destinatario atiende al requerimiento formulado en la carta, o en otros términos, el hecho de que el destinatario provea a la financiación del patrocinado, lo que debe determinar el nacimiento de una obligación encaminada a mantener indemne al colaborador, de los perjuicios que se deriven del cumplimiento del encargo, constituyendo la propuesta de mandato, el motivo determinante de la actuación del mandatario y provocando en caso de ser aceptada, los efectos jurídicos correspondientes al contrato de mandato, y así el encargo de dar crédito a persona determinada pasa a constituir como cualquier otro encargo, una proposición de mandato con sus propios efectos jurídicos, cuando esa invitación o invitación a la concesión de crédito va acompañada de una promesa de garantía, asumiendo más o menos directamente el exhortante (mandante) el riesgo de la operación (promesa atípica de garantía), susceptible de llevarse a cabo por cualquiera de las formas admitidas en el Código Civil -Sentencia del T.S. de 10 de julio de 1995-. Así quien inste a otro a dar crédito a un tercero y logra efectivamente la concesión del crédito solicitado puede quedar obligado jurídicamente, no ya tanto por mediar contactos previos más o menos explicitados en acuerdos, sino por que el ordenamiento viene a contemplar y dar relevancia al hecho de haber obtenido la satisfacción del interés que el encargo expresaba, pudiendo el destinatario de la carta de patrocinio (concedente) dirigirse para reclamar la efectividad y cumplimiento del contrato de crédito contra el también interesado (patrocinador-mandante) cuando el acreditado incumpla -artículos 1712, 1729 del C.c. y 287 del C. de Comercio-, ello al

margen de la responsabilidad que pueda apreciarse en el emisor de la carta de patrocinio, en cada caso concreto, como verdadero interesado en la subsiguiente operación de crédito y beneficiado en definitiva por la misma, cual sucede a menudo, en los supuestos de sociedades participadas o integrantes de grupo.»

6º. Un sexto y último paso es su aplicación concreta al caso que creará, en su caso, jurisprudencia si el mismo vuelve a tratarse en la misma forma. La visión no puede ser, a la vista de todo lo anterior, sino holística, es decir utilizamos la ley, la jurisprudencia anterior si la hay o resoluciones anteriores en su caso y los trabajos doctrinales: «Y en este sentido la jurisprudencia de esta Sala en concreto la sentencia ya mencionada de 16 de diciembre de 1985, admite la posibilidad y eficacia en nuestro derecho de dichas cartas de patrocinio, basadas en el principio de libertad de contratación que establecen los artículos 1255 del Código Civil y concordantes, pero estableciendo los siguientes requisitos o presupuestos: 1.- que exista intención de obligarse la sociedad matriz a prestar apoyo financiero a la filial o a contraer deberes positivos de cooperación a fin de que la Compañía subordinada pueda hacer efectivas las prestaciones que le alcanzan en sus tratos con el tercero favorecido por la carta, careciendo de aquella obligatoriedad las declaraciones meramente enunciativas; 2.- que la vinculación obligacional resulte clara, sin que pueda basarse en expresiones equívocas, por aplicación analógica de los requisitos de la declaración constitutiva de la fianza del art. 1827 Código Civil; 3.- que el firmante de la carta tenga facultades para obligar al patrocinador en un contrato análogo al de fianza; 4.- que las expresiones vertidas en la carta sean determinantes para la conclusión de la operación que el patrocinado pretenda realizar; y 5.- que la relación de patrocinio tenga lugar en el ámbito o situación propia de sociedad matriz de sociedad filial, lo que es algo distinto de la posición de accionista mayoritario de la patrocinadora en la patrocinada, haciendo referencia además a que la traslación de responsabilidad -solo admisible en casos excepcionales- que dichas cartas significan tienen su actuación propia en la esfera de los créditos bancarios solicitados por la sociedad filial, con promesa de garantía asumida por la sociedad cabeza de grupo. Ahora bien, también dicha jurisprudencia afirma que las referencias a las facultades del firmante de la carta para obligar al patrocinador para garantizar operaciones ajena a la propia actividad de la compañía patrocinadora tienen, en la resolución de referencia, un sentido específico, ya que, en el supuesto fáctico enjuiciado -el de la sentencia del T.S. en cuestión-, era una entidad la que firmaba a través de su Subdirector General y Consejero mancomunado, la carta de "confort", sin que constase estar autorizado para ello ni haber recaído acuerdo al respecto de la Junta General; pero en el ámbito de las garantías ofrecidas por una sociedad matriz respecto de alguna de que se entiende comúnmente que entre las facultades de gobierno y gestión del órgano de administración de la entidad patrocinadora figuran los llamados "actos neutros", es decir, aquellos que, aunque no comprendidos directamente en el objeto social, tampoco suponen una ampliación de éste, presumiéndose que se realizarán o estipularán, en el caso de convenciones, en beneficio de la sociedad y al servicio del objeto y fin sociales. Estos actos, como son el concertar préstamos, prestar avales o garantías, etc., pueden incluirse dentro del concepto más general de actos jurídicos necesarios para la realización o desarrollo de las actividades indicadas en el objeto social, a que se refiere el art. 117.2 Reglamento del Registro Mercantil, para declarar que no podrán incluirse en el objeto social. Sin embargo, la jurisprudencia registral -Resoluciones Dirección General de Registros y Notariado de 16-3 y 20-12 de 1990- afirma que tales facultades son inscribibles aunque su especificación es innecesaria. En cualquier caso, aunque se entendiese que las cartas de patrocinio no pueden configurarse como "acto neutro", el art. 129-2 Ley de Sociedades Anónimas, interpretado conforme al art. 9 de la Primera Directiva de la CEE -hoy U.E.- en materia de sociedades, hace que el objeto social sólo pueda ser opuesto como límite de la

actuación de los administradores frente a terceros que hayan obrado de mala fe o con culpa grave. También la sentencia que se examina parece dar o entender que el origen de la vinculación obligacional del patrocinador frente al tercero es contractual o convencional, de ahí las referencias al artículo 1255 del Código Civil y concordantes; a la aplicación analógica del artículo 1827 de dicho cuerpo legal, excluyéndose aquel efecto vinculante cuando las expresiones utilizadas sean equívocas; y a la "traslación de responsabilidad" -del patrocinado al patrocinador- que dichas cartas significan. Pero no puede desconocerse que, dentro de la multiplicidad de fórmulas que en el tráfico se emplean, al lado de declaraciones que vengan a suponer la asunción de una verdadera obligación de garantía, a las que serían aplicables en toda su literalidad los argumentos de la tan repetida resolución, pueden existir otras en que, por incluirse el compromiso expreso de influir en la filial a fin de que la deuda de ésta con el tercero garantizado quede satisfecha, la obligación del patrocinador se configure como una obligación de medios más que de resultado, de manera que, como señala la doctrina, el fundamento de la responsabilidad del declarante/matriz por el incumplimiento extracontractual, de los artículos 1902 y concordantes del Código Civil, por haber inducido al tercero/destinatario a otorgar su confianza a la compañía patrocinada. Como colofón y epítome de todo lo antedicho hay que considerar a la carta de patrocinio como un encargo de dar crédito a un tercero determinado, o sea como una oferta de mandato de crédito.»

En resumen, el Tribunal Supremo, cuando reconoce¹⁶³ este tipo de figuras, no lo hace de forma arbitraria o circunstancial, sino que aplica un criterio hermenéutico concreto construido sobre tres bases esenciales: la ley y su acomodación, la evolución histórica de lo que se ha venido resolviendo en el mismo tribunal y las posiciones doctrinales conocidas hasta el momento.

Fruto de esa incorporación podemos ver la ya citada STS de 10 de julio de 2020¹⁶⁴, en donde se recogen esas figuras y se adaptan a nuestro sistema que en el caso es a la naturaleza consensual del préstamo y a la aplicación del art. 1301.IV CC.: «Consideramos que esta doctrina (que ciertamente supone, para el supuesto de préstamos bancarios de dinero, separarse de la contenida en la sentencia de 24 de junio de 1897) se ajusta a la reciente jurisprudencia que ha modulado el art. 1301.IV del Código Civil en atención al tipo de contrato de que se trate (contrato de seguro de vida unit linked, sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015; contrato de arrendamiento de inmueble, sentencia 339/2016, de 24 de mayo; contrato de swap, sentencia 89/2018, de 19 de febrero; contrato de adquisición de bono estructurado, sentencia 365/2019, de 26 de junio, etc.); a la jurisprudencia que ha afirmado que el contrato de préstamo bancario de dinero tiene por lo general un carácter consensual (sentencia 432/2018, de 11 de julio); y, finalmente, supone una interpretación del art. 1301.IV del Código Civil ajustada a la realidad social del tiempo presente, en el que los contratos bancarios de préstamo, en especial cuando gozan de garantía hipotecaria, tienen una duración media muy extensa, de forma que vincular la consumación del contrato con el agotamiento de sus prestaciones provocaría una situación de eficacia claudicante del contrato prolongada durante un periodo muy extenso de tiempo, difícilmente compatible con las exigencias de la seguridad jurídica.»

¹⁶³ Hablamos de los supuestos de recepción y no de aquellos en que simplemente son tratados nominalmente o desde su comparación o desde su reconocimiento en la norma europea o convenio internacional.

¹⁶⁴ STS 417/2020, Civil (sección 1), de 10 de julio de 2020 (ROJ: STS 2422/2020).

13. Conclusiones

Afirma la STS de 24 de junio de 2010¹⁶⁵ que «... los jueces españoles no tienen obligación de conocer el derecho extranjero (e) históricamente se ha exigido la prueba del mismo -ya en la Tercera Partida, Título XV, Ley XV se refiere a la prueba de la ley o fuero de "otra tierra que fuese de fuera de nuestro Señorío" -, de forma que en este extremo el Derecho recibe un tratamiento similar al que reciben los hechos, exigiéndose, tanto antes en el derogado artículo 12.5 del Código Civil como hoy en el segundo párrafo del artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la prueba de "su contenido y vigencia" -bien que, acorde con el principio de adquisición, la Ley de Enjuiciamiento Civil no pone la prueba a cargo de "la persona que invoque el derecho extranjero". No obstante, ello es válido cuando la aplicación de este se realiza bien como norma de conflicto, por remisión, o bien porque deba alegarse algo o presentar un documento o pericial respecto del asunto que deba conocer el juez español al objeto de resolver una situación concreta.

La realidad internacional de los contratos y negocios y la transnacionalidad de los efectos de los mismos, lleva a los tribunales a aplicar, cada vez con mayor asiduidad, el derecho extranjero y en concreto el derecho angloamericano en tanto de dichos países surgen numerosas figuras y novedades que son aplicables directamente porque así lo han querido las partes en el contrato o porque suponen figuras atípicas que hemos de adaptar a nuestra nomenclatura y naturaleza propia de las instituciones que la regulan y desarrollan.

El análisis que hemos hecho parte de la recepción por parte del Tribunal Supremo español de determinadas figuras con origen en el derecho angloamericano y partiendo de un sistema diferente (el del «common law») que o bien viene a nuestro ordenamiento por incorporación legal (nacional o propia de la Unión Europea o internacional) o por la necesidad de su adaptación e interpretación desde el principio de libertad contractual del artículo 1255 CC. Es esto lo que ha llevado al alto tribunal a venir a resolver numerosos supuestos en donde el derecho a aplicar es el español, pero este no contenía regulación alguna respecto del tipo de contrato, naturaleza del negocio o cláusula que se incorpore a los mismos. En tal caso es necesario decidir si es o no aceptable atendiendo a nuestra regulación propia, pues no en todo caso se producirá una recepción cuando la figura sea contraria a lo aquí regulado. A veces simplemente se está asumiendo una terminología que puede ser acertada o errónea, pero con la cual se viene a resolver. Aunque pertenece por tanto al efecto del derecho aplicado entendemos que al contrario de lo que afirman algunos autores respecto de la incorporación al derecho de estos anglicismos¹⁶⁶, la incorporación por el propio Tribunal Supremo si obedece al campo de la semántica tradicional aludiendo por tanto a un matiz de especificidad del término empleado; es decir con ellos si se está delimitando -al menos en la mayor parte de los utilizados- una concreta particularidad del derecho.

Cada día más el juez español debe conocer el derecho extranjero. Y no lo decimos sobre la base de su aplicación sino sobre la necesidad de comparación (para mejorar la interpretación o para determinar el verdadero alcance de un contrato o cláusula), de su delimitación (supuestos concretos de origen anglosajón han llevado al Tribunal Supremo, como hemos visto, a aplicar dicho origen en la interpretación de normas europeas) e incluso de su aplicación, por ejemplo,

¹⁶⁵ STS 390/2010, Civil (sección 1), de 24 de junio de 2010 (ROJ: STS 3753/2010).

¹⁶⁶ Vid SÁNCHEZ-REYES/DURÁN, «Una aproximación pragmática al uso de anglicismos en el derecho español», *Estudios de Lingüística Inglesa Aplicada*, núm. 3, 2002, pp.249-258.

en figuras nuevas que deben ser implementadas y que parten de la libertad contractual de las partes¹⁶⁷.

Como hemos tratado de demostrar el Tribunal Supremo no es ajeno a todo ello y se ha visto necesitado de intervenir desde los tres puntos de vista que hemos señalado. Quizás el proceso más complejo es el de la construcción jurisprudencial de nuevas figuras en adaptación a nuestras normas y nuestro ordenamiento jurídico; y desde luego hasta que se forje jurisprudencia el camino andado inicialmente por los diferentes tribunales puede ser no solo variado y diferente sino incluso contrario entre unas y otras. Mientras el ordenamiento jurídico no las incorpore la labor jurisprudencial es esencial en esta materia; no tanto como creación del derecho sino como pacificación de conflictos y por razones de seguridad jurídica. No obstante, en la evolución histórica analizada de la mayoría de estas nuevas relaciones negociales podemos observar que no siempre el Tribunal Supremo ha venido, desde el principio, a establecer un desarrollo completo de las mismas. Esto puede ser debido a las limitaciones propias de las posibilidades del recurso de casación, pero nada impediría - «obiter dicta»- que ello pudiera ser completado desde ese primer momento. Contraria a esta visión podemos tener otra como es la necesidad de sopesar, ponderar y madurar todo ello a lo largo de los procesos evolutivos necesarios que se dan al ir resolviendo caso por caso y cuestión por cuestión. Quizá entre una y otra esté la mejor y más razonable solución a la verdadera invasión que de estas figuras se produce día a día y al impacto que ello pueda tener en nuestro ordenamiento.

14. Bibliografía

ADAMS, Ken, «Understanding “Best Efforts” And Its Variants (Including Drafting Recommendations)», *The Practical Lawyer*, 2004. Disponible en: <https://www.adamsdrafting.com/downloads/Best-Efforts-Practical-Lawyer.pdf>. (Fecha de consulta: 25.08.2020).

BARTLET, Christopher A/GHOSHAL, Sumantra, *La empresa sin fronteras: la solución transnacional*, McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 1991.

BAVOSO, Vincenzo, «Financial Innovation, Derivatives and the UK and US Interest Rate Swap Scandals: Drawing New Boundaries for the Regulation of Financial Innovation», *Global Policy*, 2016. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/1758-5899.12300>.

BOOBIO, Norberto, «Ancora sul positivismo giuridico», *Rivista di Filosofía*, LIII, 1962, México, BEFDP, 2001, pp. 91 ss.

CAMPUZANO, Ana Belén/SANJUÁN, Enrique,

- *Comentarios a la ley de navegación marítima*, Tirant lo Blanch, 2016.
- *Manual de derecho mercantil*, Aranzadi, 2018.

¹⁶⁷ Ya la STS 274/2003, Civil (sección 1), de 21 de marzo de 2003, vino a resolver la distinción entre libertad contractual y libertad de contratar: «En el mismo sentido se manifiesta la jurisprudencia. Es aquel en que la esencia del contrato, y su cláusula, han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas sino simplemente aceptar o no; se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente) -Sentencias 28 noviembre 1.997 y 13 noviembre 1.998-».

CARNOTA, Walter F., «El «Stare decisis» interno en sede internacional: un problema de «circularidad» y «retroalimentación» de las fuentes del derecho», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 14, Madrid, 2010, pp. 73-88

CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Comares, 2016.

COLLIERE, Charles W, «Precedent and Legal Authority: A Critical History», 1988, Wis. L. Rev. 771. Disponible en: <http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/675>.

CORNEL LAW SCHOOL, *The Two Classes of Cases and Controversies*. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/constitution-conan/article-3/section-2/clause-1/the-two-classes-of-cases-and-controversies>.

DAVIS, C. et al, «Recent developments in business litigation», *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal*, 49(1), 2013, pp. 89-117. Retrieved August 25, 2020.

DEL BARRIO, Natalia, *La jurisprudencia en el common law (desde la perspectiva del jurista continental)*, Aranzadi Thomson Reuters, 2018.

EIZAGUIRRE, Jose María, «Civil law: la vigencia de una categoría convencional», *Anuario Derecho Civil*, Vol. 65, 2012, pp 533-546.

MACFARLANE, Emmett, «Governing from the bench: the scc and the judicial role 1», UBC Press, 2013.

FAGGIOLI, Alizia et al «La función nomofiláctica como mecanismo de unificación en la interpretación del derecho», *Revista CES Derecho*, Vol. 10, No. 2, julio –diciembre de 2019, pp. 591-604.

FERRERES COMELLA, Víctor et al, *La jurisprudencia como fuente del derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Edición homenaje a D. José Puig Brutau, Bosch, 2006.

GAMBARO, Antonio/SACCO, Rodolfo, *Sisitemi giuridici comparati*, Torino, 2002, pp. 123-129.

GONZÁLEZ, María del Carmen, «Informe sobre la resolución de un contrato de timesharing», *Publicaciones Jurídicas*, Centro de Estudios de Consumo. Disponible en: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/02/Informe-sobre-la-resolución-de-un-contrato-de-timesharing.pdf>. (Fecha de consulta: 28.08.2020).

GUZMÁN, Andrew T/MEYER, Timothy, «International Soft Law», *The Journal of Legal Analysis*, Vol. 2, No. 1, Spring 2011, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 1353444. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1353444> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1353444>

HARVARD *What Constitutes a Case or Controversy within the Meaning of Article III of the Constitution*, Harvard Law Review, 41(2), 1927, pp. 232-236.

HERNÁNDEZ, Aurora, «Los contratos internacionales de construcción “llave en mano”», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, Vol. 6, No 1, pp. 161-235.

KLING, Lou R./ SIMON, Eileen T., *Negotiated Acquisitions of Companies, Subsidiaries and Divisions* Law Journal Press, 2013.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil*, I-1º, Bosch, 1988, p. 218.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, «Comentario del artículo 1.6 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirs. Manuel Albaladejo/Silvia Díaz Alabart), tomo I, volumen 1.o, 2.a ed., Madrid, 1992, p. 357.

LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 354 ss; pp. 429 ss.

LEGARRE, Santiago, «Stare decisis y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos», *El Derecho*, 2005. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/3133>

LEGARRE, Santiago/ RIVERA J. César, «Naturaleza y dimensiones del "stare decisis"», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N°1, 2006, pp. 109 -124.

MIKHAIEL, Mina Mark, «The Dangers of the Reference Question: SCC v. SCOTUS», 40 Can.-U.S. L.J. 71, 2016. Disponible en <https://scholarlycommons.law.case.edu/cuslj/vol40/iss1/10>

MARTÍNEZ, William Fernando, «La Ley aplicable al Contrato de Franquicia Internacional en la Unión Europea», *IUSTICIA*, enero - diciembre de 2013.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, *Fuentes del Derecho en el Derecho Español. Una introducción*, 09/2010, Tirant lo Blanch.

MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, *Derecho Angloamericano y Derecho Canónico. Las raíces canónicas de la «common law*, Prólogo de Stephan Kuttner, Civitas, Madrid, 1991.

FORDE, Michael/LEONARD, David, *Constitutional Law of Ireland*, Bloomsbury Professional, 3ª edición, 2013.

NOAD, Joseph W., «Stare decisis in the inferior courts of the United States», *Nevada law journal* Vol. 12:787, pp. 787-829.

OTAL, Sara Helena, *Sistemas de información contable para joint ventures*, Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, Ministerio de Economía y Hacienda, 2011. Disponible en: <http://www.icac.meh.es/Documentos/PUBLICACIONES/166.pdf>.

PARRA, Gonzalo, «Origen y evolución del sistema anglo-americano de derecho internacional privado», *Separata de la Revista de Derecho y Legislación*, Caracas, 1966.

PARRA LUCAN, María Ángeles, «Alcance y valor de la jurisprudencia en el Derecho privado español», *Revista electrónica de direito*, núm.1, 2017.

RAGOWSKI, Ralf., *Civil Law*, 1996, p. 11.

DAVID René/JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Los grandes sistemas jurídicos continentales*, Instituto de investigaciones jurídicas, 2010.

RONCERO, Antonio, «Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento del deber de diligencia», en ALONSO UREBA, ALBERTO ET AL (dirs.), *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, t.II, 2016, pp. 383-423.

SÁNCHEZ-REYES, Sonsoles/DURÁN, Ramiro, «Una aproximación pragmática al uso de anglicismos en el derecho español», *Estudios de Lingüística Inglesa Aplicada*, núm. 3, 2002, pp. 249-258.

SONGER, Donald R., *The transformation of the scc: an empirical examination*, University of Toronto Press, 2008.

STÜRNER, Michael «Tendiendo un puente entre el common law y el derecho continental. ¿constituyen las diferentes metodologías de trabajo un obstáculo contra una mayor armonización del derecho privado europeo?» *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2007, pp. 177-193.

MITCHELL, William, «Disregard of the Corporate Entity», *Law Review*, vol. 4: Iss. 2, Article 3, 1978.

YZQUIERDO, Mariano, «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2018 (252/2018). Sobre el auténtico sentido de las cláusulas «claim made» y su ampliación temporal», *Vlex Seguros*, pp. 439 -451.

Anexo I: Términos analizados

A

advisory opinions, 16
affidavit, 23, 24
agent, 18

B

best effort, 14, 15
beyond a reasonable doubt, 7
breach of contract, 19
burden of proof, 20
Business Judgment Rule, 21
by stoped, 6

C

cartas de patrocinio, 10, 29, 30, 31
cases or controversies, 15

Ch

chárter, 22

C

claim made, 12, 36
clear and convincing evidence, 20
common law, 5, 6, 8, 17, 19, 32, 34, 35, 36
comparative negligence, 7
contributory negligence, 7

D

disregard of legal entity, 13
Disregard of the Corporate Entity, 13, 36
disregard of the legal entity, 13
downstream, 21
due diligence, 23
dumping, 21

E

engineering, 14
Engineering, Procurement and Construction, 14
equity swap, 25

F

factoring, 28
fair use, 18
frustration, 10

G

good-faith, 15

H

hardship, 10
hipotecas subprime, 29

I

Interest Rate, 26, 33

J

joint venture, 23

L

landmark, 20
lease-back, 27, 28
leasing, 6, 27, 28
letter de patronage, 10, 29
letter of intention, 10, 29
letter of support, 10, 29
letter or responsibility, 10, 29
lex artis, 6, 14, 15
lifting the veil, 14
Liner terms, 22

M

masterfranquicia, 26
more probable than not, 20

N

Net Asset Value, 13

O

obiter dicta, 13, 33
overdraft, 8

P

Paramount, 22
passing-on, 20
piercing the veil, 13
preponderance of evidence, 20
preponderance of the evidence, 20

R

rebus sic stantibus, 10, 13
reference question, 16
res ipsa loquitur, 6

S

self executing, 21
Soft Law, 21
standard of proof, 20
swap, 24
swaps, 26

T

tag along, 26
time- charter, 22
time sharing, 19
torts, 6

U

unit linked, 29
upstream, 21

W

wrongful death action, 20