

CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTRATO INTERNACIONAL DE *BARTER*

(CONSIDERATIONS ON THE *BARTER*
INTERNATIONAL CONTRACT)

JOSÉ ANTONIO VEGA VEGA
Catedrático de Derecho Mercantil. UEx

INDICE: RESUMEN/SUMMARY. 1. PRELIMINAR.- 2. EL *BARTER* EN EL COMERCIO INTERNACIONAL. 2.1. El comercio de compensación. 2.2. La permuta comercial en particular.- 3. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.- 4. LEGISLACIÓN SUSTANTIVA APLICABLE. 4.1. Determinación de la *lex causae*. 4.2. Ámbito de aplicación.- 5. ASPECTOS FORMALES EN LOS CONTRATOS INTERNACIONES DE *BARTER*. 5.1. La forma en los sistemas de derecho internacional privado. 5.2. El problema de la exigencia de forma escrita en el modelo ISDA.- 6. *PERMUTA COMERCIAL Y LEX MERCATORIA*. 6.1. La hipótesis de que los contratos tipo puedan servir de límite al conflicto de leyes. 6.2. Análisis de otros posibles efectos jurídicos.- 7. EL CONTROL DE CAMBIOS.- 8. LA PROTECCIÓN DEL ADHERENTE EN EL CONTRATO DE *BARTER* INTERNACIONAL.

RESUMEN:

El barter es un contrato en el que las partes se hacen contraprestaciones consistentes en la entrega de bienes, aunque también pueden utilizarse unidades de referencia monetaria llamadas unidades-barter, que posibilitan compensaciones y permiten diferir la recepción de la contraprestación. En el contrato internacional de permuta comercial intervienen sujetos pertenecientes a distintos países. Cuando surgen los conflictos sobre la interpretación o cumplimiento del contrato y se impone la necesidad de acudir a un órgano que resuelva el conflicto, las partes pueden someterse a un tribunal de justicia o bien a un arbitraje privado. Esta cuestión debe estar prevista en los contratos. Igualmente es importante considerar la legislación que va a aplicarse a la resolución del problema. Por tanto, una de las cuestiones que se plantean en estos contratos es prever la jurisdicción a la que van a someterse la resolución del conflicto y la legislación aplicable. En el presente trabajo se analizan las diversas opciones que tienen los interesados, así como las consecuencias que pueden derivarse de su elección.

PALABRAS CLAVE: Permuta comercial internacional, Mercado, Comercio Internacional, Dinero, Jurisdicción Internacional.

Clasificación JEL: K29

ABSTRACT:

The barter is a contract in which the parties make counter-payments consisting of the delivery of goods, although they can also use units of monetary reference called barter units, which enable compensation and allow the receipt of the consideration is deferred. Subjects from different countries participate in the international swap contract. When conflicts arise over the interpretation or fulfillment of the contract and the need to go to an organ that resolves the conflict is imposed, the counterparties may submit to a court of law or private arbitration. This question must be foreseen in the agreement. It is also important to consider the governing legislation to the resolution of the problem. Therefore, one of the issues that arises in these contracts is to foresee the jurisdiction to which the resolution of the conflict and the applicable legislation will be submitted. The diverse options that the interested parties have are analyzed in the present paper, as well as the consequences that may result from their choice.

Keywords: *International Barter, Market, International Trade, International Jurisdiction.*

JEL classification: K29

1. PRELIMINAR

En los periodos de incertidumbre económica, las empresas procuran alcanzar la máxima eficiencia en el mercado a fin de optimizar sus resultados. Sabemos que las convulsiones económicas y las crisis financieras a la larga producen importantes reajustes en el comercio, sobre todo en el tráfico internacional. Si a ello añadimos que los avances tecnológicos están modificando de forma radical los principios sobre los que se articula el intercambio de bienes y servicios, es fácil deducir los profundos cambios que se producen en la actividad comercial, cambios que se acentúan más en periodos de depresión, en los que la actividad económica se supedita en cierta medida a la normativa proteccionista de los Estados¹.

El pensamiento económico ha modificado los criterios de referencia para valorar los resultados empíricos en las transacciones, tanto en lo que se refiere a la jerarquía y definición de los objetivos como a los instrumentos. Estos cambios obligan a los operadores económicos, en aras a buscar mejores resultados, a procurarse una estrategia innovadora². La innovación, desde la óptica del mercado, se concibe como un complejo proceso orientado a la creación de novedades con significado económico y que afecta a la capacidad emprendedora y competitiva de las empresas³. Pero la innovación, desde el punto de vista del tráfico económico, en multitud de ocasiones necesita cobertura jurídica. Con el paso del tiempo, la norma jurídica —la norma siempre va a la zaga de los conflictos surgidos en el mercado— otorga carta de naturaleza a instituciones que nacen al socaire de prácticas nacidas por el uso profesional y, de esta forma, regula institutos

¹ Es cierto que los periodos de recesión o de crisis económica y financiera internacional contribuyen al auge del comercio bilateral, práctica que antes era propia de los países de economía centralizada o dirigida y que ahora se está imponiendo en países de economía de mercado, tal como sostiene BONET MONER, B., “Intercambio y Barter, auge de una forma de comercio internacional”, en *Countertrade y Barter*, Editorial Instituto de Empresa, Madrid, 1983, pág. 5. Sobre el análisis y explicación de las causas del resurgimiento del comercio de compensación o *Revival of bater trade* en periodos de crisis, puede verse también GMÜR, C.J., *Barter, Compensation and Cooperation*, Credit Swiss, Zurich, 1988, pág. 7; BANERJES, A. y MASKIN, E.S., “A Walrasian theory of Money and Barter”, *Discusión Paper*, Ed. Por Harvard Institute of Economic Research, Harvard University, núm. 1753 (marzo 1996), págs. 1-6; KORTH, C., *International countertrade*, Quorum Books, New York, 1987; CARLIN, W. FRIES, S., SCHAFFER, M., y SEABRIGHT, P., “Barter and Non-Monetary Transactions in Transition Economies: Evidence from a Cross-Country Survey”, *Centre for Economic Reform and Transformation*, Heriot-Watt University, Riccarton, Edimburgh, núm 4 (marzo 2000), págs. 2-4.

² No debemos olvidar que las instituciones son las reglas de juego que rigen el comportamiento de los sujetos, a los que proporcionan la estructura de incentivos para incidir sobre los costes de transacción en el ámbito económico. Cfr. CARLOS ARIAS, X. y CABALLERO, G., “El retorno de las instituciones y la teoría de la política económica”, en *La política económica en tiempos de incertidumbre* (Editores M. Esteban y F. Serrano), Ed. Netbiblo, A Coruña, 2006, pág. 6.

³ *Videri* MARTÍNEZ ROMÁN, J.A., *Análisis y modelización del comportamiento innovador de las empresas*, CES, Sevilla, 2010, págs. 23 y 123.

que afloran en el ordenamiento jurídico al socaire de la necesidad económica subyacente.

Las modificaciones estructurales críticas de la economía mundial y los reajustes del comercio internacional traen como consecuencia la implantación de políticas comerciales restrictivas de claro signo proteccionista, basadas principalmente en obstáculos no arancelarios. En esta tesitura, el desarrollo paralelo de las estrategias de marketing, la revisión de los objetivos comerciales y los estudios de mercado hacen surgir nuevas fórmulas más sofisticadas, que permiten superar los conflictos o fricciones que aparecen en economías con dificultades para el intercambio monetario⁴. Este es el caso de la permuta comercial o *barter*⁵, que forma parte del denominado comercio de compensación⁶ y que se presenta como una antigua institución con renovada estructura para dar cobertura a un comercio bilateral que, al producirse sin apenas intervención de valores monetarios, contradice el más ortodoxo sistema multilateral de libre comercio y pagos⁷.

La permuta, como institución clásica -quizá la primera forma de intercambio de bienes-, después de cumplir su ciclo histórico, se convirtió en un instituto obsoleto. Sin embargo, de manera paradójica, los reajustes de la actividad económica en periodos de crisis han permitido recuperar estas operaciones, si bien ahora revestidas de nuevas fórmulas, que le dotan de una dimensión argumental más práctica, y que se extiende a otros contenidos mejor conectados con las necesidades de las empresas y la demanda del mercado.

⁴ WILLIAMSON, S.D., en su obra "Limited Participation and the Neutrality of Money", *Federal Reserve Bank of Richmond Economic Quarterly*, Vol. 91/2, primavera 2005, pág. 1, plantea este problema en los siguientes términos: "In an economy with monetary exchange, much more can be achieved than in an economy without money. Even so, one of the key lessons of monetary economics is that circumstances exist in which changing the quantity of money will not matter at all for what can be produced and consumed in an economy. For example, governments sometimes engage in currency reforms, particularly in circumstances where there has been a recent history of high inflation".

⁵ COHERN, S.S., y ZYSMAN, J., "Countertrade, Offsets, Barter and Buybacks", *California Management Review*, Winter 1986, Vol. 28, Issue 2, pág. 41.

⁶ En principio, el comercio de compensación (*countertrade*), también conocido como "comercio vinculado", "comercio de contrapartida" o "comercio recíproco", es un exponente de la evolución del comercio a nivel internacional, como respuesta a políticas comerciales restrictivas (CARDONE, C., "Análisis de la práctica del comercio de compensación en España", *ICE Tribuna Económica*, núm. 729, mayo 1994, pág. 109), aunque, como es lógico, también se produce a nivel interno o doméstico, debido al descenso de las rentas disponibles de los consumidores. En cualquier caso, el comercio de compensación debe entenderse como la denominación genérica de una serie de transacciones, operaciones y convenios que involucra más compromisos que el solo intercambio de mercancías (PIÑEIRO ÍÑIGUEZ, C., y RAS, F.L., *Intercambio compensado. Countertrade. Teoría, Práctica y Estrategia. Una opción para el comercio internacional*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1993, pág. 3).

⁷ JIMÉNEZ HERRERO, L.M., *Cómo comerciar en el actual mercado internacional*, Ed. Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 2ª ed., Madrid, 1988, pág. 9.

Es palmario que, en el tráfico jurídico moderno, la recuperación de instituciones clásicas no significa que no pueda enriquecerse el ordenamiento jurídico con nuevas o renovadas figuras que puedan solventar la deficiente regulación legal de los conflictos de intereses surgidos en el mercado⁸. Por ende, no existe ningún obstáculo para pensar que institutos antiguos no puedan tener proyección en la moderna economía. Ahora bien, la asimetría y contradicción de respuestas que se vienen dando exigen una profunda reconsideración de los antiguos conceptos en orden a configurar una estructura de nuevas figuras jurídicas que aporten soluciones eficientes en un modelo económico y financiero cambiante⁹. Es cierto que la teoría sigue todavía entretenida en compatibilizar el conocimiento heredado con conceptos que nacen del análisis de la realidad; pero, frente a disertaciones de tipo teórico, se imponen las estrategias comerciales que reutilizan viejas instituciones para solventar nuevos problemas comerciales.

2. EL BARTER EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

2.1. EL COMERCIO DE COMPENSACIÓN

El *barter* es una modalidad de lo que se conoce como *countertrade* o comercio de compensación, al que coloquialmente se ha dado en llamar “comercio sin dinero”. El comercio de compensación se refiere a una forma especial de comercio, principalmente internacional, basado en el intercambio de bienes o servicios con

⁸ La búsqueda de la eficiencia en la oferta de bienes y servicios en el mercado lo ha de ser no solo desde el punto de vista económico sino también jurídico, en la medida que son las instituciones las que pueden favorecer el intercambio acentuando la confianza de los empresarios u operadores económicos y consumidores. Porque, tal como ha sido puesto de relieve por ARIAS, X.C., y CABALLERO, G., en “El retorno de las instituciones y la teoría de la política económica”, en *La política económica en tiempos de incertidumbre*, cit., pág. 6: “El conjunto de reglas que favorezcan la reducción del oportunismo en los intercambios, que extiendan la mutua confianza entre los sujetos, y con ello la viabilidad a largo plazo de la ejecución de los contratos, que impulsen, en definitiva, el ahorro de costes de transacción, constituirá lo que en rigor puede denominarse una estructura institucional eficiente”.

⁹ La mayoría de los estudios sobre los procesos de demanda y oferta de servicios por cambios tecnológicos ha sido ampliamente ignorada en las doctrinas jurídica y económica que defienden el sesgo hacia la cualificación por la especialización. Existen pautas y tendencias en los datos, pero carecen claramente de la uniformidad implícita en un simple modelo universal de cambio tecnológico que afecta a los mercados competitivos. Evidentemente la situación es distinta según tomemos los conjuntos de datos más convencionales o nos limitemos a los de partida inicial. En todo caso, parece existir una amplia variedad de experiencias, con cierta dependencia de las condiciones iniciales de cada profesión, que pueden favorecer en mayor o menor medida la consecución de los resultados pretendidos. Sobre el particular y de una forma más monográfica, puede verse GALBRAITH J., y BERNER, M., *Desigualdad y cambio industrial*, Ed. Akal, Madrid, 2001, págs. 160 ss.

ciertos acuerdos adicionales¹⁰. El *countertrade* es un término ambiguo que abarca un conjunto de transacciones comerciales en las que una parte o la totalidad de pago de la contraprestación se realiza con bienes o servicios o a cambio de otras compensaciones¹¹. Dentro del *countertrade* suele incluirse el *barter*.

El comercio de compensación en general, y el *barter* en particular, no pueden catalogarse como una simple vuelta al trueque de mercancías, sino que es una nueva fórmula comercial más compleja y sofisticada que permite incrementar el comercio, exportar a países carentes de disponibilidad de divisas y abrir nuevos mercados, convirtiéndose en una nueva forma de gestión comercial interior y exterior¹². Además, es importante tener en cuenta que la permuta comercial extiende su objeto a otras contraprestaciones, como los servicios, que siempre han quedado excluidas del objeto de la permuta clásica.

El resurgir o el incremento de actividad de estas modalidades contractuales se produce en periodos de crisis, en los que se exagera el proteccionismo y se vuelve a viejas fórmulas de bilateralismo comercial relacionadas en algunos casos con el trueque¹³, aunque en sentido amplio. No cabe duda que el fenómeno del *countertrade* ha significado una auténtica paradoja en la medida que, siendo un instrumento utilizado en una economía primaria, se ha impuesto en las modernas transacciones¹⁴.

¹⁰ Una introducción sobre el comercio de compensación o intercambio y su presencia en el ámbito internacional puede verse en BONET MONER, B., "Intercambio y Barter, auge de una forma de comercio internacional", en *Countertrade y Barter*, Editorial Instituto de Empresa, Madrid, 1983, págs. 15-18; PRINGLE, R. (ed.): *Countertrade in the World Economy*, Group of Thirty, New York, 1985; WALLER, R.L., *The Principles of Countertrade*, Boston University, Boston, 1986; POUTEAUX, A., "The Legal Implications of Countertrade", *Countertrade and Barter*, núm. 23 (diciembre-1988-enero 1989), págs. 44-48.

¹¹ Cfr. CARDONE, C., "Análisis de la práctica del comercio de compensación en España", *Información Comercial Española*, núm. 729 (mayo 1994), págs. 109-124.

¹² Cfr. SHI, S., "Money and Prices: A Model of Search and Bargaining", *Journal of Economic Theory*, núm. 67 (1995), págs. 467-496.

¹³ JIMÉNEZ HERRERO, L.M., *Cómo comerciar en el actual mercado internacional*, Ed. Cámara de Comercio e Industria de Madrid, cit., págs. 29-30.

¹⁴ En opinión de CARLIN, W., FRIES, S., SCHAFFER, M., y SEABRIGHT, P., "Barter and Non-Monetary Transactions in Transition Economies: Evidence from a Cross-Country Survey", *Centre for Economic Reform and Transformation*, Heriot-Watt University, Riccarton, Edimburgh, núm 4 (marzo 2000), pág. 2: "The persistence of barter transactions over a number of years in complex industrialised economies has been one of the most puzzling paradoxes of the transition from central planning to market organisation. Historically, barter has characterised relatively simple societies with a comparatively undifferentiated division of labour. It has also been observed in more complex societies in the aftermath of serious crises such as wars" (La persistencia de las transacciones bajo la modalidad del trueque a lo largo de numerosos años en el complejo mundo de las economías industrializadas, ha sido una de las paradojas más desconcertantes de la transición de la economía de planificación central a la de libre mercado. Históricamente, el trueque ha caracterizado a las sociedades relativamente simples, con una división comparativamente indiferenciada de trabajo. También se ha observado en las sociedades más complejas a consecuencia de las secuelas dejadas por importantes crisis, como las guerras).

El comercio de compensación se refiere a operaciones contractuales que abarcan complejos intercambios de bienes, servicios o ideas, en unos caso, sin la utilización -o con la mínima utilización- de la especie monetaria¹⁵, y en otros, contraponiendo contratos de compraventa o permuta para asegurarse la exportación o, en su caso, la importación de productos. El comercio recíproco es de por sí una actividad *ad hoc*, y las prácticas y operaciones varían de acuerdo con las regulaciones y exigencias locales, la naturaleza de las mercancías a comercializar o exportar y las prioridades actuales de las partes implicadas. Además, los términos utilizados para describir las principales formas de comercio varían a menudo de manera intercambiable, dando lugar a figuras variadas y complejas¹⁶.

Las transacciones de compensación, por lo tanto, siempre han aparecido cuando las circunstancias económicas aconsejan el intercambio de mercancías directamente en lugar de utilizar el dinero como medio de pago¹⁷.

Existen diferentes figuras en el comercio de compensación o *countertrade*¹⁸. En casi todas ellas encontramos problemas terminológicos o de traducción, ya que en el tráfico internacional suelen conocerse con la denominación anglosajona, sin que se haya consolidado una traducción uniforme en nuestro país. Por nuestra parte, elegimos la que consideramos más arraigada, sin renunciar a explicitar cualquier otra que pueda ser más lógica o resulte más utilizada.

¹⁵ Según HAMMOND, G.T., *Countertrade, Offsets And Barter In International Political Economy*, Ed. Pinter Publishers, London, 1990, págs. 6-7: "This refers to reciprocal and compensatory trade agreements involving the purchase of goods or services by the seller from the buyer of his product, or arrangements whereby the seller assists the buyer in reducing the amount of the net cost of the purchase through some form of compensatory financing". ([El *countertrade*] se refiere a los acuerdos de comercio recíproco y compensatorio que incluyan la compra de bienes o servicios por parte del vendedor al comprador de su producto o de un sistema mediante el cual el vendedor ayuda al comprador en la reducción del importe del coste neto de la compra a través de algún tipo de financiación compensatoria).

¹⁶ COHERN, S.S., y ZYSMAN, J., "Countertrade, Offsets, Barter and Buybacks, *California Management Review*, Vol. 28 Issue 2, Winter 1986, pág. 41.

¹⁷ En relación con la cuestión del comercio bilateral, MENDERSHAUSEN, H., "Prices, Money and the Distribución of Goods", en *American Economic Review*, núm. 39-4 (1949), págs. 657-658, ha expuesto lo siguiente: "Where neither trading for Money nor redistribution of goods by political authority, alone or in combination, can ensure a reliable division of labour, bilateral exchange seems to be the safest line of economic retreat" (Cuando ni el comercio monetario ni la redistribución de la riqueza por la autoridad pública, solos o de forma conjunta, pueden garantizar un reparto eficaz del trabajo, el intercambio bilateral parece ser la más segura de atajar la recesión económica).

¹⁸ Un estudio más analítico de las modalidades contractuales que suelen darse en el comercio de compensación se encuentra en la obra de COMMANDER, S., y MUNNSEN, C., "Different types of Non-Monetary Transaction in Russia", en *The Vanishing Rouble: Barter Networks and Non-Monetary Transaction in Former Soviet Societies*, Cambridge Press, Cambridge, 1999, págs. 35 ss.

2.2. LA PERMUTA COMERCIAL EN PARTICULAR

El *barter* es una operación comercial que consiste en un simple intercambio de bienes o servicios mediando o sin mediar compensaciones monetarias¹⁹. En realidad hay muchas clases de *barter*, hasta el punto de que no existe unanimidad en su caracterización. El simple *barter*²⁰ se define como un intercambio de mercancías²¹, normalmente entre empresas del mismo o distinto país, en cuya forma más directa se produce sin intermediarios²². Sin embargo, este negocio jurídico ha dado lugar a multitud de estructuras, que a su vez han producido modalidades más complejas, de las que se derivan complicadas relaciones comerciales²³ y mayores problemas jurídicos al operar con prestaciones recíprocas de cosas, servicios y otros activos de las empresas. Especialidad de la permuta comercial es la utilización de unidades monetarias (unidades *barter*), de base fiduciaria, que, al tener una función compensatoria, facilitan la realización de contratos de distinta naturaleza y el intercambio de bienes o prestación de servicios.

En el comercio de bienes y servicios, las operaciones *barter* se institucionalizan como una fórmula compleja de intercambio comercial que sirve en la práctica para cumplir funciones que no podrían alcanzarse con el contrato de compraventa, ni por supuesto con la permuta tradicional²⁴. Sin embargo, este instituto ha tenido escaso eco en la literatura jurídica de nuestro país. Y han merecido relativa atención los aspectos económicos y contables que plantea la figura, salvo en lo que se refiere a comercio internacional, donde se aprecia una mayor dedicación de los autores, especialmente los economistas. A pesar de este olvido doctrinal, lo cierto es que estas transacciones son practicadas frecuentemente en muchos países por empresas de diferentes tamaños y de

¹⁹ En definición usual norteamericana el *barter* es “a exchange of goods or services directly for other goods or services without the use of money as means of purchase or payment”. O, también suele decirse que “in a barter deal, goods are exchanged for goods - the principal export is paid for with goods (or services) from the importing market. A single contract covers both flows and in the simpler case, no cash is involved. In practice, however, the supply of the principal export is often released only when the sale of the bartered goods has generated sufficient cash”. Puede verse VAN HUYCK, J., BATTALIO, R., y RANKIN, F., “On the Evolution of Convention. Evidence from Coordination Games”, *The Economic Journal*, núm. 107 (1997), págs. 576-597.

²⁰ HART, K., “Barter”, en *New Palgrave: A Dictionary of Economics*, Ed. Macmillan Press, London y Basingstoke, 1987, pág. 35.

²¹ KOYOTAKI, N., y WRIGHT, R., “On money as a médium of Exchange”, *Journal of Political Economy*, 97 (1989), págs. 930-931.

²² GMÜR, C.J., *Barter, Compensation and Cooperation*, Credit Swiss, Zurich, 1988, pág. 10.

²³ Sobre modelos comerciales, preferencias y relaciones comerciales desde el punto de vista económico encontramos un interesante estudio en BANERJEE, A.V., y MASKIN, E.S., “A Walrasian theory of Money and Barter”, *Discusión Paper*, Ed. Por Harvard Institute of Economic Research, Harvard University, núm. 1753, marzo 1996, págs. 9 ss.

²⁴ MARIN, D., y SCHNITZER, M., *Contracts in Trade and Transitions: The Resurgence of Barter*, MIT Press, Cambridge, 2002, págs. 188-191.

sectores de actividad muy variados con fines macroeconómicos y microeconómicos²⁵.

En concomitancia con lo dicho, es fácil colegir que, pese al desarrollo y proliferación de estas actividades en el ámbito comercial, tengamos que señalar la falta de regulación específica en el campo jurídico, si bien existen algunas normas contables²⁶ que, aunque no sirvan para perfilar la institución, al menos nos permiten partir de un rótulo con el que nombrarla: permuta comercial.

La permuta comercial responde a una escala creciente de reciprocidad, entendida como un conjunto de prácticas comerciales no convencionales que sirven al ajuste de desequilibrios comerciales entre dos países y como medio de superar situaciones críticas de las empresas en el ámbito interno. Los empresarios no suelen utilizar los contratos de permutas como instrumentos puros de especulación, pues sus inquietudes comerciales van por otro camino²⁷. El comercio de compensación, entre los cuales incluimos al *barter*, comprende una variada gama de contratos cuya naturaleza no viene dada únicamente por los diferentes atributos específicamente técnicos u obligacionales de las operaciones, sino también por las características que concurren en los participantes en las transacciones y el carácter de las interrelaciones que se establecen entre ellos²⁸.

3. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

La primera cuestión importante que debemos abordar en el contrato internacional de permuta comercial es la relativa a la normativa sustantiva aplicable así como

²⁵ CARDONE, C., “Análisis de la práctica del comercio de compensación en España”, cit., págs. 113-115.

²⁶ En Estados Unidos, donde el mercado de operaciones *barter* se encuentra más desarrollado, la APB 29 “Accounting for Non-monetary Transactions” y algunas otras normas específicas para algunos sectores de actividad como es el sector de las comunicaciones, han intentado proporcionar unas pautas de actuación para su reflejo contable. Sin embargo, el surgimiento continuo de nuevas operaciones hace previsible la aparición de normas contables específicas que regulen el tratamiento a aplicar a las mismas. En España se regula la permuta comercial en el Plan General de Contabilidad (R.D. 1514/2007, de 16 de noviembre), Normas de Registro y Valoración, 2ª Inmovilizado material. Valoración Inicial, si bien solo se alude a los inmovilizados materiales.

²⁷ La permuta comercial, a diferencia de la financiera, no tiene tan acusado ánimo especulativo. Para conocer el carácter especulativo del *swap* y poderlo comparar con el *barter*, puede consultarse, CEA GARCÍA, J.L., *Los contratos de permuta financiera (swaps). Gestión financiera y análisis contable*, Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, Madrid, 1990, pág. 35; LA CLAVIÈRE, B., “Se protéger contre une remontée des taux d’interet”, *Banque*, 1988, págs. 549-565; LÓPEZ, I., *La cobertura de riesgos de interés y de cambio*, Instituto Superior de Técnicas y prácticas Bancarias, Madrid, 1995, págs. 12 ss.; FLAVELL, F., *The swaps training manual*, Euromoney Pub., London, 1991; MALOY, P., “Origins and development of the SWAP Market (Definitions and types of SWAPS)”, en *Las operaciones swap como instrumento para mejorar la financiación de la empresa*, E.I.E., Madrid, 1985, págs. 12-16; CRESTI, B., “Welfare improving barter in imperfect competition”, *Discussion Paper*, Centre for Operations Research and Econometrics, núm. 71 (2002), págs. 125 ss.

²⁸ PINEIRO ÍÑIGUEZ, C., y RAS, F.L., *Intercambio compensado. Countertrade. Teoría, práctica y estrategia. Una nueva opción en el comercio internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1993, pág. 75.

la competencia jurisdiccional de cara a la resolución de los conflictos que puedan presentarse entre las partes en relación con la interpretación o cumplimiento de lo pactado al tratarse de sujetos nacionales de distintos Estados.

En el plano del sometimiento de las partes, hay que partir del hecho de que, por regla general, los anexos o *schedules* del contrato marco facultan a las partes para la libre elección de la *lex causae*. Aun así, es normal que en el contrato marco se pacte el sometimiento a la jurisdicción de los tribunales del país cuya ley nacional se determine como *lex causae* de resolución de conflictos o, en otro caso, a la jurisdicción no exclusiva de los tribunales del Estado de Nueva York y a la Corte de Distrito de los Estados Unidos, que se encuentra en el propio Distrito de Manhattan en la ciudad de Nueva York.

Es propio de los contratos internacionales estipular la expresa renuncia de las partes a oponer excepciones relacionadas con la falta de competencia de los tribunales que se hayan elegido como fuero competente, así como declarar que no existe ningún obstáculo legal para que cualquiera de los sujetos intervinientes pueda promover otras causas en cualquier otra jurisdicción, salvo que se elija la ley inglesa (cuando no se aplique el Convenio de Bruselas), ni para que las partes puedan presentar acciones judiciales en una o más jurisdicciones (cláusula de “jurisdicción no exclusiva”). En síntesis, en la mayoría de las veces se faculta a la partes a elegir libremente la competencia jurisdiccional bajo una fórmula de opciones alternativas, que podrán concretarse en el anexo del contrato, sin perjuicio de que pueda presentarse la causa en más de una jurisdicción²⁹. No obstante, es incuestionable que la opción de la ley aplicable determinará la sumisión a la jurisdicción del país en cuestión³⁰.

Otros modelos de contrato marco suelen presentar algunas variantes. Como los que consagran el principio de sometimiento de las cuestiones derivadas del

²⁹ La doctrina procesal española sostiene que no puede alegarse la excepción de litis pendencia internacional en base al artículo 533.5 de la LEC de 1881 (hoy artículo 416.2 de la LEC de 2000), salvo que exista tratado internacional en contra, por ejemplo el Convenio de Bruselas. Puede verse: CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil Internacional (Ordenamiento español)*, Ed. Edersa, Madrid, 1981, págs. 253 ss.; ESPINAR VICENTE, J.M., *Derecho Procesal Civil Internacional*, Ed. Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1993, pág. 141; CARLOS CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Ed. Comares, Granada, 1997, págs. 238 ss, en las que citan las antiguas sentencias del TS. de 17 de enero de 1912 y 31 de enero de 1921.

³⁰ Respecto a los problemas o cuestiones que pudieran suscitarse por los posibles demandados en lo atinente al fuero o a la competencia de jurisdicción, hay que significar que deberá ser en todo caso alegada la posible falta de competencia jurisdiccional por la parte afectada. Así, el Auto de la AP de Las Palmas (Sección 4^a) de 29 de noviembre de 2007 (JUR 2008, 74087) ha venido a decir que hasta que no sea debidamente emplazada la entidad demandada y ésta no comparezca, no podrá el Juez a quo hacer uso de la facultad de apreciación de oficio de la falta de jurisdicción internacional en cuanto cabe la posibilidad, admitida por el art. 22 LOPJ, de que una vez emplazada comparezca la demandada sin proponer en forma declinatoria produciéndose así una sumisión tácita que invertiría de competencia a los tribunales españoles.

contrato y de los acuerdos singulares que a su amparo se celebren a los órganos arbitrales que, en cada caso, sean competentes según la naturaleza de las entidades implicadas. Es claro que esta cláusula, en lo que concierne a nuestro Derecho y para que no existan problemas de interpretación, deberá ser completada en el anexo de conformidad con las prescripciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Debemos significar que la sumisión arbitral no es muy seguida en el Derecho anglosajón debido a los elevados costes. Otras veces, los convenios marco contemplan la solución arbitral como una opción negociable por las partes. E incluso para impedir que las contrapartes o adherentes al contrato estipulen la solución arbitral, acostumbran a contener una declaración de renuncia expresa a su propio fuero para someterse a la jurisdicción y competencia de los Juzgados y Tribunales propios de la empresa de *barter*.

En lo atinente a jurisdicción y competencia, la Ley de Enjuiciamiento Civil española, en su artículo 36, establece que la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales españoles se determinarán por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. Es patente, pues, que en estos supuestos habrá que analizar las disposiciones de la LOPJ y los convenios internacionales que puedan ser de aplicación en la materia.

Antes de la promulgación de la LOPJ, se mantuvo por la doctrina y la jurisprudencia una opinión contraria al sometimiento de los españoles a una jurisdicción extranjera, en virtud del principio de indeclinabilidad de la jurisdicción. Con la LOPJ de 1983 en vigor se vinieron aplicando los artículos 57 y 58 de la LEC de 1881, manteniendo el TS el susodicho principio de la indeclinabilidad de la jurisdicción, con fundamento en la soberanía estatal. La STS de 10 de noviembre de 1993³¹ modificó el criterio admitiendo la sumisión expresa de los españoles a los tribunales extranjeros, con el límite en todo caso de la excepción del abuso del derecho en los términos del artículo 11.2 de la LOPJ.

Y es que nuestra vigente LOPJ no contiene a tal respecto normas de exclusividad. Así, por ejemplo, el artículo 22.1º no contempla este tipo de normas en lo relativo a obligaciones y contratos. Por su parte, el artículo 22 bis determina una regla con carácter general cuando las partes se hayan sometido a la legislación española, independientemente de su domicilio, lo que no impide pacto en contrario. El artículo 22 quinquies establece, en defecto de sumisión expresa o tácita y aunque el demandado no tuviera su domicilio en España, la competencia de la jurisdicción española en el supuesto de obligaciones contractuales cuando estas se hayan cumplido o deban cumplirse en nuestro país.

³¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 1040/1993 de 10 noviembre (RJ 1993, 8980).

También el apartado c) del último artículo citado alude a los litigios relativos a la explotación de una sucursal, agencia o establecimiento mercantil, cuando éste se encuentre en territorio español.

En relación con su alcance, se suscita la duda de indagar el significado del concepto “establecimiento mercantil”. Somos de la opinión que siempre que estén en juego algún establecimiento principal, sucursal o filial española, en la que deba cumplirse las obligaciones contractuales, deberá ser la jurisdicción española la competente³², dada la literalidad del precepto, salvo que exista un sometimiento expreso en los términos antedichos.

La actual Ley de Enjuiciamiento Civil, en el numeral 2 del artículo 36, establece varios límites a la competencia de los tribunales españoles, límites que se rotulan como circunstancias de falta de competencia internacional. A saber: 1º) Cuando se haya formulado demandada o solicitado ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución conforme a las normas del Derecho Internacional Público. 2º) Cuando, en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado. 3º) Cuando no aparezca el demandado emplazado en debida forma, en los casos en que la competencia internacional de los tribunales españoles únicamente pudiera fundarse en la sumisión tácita de las partes³³.

Además de lo dispuesto en el Convenio de Bruselas³⁴ o en otros tratados de ámbito internacional, cuyos análisis escapan a las pretensiones de este trabajo³⁵, hemos de significar que, respecto a las permutas comerciales en el ámbito de la Unión Europea, debe tenerse en cuenta el Reglamento (UE) núm 1215/2012, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012³⁶, relativo a la competencia

³² En contra, SENÉN MOTILLA, C., “Sistema de competencia judicial internacional en el ámbito civil: el artículo 22 de la LOPJ”, en *Justicia*, III, 1986, pág. 704.

³³ La SAP de Cádiz (Sección 7ª) de 27 de mayo de 2003 (AC 2003, 1134) aplica el Convenio de Bruselas de 10 de mayo de 1952 para atribuir la competencia al Juzgado del lugar de cumplimiento de la obligación. La SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 16 de marzo de 2005 (JUR 2005, 25516), en un supuesto de contrato de transporte internacional de mercancías por carretera regulado por el Convenio CMR, revoca la resolución del Juez de Primera Instancia que había apreciado de oficio la falta de competencia internacional, con fundamento en que la norma aplicable (en el caso el RCE 44/2001, sobre transportes internacionales) no prejuzga la aplicación de las disposiciones que, en materias particulares, regulen la competencia internacional.

³⁴ Confróntese el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007 (*DOUE* Serie L, 21 de diciembre).

³⁵ Para una mayor ilustración puede consultarse CALVO CARAVACA, A.L., *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil*, Ed. BOE, Madrid, 1995.

³⁶ DOCEU de L 351, de 20 diciembre 2012.

judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en el que se establecen normas sobre jurisdicción y competencia entre personas pertenecientes a la Unión Europea. Entre otras cuestiones, se regula el fuero de cada nacional, con sometimiento a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado (art. 2), excepto en los supuestos que se contemplan en las secciones 2 a 7 del Reglamento (art. 3), que hacen referencia a la posibilidad de demandar a personas domiciliadas en un Estado miembro en otro Estado en supuestos de competencia especiales: lugar del cumplimiento de la obligación (art. 5), varios demandados con causas conexas (art. 6), seguros (arts. 8 ss.), contratos celebrados por los consumidores (arts. 15 ss.), etc. Se contempla también la posibilidad de sometimiento de las partes a los tribunales de un Estado, que tendrá competencia exclusiva -salvo pacto en contrario-, aceptado por las partes por escrito o con confirmación escrita (art. 23). Asimismo, se admite la posibilidad de alegar litis pendencia entre tribunales de Estados miembros en demandas que tengan por objeto la misma causa o conexas (arts. 27-30). Es importante subrayar también el reconocimiento automático de las resoluciones dictadas en los demás Estados miembros -salvo excepciones previstas en el Reglamento-, sin que sea necesario recurrir a procedimiento alguno (arts. 33 ss.). Para la ejecución de resoluciones gozan de exclusiva competencia los tribunales del Estado miembro del lugar de ejecución (art. 22.5), excepto que a instancia de parte interesada se hubiera otorgado la ejecución a otro Estado miembro (cfr. arts. 38 ss.).

Al hilo de lo anterior, en el ámbito internacional también hay que tener en cuenta el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 octubre 2007 (Convenio de Lugano II)³⁷. En este convenio -en lo que a nosotros nos interesa-, se establece la facultad de que las personas domiciliadas en un Estado vinculado por el Convenio puedan, en materia contractual, ser demandadas en otro Estado también vinculado por Convenio, ante los tribunales del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda (art. 5)³⁸. Del mismo modo, se establecen competencias

³⁷ Por Decisión del Consejo de 15 de octubre de 2007 (2007/712/CE) (Diario Oficial de la Unión Europea L 339 21.12.2007), quedó aprobada, en nombre de la Comunidad, la firma de este Convenio, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, para sustituir al Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988, a reserva de la celebración de dicho Convenio.

³⁸ A efectos del Convenio, se entiende como lugar de cumplimiento de las obligaciones: a) cuando se trate de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado vinculado por el Convenio en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías; b) cuando se trate de prestación de servicios, el lugar del Estado vinculado por el Convenio en el que, según el contrato, hubiere sido o debiere ser prestado el servicio; c) si la letra b) no fuere aplicable, se aplicará la letra a) (cfr. art. 5).

exclusivas en materia de arrendamientos, bienes inmuebles o validez o disolución de sociedades (art. 7).

Por último comentar que, en lo atinente a la normativa adjetiva o procesal, el artículo 3 de la LEC dispone que “*Con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales, los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas*”³⁹. Resulta meridiano por el tenor del precepto que los asuntos enjuiciados en nuestro país se regirán exclusivamente por las leyes españolas. La cuestión siguiente surge ante la consideración de prever los conflictos concretos que se someterán a nuestra jurisdicción cuando nos encontremos en presencia de contratos internacionales de permutas comerciales. De una hermenéutica literal y rigorista de este precepto, se colige que no será posible el sometimiento a la ley material española y a un ordenamiento procesal extranjero, dado que lo único que admite el artículo es la aplicación de leyes procesales extranjeras en virtud de acuerdos internacionales.

4. LEGISLACIÓN SUSTANTIVA APLICABLE

4.1. DETERMINACIÓN DE LA “LEX CAUSAE”

Las permutas comerciales que despliegan sus efectos en distintos países plantean el problema de la elección de la ley aplicable. Los contratos marco que regulan tales relaciones son explícitos y contienen numerosas cláusulas que tienden a regular, de forma clara, la *lex causae*. De esta forma, bajo el rótulo de *Governing Law and Jurisdiction*⁴⁰, se establece una cláusula de regulación de la jurisdicción y la ley aplicable. Sin embargo, el contenido de dicha cláusula suele ser de reenvío, ya que es usual pactar que la jurisdicción y la competencia se regularán en el *schedule* o anexo, que normalmente suele contener el pacto del sometimiento de las partes a la jurisdicción territorial propia de la empresa de *barter*, sin referencia a la elección de la ley aplicable al conflicto. En consecuencia, ha de colegirse que, en la mayoría de estos supuestos, según una hermenéutica teleológica, se faculta a las partes a que se sometan a la *lex causae* que tengan por conveniente, habida cuenta que el anexo es modificable por voluntad expresa de los permutantes, ya que el convenio no tiene la naturaleza de fuente de derecho,

³⁹ El artículo 3 de la LEC ha venido a sustituir el párrafo 2º del artículo 8 del CC, que derogó, y que, en esencia, contenía una disposición análoga sobre la exclusividad de las normas procesales españolas en territorio nacional, con la única diferencia de que en la legislación anterior la excepción se refería a actos procesales puntuales que debieran realizarse fuera del territorio español, y ahora existe una remisión a tratados y convenios.

⁴⁰ *Governing Law and Jurisdiction. (a) Governign Law. This Agreement will be governed by and construed in accordanse with the law specified in the Schedule.*

sino que tiene una base contractual y, por ende, negociable. Habrá que tener en cuenta, pues, en todos los pactos que se suscriban el régimen interno de los ordenamientos que obliguen a aplicar la ley nacional en los procesos seguidos en su territorio, tal como acontece en España que, por normas imperativas, ha de seguirse la ley procesal española -salvo las excepciones que puedan contemplarse en los tratados internacionales (cfr. art. 3 LEC)⁴¹-, con las extensiones y límites del orden jurisdiccional civil previstos (ver art. 36 LEC).

En otro orden de cosas, no hay que olvidar que la creciente mundialización de los mercados financieros está provocando un alto grado de incertidumbre de la *lex contractus*, lo que lleva a que cada vez se vaya incrementado la regulación normativa de los contratos tipo y el uso de pactos de *lege utenda* para que las partes puedan elegir inicialmente la ley aplicable⁴² o, incluso, su posterior modificación⁴³. Como hemos apuntado anteriormente, en los modelos marco no suele obligarse a las partes a elegir una ley aplicable, pero se impone la necesidad de someterse a un ordenamiento jurídico concreto⁴⁴, sin perjuicio de que pueda modificarse el anexo. Lo que sí es conveniente, y así ha sido apuntado por la doctrina, es que las partes elijan como ley aplicable la misma que se aplicaría a las operaciones subyacentes, para evitar que puedan juzgar tribunales distintos con diferente normativa sobre la operación ensamblada y sobre la permuta comercial⁴⁵.

En la Unión Europea, la posibilidad de elección presenta una cierta unificación a raíz del Convenio de Roma, que fue abierto a la firma el 19 de junio de 1980. Este Convenio posibilita la elección de ley aplicable a las obligaciones contractuales, pudiendo ser de forma expresa o bien deducirse del contenido contractual o de las circunstancias que concurran en el supuesto, permitiendo también un alcance total o parcial, y cuya elección se puede hacer en el propio contrato o en un momento posterior. Al contrario del *Second Restatement*, que rige en Derecho norteamericano, la facultad de elección de las partes en el Convenio

⁴¹ Véase TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 241/2005 de 8 abril (RJ 2005, 4521).

⁴² Cuestión que ha sido puesta de relieve entre otros por LANDO, O., *The conflict of Laws of Contracts*, en *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, Vol. VI, 1984, pág. 239; ROSSEL, C., *Aspectos jurídicos...*, cit., págs. 236-237; RIGAUX, F., *Cours général de Droit International privé*, en *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, Vol. I, 1989, págs. 107 ss.; ESPLUGUES MOTA, C., "Régimen Jurídico de la Contratación en el Derecho del Comercio Internacional", en la obra colectiva *Contratación internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 37-38.

⁴³ VIRGÓS SORIANO, M., resalta que resulta adecuado que el Convenio precise que las partes pueden modificar en cualquier momento una elección anteriormente hecha, así como que también pueden elegir por primera vez la ley aplicable en un momento anterior o posterior a la conclusión del contrato (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo I, Vol. 2, Ed. Edersa, Madrid, 1995, pág. 642).

⁴⁴ Que puede ser, por ejemplo, la ley inglesa o la del Estado de Nueva York.

⁴⁵ Cfr. VALPUESTA GASTAMINZA, E.M., "Las operaciones "swap", cit., pág. 1075; CREMADES, "Aspectos legales....", cit., pág. 47; COSTA RAN, L., "El contrato de permuta...", cit., pág. 77.

de Roma no se halla limitada por la exigencia de un vínculo entre el contrato y el ordenamiento jurídico elegido (art. 3 CR). Sin embargo, ha de quedar claro que en la UE el ámbito de la autonomía de la voluntad es, en todo caso, restringido⁴⁶. Así, se exige, en primer lugar, que exista una heterogeneidad del contrato, esto es, que el ámbito de aplicación implique un conflicto de leyes, sin que sea posible buscar una internacionalización artificial (arts. 1.1 y 3.3. CR). En segundo lugar, existe la obligación de que la elección se efectúe a favor de un ordenamiento estatal, lo que impide la remisión a la *lex mercatoria*⁴⁷. La elección no podrá afectar a las disposiciones imperativas del país donde están localizados, de modo principal, los elementos de la situación (art. 3.3 CR). Solo en defecto de tal elección, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente una vinculación más estrecha. Este principio de vinculación más estrecha (*most significant relationship*) viene concretado por una serie de presunciones que el propio Convenio establece, entre la que cabe citar la de la “prestación característica del contrato” (art. 4.2). Esta presunción, en suma, nos llevará a determinar como ley aplicable la del país en que el permutante que deba efectuar la prestación tenga su residencia, si es persona física, o su administración central, si es persona jurídica. No debemos olvidar, en lo concerniente a competencia judicial de carácter internacional, en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el Convenio de 30 octubre 2007 (Convenio de Lugano II)⁴⁸. En este convenio, tal como hemos visto antes, se dispone la facultad de que personas domiciliadas en un Estado vinculado por el Convenio puedan, en materia contractual, ser demandadas en otro Estado también vinculado por Convenio, ante los tribunales del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda (art. 5)⁴⁹. En materia de arrendamientos, bienes inmuebles o validez o disolución de sociedades, se establecen competencias exclusivas (*vid.* art. 7).

⁴⁶ Cfr. CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “El Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las Obligaciones contractuales de 19 de junio de 1989, en obra colectiva CALVO CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (Dirs.), *Contratos Internacionales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, págs. 74-80, exigen como requisitos mínimos del pacto de *lege utenda*: la claridad de la elección de la ley, que la ley escogida sea un derecho estatal y el carácter negocial de la elección de la ley.

⁴⁷ En este sentido: ESPLUGUES MOTA, C., “Régimen jurídico de la Contratación en el Derecho del Comercio Internacional”, en la obra colectiva *Contratación internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 51 y ss.; CALVO CARAVACA, A.L.; y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. ult. cit.*, pág. 77.

⁴⁸ La Decisión del Consejo de 15 de octubre de 2007 (2007/712/CE) (Diario Oficial de la Unión Europea L 339 21.12.2007) aprobó, en nombre de la Comunidad, la firma de este Convenio, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

⁴⁹ Señalar que, a efectos del Convenio, se entiende como lugar de cumplimiento de las obligaciones: a) cuando se trate de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado vinculado por el Convenio en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas

En la permuta comercial de tracto sucesivo la presunción de la prestación característica podrá ser aplicada en el supuesto de intervención como intermediarios de entidades bancarias, que, lógicamente, al entrar en la operación y prestar sus servicios financieros, incluidos domiciliaciones de pago, determinará más fácilmente la ley aplicable. En los supuestos de relaciones interbancarias o de empresas de distinta nacionalidad con prestaciones recíprocas, esta presunción general no servirá para resolver la cuestión, por lo que, en ese caso, habrá que acudir a la regla general, buscando los vínculos más estrechos, esto es, indagando los puntos de contacto con diferentes ordenamientos y pasar a ponderarlos⁵⁰. Pero el problema no se resuelve tan fácilmente, dado que en una operación de permuta comercial pueden estar involucradas varias sucursales bancarias. En estos casos se facilita la cuestión al prever el pacto del principio de *multi-branch parties*, que considera que se engloban en un solo contrato las operaciones celebradas a través de dos o más sucursales, garantizando de esta forma que el contrato se considere celebrado siempre con la matriz. Esta estipulación puede contravenir la presunción del artículo 4.2 del Convenio de Roma, que determina como sitio de celebración el lugar donde se efectúe la prestación característica, que puede afectar a alguna sucursal y no al establecimiento principal, lo que dará lugar, a veces, a soluciones difíciles o a que se tenga que acudir a la aplicación del principio general de la vinculación más estrecha, no exenta de riesgos de inseguridad jurídica. Por esta razón, se impone la necesidad de que en los contratos tipo se establezca el pacto de *lege utenda* como una forma de evitar difíciles interpretaciones.

En lo que afecte a España, en los supuestos particulares en que no se haya optado por ley aplicable, habrá de tenerse en cuenta el artículo 10.5 CC, que sienta el principio de libertad de sometimiento a la ley elegida por las partes para las obligaciones contractuales, con el único requisito de que tenga una vinculación o conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, será aplicable, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de residencia habitual común y, en último término, el lugar de celebración del contrato.

Esta última solución plantea el problema de los contratos *inter absentes*. En los *barters* es frecuente que la perfección del contrato se realice por medio de fax, correo electrónico, telex, etc., sin que las partes se encuentren en el mismo lugar. Ello supone una dificultad añadida para determinar el lugar de la celebración y, por ende, para dirimir la última opción del mentado artículo 10.5 CC.

las mercaderías; b) cuando se trate de prestación de servicios, el lugar del Estado vinculado por el Convenio en el que, según el contrato, hubiere sido o debiere ser prestado el servicio; c) si la letra b) no fuere aplicable, se aplicará la letra a) (cfr. art. 5).

⁵⁰ Cfr. CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, págs. 101-102.

El artículo 54,1ª del CCom y el artículo 1262.2, inciso segundo, del Código Civil, después de la reforma producida por la Ley 34/2002, resuelven con idéntico criterio los supuestos de contratos celebrados entre ausentes, al establecer que la presunción de que el lugar de celebración será aquél en el que se hizo la oferta. Esta norma es de derecho internacional privado y, por consiguiente, aplicable en las relaciones contractuales. Con esta unificación legal han desaparecido los problemas doctrinales sobre la aplicación del precepto de la norma civil a los contratos mercantiles.

Por lo que se refiere a la práctica judicial, en lo atinente a contratación telefónica nuestro Tribunal Supremo ha sentado que se entiende realizada entre presentes (STS de 3 de enero de 1948), y si es por fax o medios telemáticos se considerará entre ausentes (STS de 30 de julio de 1996).

4. 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Una vez analizada la cuestión relativa a la ley aplicable, nos ocuparemos del problema referente al ámbito concreto en que la *lex causae* desplegará sus efectos. Existen diferencias si se trata del Derecho norteamericano o el europeo. En el primero, el ámbito de la ley aplicable se refiere a la capacidad para contratar de las personas físicas (sección 198 del *Second Restatement*), a los requisitos formales del contrato (sección 199 SR), a la validez del contrato, a los vicios del consentimiento, a los efectos de ineficacia, a la interpretación, a la naturaleza y extensión de las obligaciones derivadas del cumplimiento y a la indemnización por daños y perjuicios en caso de incumplimiento. Todas estas cuestiones, según el tenor de dicha normativa, se regirán por la ley del lugar donde se ejecute el contrato (secciones 192 ss.).

El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, aplicable a las obligaciones y contratos, parte del principio de unidad de la ley del contrato. En su artículo 10 extiende el ámbito de la *lex contractus* a la interpretación, al cumplimiento de las obligaciones, a las consecuencias del incumplimiento, a las modalidades de extinción del contrato y a las consecuencias de su nulidad. Por el contrario, no se regulan: la capacidad de las partes, la forma, los derechos reales derivados del contrato, los aspectos relativos a la prueba y al proceso, la cesión del contrato y la subrogación legal, la representación voluntaria y las modalidades de ejecución de las obligaciones.

El artículo 1.2.a) del CR excluye de su ámbito material el estado civil y la capacidad de las personas físicas, aunque es cierto que el artículo 11 contempla la excepción del interés nacional en favor del contratante de buena fe, y el

artículo 1.2.e) se refiere a la capacidad jurídica de las sociedades, asociaciones y personas jurídicas. Por ello, cuando se trate de aplicar la ley nacional española, habrá de tenerse en cuenta el artículo 9.1 del Código Civil, que dispone que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la de su nacionalidad, así como el artículo 9.11 del mismo texto legal que, sobre la representación, establece que “la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transmisión, disolución y extinción”. En cuanto a la representación legal, señala nuestro código que se aplicará “la ley reguladora de la relación jurídica de la que nacen las facultades del representante, y a la voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas” (art. 10.11 CC). Al contratante de buena fe, principio de interés nacional, se le aplicará la validez de la capacidad negocial, según el artículo 10.8 CC en relación con el 11 del Convenio de Roma, que lo limita a las personas físicas. La forma está prevista en el artículo 11 del CC, que considera regla general la del país en que se otorguen los contratos, reputando válidos, no obstante, los contratos celebrados con la solemnidad de la ley aplicable a su contenido, la del disponente o la común de los permutantes. Los contratos otorgados a bordo de buques o aeronaves se entenderán celebrados en el país del abanderamiento, matrícula o registro. También se concreta en el numeral 2 del precitado artículo que, si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse en el extranjero. Con esta regla se quiere dar virtualidad al principio de exigencia de la norma más estricta en cuanto a solemnidades y formalidades de los contratos.

5. ASPECTOS FORMALES EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE *BARTER*

5.1. LA FORMA EN LOS SISTEMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Tanto en el sistema de Derecho internacional privado norteamericano como en el europeo, la regulación sobre la forma de los contratos se funda en el principio del *favor negotii*, estableciéndose la posibilidad de recurrir a una ley diferente de la *lex causae*, si no se han observado los requisitos formales de este ordenamiento. La regla 199 del *Second Restatement* extiende el ámbito de la *lex contractus* (la ley aplicable según las reglas 187 y 188) a la forma y a los requisitos documentales.

Si bien también se admite la simple observancia de la *lex loci solutionis* en caso de resultar favorable a la validez del contrato, planteándose una aplicación alternativa de las diferentes leyes en cuestión. El Convenio de Roma de 1980, en el artículo 9, somete la forma a una conexión autónoma, estableciendo un sistema alternativo entre la *lex contractus* y la *lex loci celebrationis*. Criterio, el último, que resulta problemático en el supuesto de contratación entre ausentes. Únicamente en relación a los contratos de consumidores y sobre inmuebles se defiende la aplicación de una única ley a los aspectos formales, en contraste con el principio del *favor validatis*.

El sistema del Convenio de Roma plantea dos suertes de problemas. En primer lugar, no contiene un concepto auténtico de forma, apareciendo un problema de calificación jurídica debido a la dificultad de precisar el concepto de forma de un acto jurídico. Razón por la cual el informe Giuliano-Lagarde introdujo un concepto autónomo, definiendo la forma como todo comportamiento exterior impuesto al autor de una manifestación de voluntad jurídica y sin la cual dicha manifestación de voluntad no podría conseguir una eficacia plena⁵¹. En segundo lugar, los efectos de la observancia de los requisitos formales se contemplan desde la validez del acto, de modo que en relación a la forma útil se aplicará la *lex causae*⁵². Pero, debido a cuestiones de calificación, se distingue entre requisitos formales *ad probationem* y *ad solemnitatem*. Se introduce así un cambio respecto al artículo 11 CC, el cual emplea una técnica menos beneficiosa para garantizar la eficacia de los actos jurídicos. Afloran así dos cuestiones. La primera es fijar si las conexiones del artículo 11.1 son alternativas, como exigiría el principio del *favor negotii*. La segunda, saber si este artículo impide la partición del contrato al imponer la *lex contractus*. De todos modos, el Convenio de Roma introduce una regulación favorable a los negocios jurídicos informales que facilita la aparición de nuevos contratos, como la permuta comercial, al incluir una regla *ad hoc* para los contratos *inter absentes*, caso propio de los contratos de permuta comercial concertados por vía telefónica o telemática. Por otra parte, pueden citarse como innovaciones del Convenio de Roma: el mantenimiento de la validez de los contratos o su convalidación *a posteriori* cuando se modifica la elección de la ley aplicable según el art. 3.2., *in fine*, y el hecho de que la remisión que hace

⁵¹ Cfr. ESPLUGUES MOTA, C., "Régimen jurídico de la contratación en el Derecho del Comercio Internacional", en la obra colectiva *Contratación Internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 119 y ss.

⁵² Cfr. VIRGÓS SORIANO, M., "Obligaciones Contractuales", en *Derecho Internacional Privado* (J.D. GONZÁLEZ CAMPOS et alt.), Ed. Eurolex, Madrid, 1995, pág. 199; ESPLUGUES MOTA, C., en la obra colectiva *Contratación Internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 199 y ss. Por su parte, CALVO CARAVACA, L.A., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., en *Contratos Internacionales*, cit., pág. 123 sostiene que el artículo 9 del Convenio de Roma se refiere a las formas extrínsecas *ad constitutionem*.

el artículo 9 tenga carácter material y no conflictual, al excluir el artículo 15 el reenvío. Así las cosas, es perfectamente factible que las partes con el recurso a la autonomía de la voluntad puedan excluir tanto el juego de la *lex contractus* como de la *lex loci celebrationis* en cuanto a los aspectos formales, no pudiendo subsanarse la invalidez del contrato en virtud de la ley elegida recurriendo a las conexiones alternativas del artículo 9.1, ya que en caso contrario se crearía un mecanismo de imposición de voluntades⁵³.

5.2. EL PROBLEMA DE LA EXIGENCIA DE FORMA ESCRITA

Algunos modelos de contratos internacionales sobre permutas comerciales, arrastrados por el uso contractual en ese ámbito, pueden contener la especificación de que el contrato constituye un único instrumento, negándose toda eficacia jurídica a las comunicaciones orales o escritas previas. Este requisito formal encuentra su justificación en su Derecho histórico anglosajón. En efecto, en los Estados Unidos de América, en lo atinente a los requisitos formales, es de aplicación el *Statute of Frauds*. Esta norma tiene su origen en 1667, cuando el parlamento inglés aprobó el *Act for Prevention of Frauds an Perjuries*, conocido como *Statute of Frauds*, encaminado a garantizar la seguridad del tráfico jurídico en los contratos informales. Esta norma venía a negar eficacia jurídica a los contratos que no adoptaran la forma escrita y no estuvieran firmados por las partes (artículo 4). Este principio pasó a formar parte del ordenamiento jurídico de la mayoría de los Estados de la Unión. Posteriormente, Inglaterra deroga esta ley, conservándola únicamente en lo atinente a garantías personales⁵⁴. En algunos estados americanos se mantuvo la vigencia de la misma, entre ellos el estado de Nueva York⁵⁵. De esta forma, hay que convenir que el *Statute of Frauds* es aplicable a todas las permutas comerciales que se negocien en el estado de Nueva York cuya ejecución tenga una duración superior a un año. Por contra, la ley inglesa y la de los países continentales no imponen la observancia de requisitos especiales de forma con carácter constitutivo, ni tan siquiera con efectos *ad probationem*. Los modelos americanos, a pesar de no fijar en principio la *lex contractus*, al

⁵³ En este sentido GONZÁLEZ CAMPOS, J., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. I, Vol. 2, Ed. Edersa, Madrid, 1995, págs. 833-836.

⁵⁴ Cfr. MURRAY, J.E., *Murray on contracts*, Ed. The Michie Comp., Charlottesville (Virginia), 1990, págs. 300 a 302.

⁵⁵ El término *Estatuto de Fraudes* proviene de una Ley aprobada por el Parlamento Inglés en 1677, redactada por Sir Leoline Jenkins. Este estatuto, en virtud de la aplicación constitucional o de la vigencia de la recepción del Derecho inglés, se mantiene vigente en algunos estados de EE.UU. o en provincias de Canadá. En lo que a la forma respecta, exige prueba escrita en contratos de cierta importancia: matrimonio, contratos sobre bienes raíces, contratos de cierta cuantía, cuando interviene un garante, contratos de ejecución a largo plazo, etc.

seguir implícitamente el sistema norteamericano predominante, exigen que las operaciones singulares de permuta comercial se documenten por escrito y se firmen por los interesados. Se diseñó así en estos contratos marco un proceso de formación sucesiva de los contratos integrado por el conjunto del contrato tipo, el *schedule* y la *confirmation*. Es patente que tales disposiciones se dirigen a proveer una operativa que evite los problemas derivados del *Statute of Frauds* en cualquier caso, así como a dar una respuesta al problema de la *battle of forms*⁵⁶.

El hecho de que la *lex causae* aplicable al contrato pueda quedar fuera de la órbita del Derecho americano, e incluso del sistema del *Common Law*, nos obliga a analizar la obligatoriedad de tal disposición cuando los contratos de permuta comercial con estas disposiciones, se ejecuten fuera de los Estados Unidos de América, ya que es obvio que cuando se siga la ley del estado de Nueva York su inobservancia podrá comportar una sanción de nulidad. En Derecho español el conjunto conformado por el contrato marco y los anexos no puede considerarse un precontrato, ya que las partes no se hallan obligadas a celebrar un contrato posterior. Tampoco se trata de condiciones generales de la contratación. Ni de un supuesto de contrato de adhesión. Por lo que, como hemos sostenido anteriormente, parece más oportuno incardinar dicho conjunto de contrato marco y anexos en la categoría de contratos normativos. De modo que el contrato normativo y las operaciones singulares celebradas a su amparo, que se documentan a través de simples confirmaciones, constituyen un único negocio jurídico, todo ello con el fin de prevenir liquidaciones individuales en caso de iniciarse un procedimiento concursal, extremo ya apuntado anteriormente.

Las posibles estipulaciones según las cuales el contrato constituye el único instrumento y se niega todo valor a las comunicaciones orales o escritas previas, no deja de ser una cláusula de estilo, al establecer, basado en su derecho histórico y para prevenir ineficacia sobrevenidas cuando se aplique la ley del estado de Nueva York, la exigencia de confirmaciones escritas (fax, télex o correo electrónico). Sin embargo, como ha dicho algún autor a propósito de la permuta financiera, al insertarse los modelos o contratos tipo americanos en la esfera del *Common Law*, la cláusula de referencia no puede tener por meta guiar el proceso interpretativo, sino que podrá tener el efecto de derogar las normas dispositivas de hermenéutica de los ordenamientos elegidos como ley aplicable⁵⁷. La forma está prevista en el artículo 11 de nuestro Código Civil, que considera regla general la del país en que se otorguen los contratos, reputando, no obstante, válidos los contratos celebrados con la solemnidad de la ley aplicable a su contenido, la

⁵⁶ Cfr. ROSSELL I PIEDRAFITA, C., *Aspectos jurídicos del contrato internacional de SWAP*, cit., págs. 118 ss.

⁵⁷ ROSSELL I PIEDRAFITA, C., *Aspectos jurídicos del contrato internacional de SWAP*, cit., pág. 121.

del disponente o la común de los otorgantes. Los contratos otorgados a bordo de buques o aeronaves se entenderán celebrados en el país del abanderamiento, matrícula o registro. Para el supuesto de aplicar la ley española en estos contratos internacionales, se estará, en todo caso, al principio de libertad de forma consagrado en nuestro ordenamiento jurídico. Bien es cierto que por razón de la cuantía ha de tenerse en cuenta lo prescrito en los artículos 51 CCom y 1278 del CC, preceptos que, como se sabe, se refieren a la prueba, pero en modo alguno a la validez contractual. También hay que significar que, en el ámbito de la contratación bancaria, cuando se trate de contratos de permuta comercial en los que intervenga una entidad financiera será aplicable el artículo 48 de la Ley 26/88, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las Entidades de Crédito, cuyo incumplimiento no afectará a la validez negocial, sino que tendrá un efecto estrictamente sancionador.

6. PERMUTA COMERCIAL Y *LEX MERCATORIA*

6.1. LA HIPÓTESIS DE QUE LOS CONTRATOS MARCO PUEDAN SERVIR DE LÍMITE AL CONFLICTO DE LEYES

La vocación internacional del Derecho Mercantil -y por ende su tendencia unificadora⁵⁸- ha dado lugar a lo que se ha denominado nueva *lex mercatoria* o *ius commune* del comercio internacional, que recuerda al proceso formativo del viejo *ius mercatorum*, y que pretende no tanto la elaboración de un Derecho Mercantil único y unitario, cuanto yuxtaponer al Derecho Mercantil propio de cada país un sistema de normas de carácter internacional aplicables a las relaciones derivadas del tráfico exterior⁵⁹, fruto de las necesidades mercantiles transfronterizas y creado por la clase empresarial sin la mediación de ningún poder legislativo estatal. Este método preventivo, de carácter sustantivo, que determina las normas materiales que se aplican en una concreta relación económica, es muy superior al sistema que establece las reglas sustantivas que han de regir una operación determinada en el supuesto de conflicto entre las partes (método resolutor), porque permite a los agentes económicos conocer las normas a que han de ajustar su conducta, así como la jurisdicción que las ha de aplicar. El protagonismo normativo en el nacimiento de este Derecho uniforme se comparte tanto por los Estados como por los operadores económicos internacionales.

⁵⁸ Cfr. LOUSSOUARN, Y., y BREDIN, J.D., *Droit du commerce international*, Paris, 1969, págs. 8 ss.

⁵⁹ GONDRA ROMERO, J.M., "La moderna *Lex mercatoria* y la unificación del Derecho del Comercio Internacional", en *RDM*, núm. 127, enero-marzo 1973, págs. 8-11.

Sin embargo, la insuficiencia del Derecho legislado, por la obstinada resistencia de los Estados a renunciar a su soberanía, ha venido a favorecer la progresiva formación, en cierto modo espontánea, de un Derecho autónomo del comercio internacional que, en la medida en la que tiende a desconectarse de todo ordenamiento jurídico nacional, crea una efectiva uniformidad jurídica. Los usos del comercio internacional, de una parte, y los contratos tipo y las condiciones generales elaboradas por las asociaciones mercantiles profesionales, de otra, constituyen las principales fuentes de expresión de este Derecho de producción autónoma, cuya desconexión respecto de los sistemas jurídicos nacionales se completa a través de la institución del arbitraje internacional. En definitiva, debemos reconocer que el Derecho uniforme no surge exclusivamente de la actividad legislativa o promotora de los Estados y organismos internacionales, sino que también existe una fuente de producción propia que encuentra su fundamento en los propios interesados en el tráfico mercantil internacional, y que, justo es decirlo, todavía no ha sido capaz de cristalizar en un conjunto sistemático de reglas y principios aptos para ser reclamados ni aplicados homogéneamente en las relaciones económicas y comerciales de ámbito internacional⁶⁰.

La especial caracterización del contrato de permuta comercial hace que el mismo se venga configurando mediante acuerdos marco (*master agreements*), redactados por organizaciones profesionales y que tienen la finalidad de procurar una homogenización en el mercado que facilite su negociabilidad, habida cuenta que son negocios jurídicos OTC concertados en virtud de las necesidades específicas de los contratantes. Si bien sus reglas facultativas, por la especialidad que alcanzan, constituyen un verdadero derecho plasmado en formularios, que contiene precisas reglas materiales, así como normas para su interpretación.

En principio, los contratos marco en esta materia pueden cumplir un papel similar a los INCOTERMS o a las Reglas y Usos Uniformes sobre créditos documentarios⁶¹, aun cuando se diferencian por ofrecer un redactado completo del contrato y no limitarse a introducir en el seno del negocio un entramado de relaciones jurídicas, en virtud de la inclusión de ciertas siglas⁶², que tienden a situarse en el plano de las normas individuales *ex contractu* más que en el propio Derecho consuetudinario. Los contratos de permutas comerciales, tal como hemos destacado, pueden resultar instrumentos altamente flexibles por

⁶⁰ Vid. PENDÓN MELÉNDEZ, M.A., “Propósitos de los Principios”, en *Comentarios a los Principios Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional* (Coor. D. Morán Bovio), Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 31.

⁶¹ A propósito de las permutas financieras, y con una opinión plenamente extrapolable a los *barter*s, puede verse DÍAZ RUIZ, E., “El contrato de SWAP”, en *RDBB*, núm. 36, octubre-diciembre 1989, pág. 785.

⁶² ROSSELL I PIEDRAFITA, C., *op. cit.*, pág. 94.

cuanto son negociados a la medida de los permutantes. Esta característica supone un obstáculo a la consecución de la liquidez que caracteriza los mercados organizados, pues la liquidez de estos mercados es fruto tanto de la estandarización de los contratos como de la existencia de cámaras de compensación, entidades que actúan como garantes del cumplimiento de las obligaciones pactadas. No obstante, los mercados de *barter*s, a través de la estandarización, han ido evolucionando desde su nacimiento, acercándose en el presente a las características de los mercados organizados⁶³, y, de hecho, en España se ha previsto la posible negociación en mercados regulados⁶⁴. La existencia de contratos marco han permitido una homogeneización del producto objeto de negociación.

El origen privado de estos modelos homogéneos, su uso por la comunidad internacional, apoyado en cierta medida en círculos comerciales interesados, y su tendencia a favorecer el empleo del arbitraje para resolver los conflictos, pueden llevar a preguntarnos si estamos en presencia de una manifestación de la *lex mercatoria*. Si fuera así, los contratos marco, como expresión de esta fuente autónoma del Derecho Mercantil Internacional, excluiría la aplicación conflictual de las normas de Derecho Internacional Privado, al aplicarse mentados modelos en la solución de los conflictos jurídicos planteados entre las partes, sobre todo en el ámbito arbitral, siendo directamente invocables con independencia de las reglas de conflictos estatales, lo que provocaría un clima de gran seguridad jurídica. Ahora bien, las diferencias que separan la primitiva y la actual internacionalización del Derecho Mercantil son evidentes. La dispersión del poder político en el medioevo permitió el nacimiento de un Derecho propio, autónomo, consuetudinario y uniforme. El Estado moderno y su aspiración monopolizadora restringen la posibilidad de la existencia de un Derecho autónomo al margen de la tutela estatal⁶⁵, pues las auténticas fuentes de la *lex mercatoria* son, en esencia, las prácticas y costumbres de los propios empresarios que se despliegan espontáneamente en su diaria actividad. Dicho lo cual, tenemos que contemplar la hipótesis de su expansión con ciertas cautelas, máxime si tenemos en cuenta que, a través de los contratos marco y condiciones generales elaboradas unilateralmente, corremos el riesgo de que se encubran y protejan

⁶³ Es patente que los mercados OTC en general y los de *barter*s en particular se debaten en la actualidad entre la flexibilidad y la liquidez, dado que una estandarización excesiva de estos mercados puede debilitar la capacidad de los intermediarios de responder a las necesidades específicas de sus clientes y reducir sus márgenes de beneficios, por lo que la estandarización es normalmente rechazada por los Bancos especializados en estos derivados. Cfr. BARRO TELLADO, M.J., *Aspectos contables de las operaciones de permutas SWAPS...*, cit., págs. 53 y 54.

⁶⁴ Véanse los artículos 59 y ss. de la LMV.

⁶⁵ Cfr. GONDRA ROMERO, J.M., "La moderna *Lex mercatoria* y la unificación del Derecho del Comercio Internacional", en *RDM*, núm. 127 (enero-marzo 1973), págs. 15 ss.

los intereses de la parte más fuerte de la contratación mercantil internacional⁶⁶.

La contribución de estos contratos marco al ensanchamiento de la *lex mercatoria* en el ámbito contractual dependerá, en última instancia, de la institución que haya de dirimir los conflictos potenciales, así como de la admisibilidad de un contrato sin ley. También el recurso a los árbitros facilitaría el argumento de que los contratos marco se integraran en el seno de una nueva *lex mercatoria*, ante las insuficiencias de las legislaciones actuales. Sin embargo, las jurisdicciones estatales han venido a reconocer a la *lex mercatoria* un carácter muy fragmentario, tanto por las dificultades de precisar su contenido y sus fuentes, como por la incidencia de las normas imperativas sobre la autonomía de la voluntad. Por esta razón, la búsqueda de unos niveles de seguridad jurídica ha llevado a recurrir a tribunales concretos y a la aplicación de la *lex fori* respectiva⁶⁷. Además, es criterio comúnmente aceptado que los ordenamientos jurídicos modernos son favorables a la introducción de nuevas figuras mercantiles, sobre la base de un esquema general flexible, y los tribunales acostumbran a integrarse por profesionales con amplios conocimientos de los mercados internacionales, actuando con criterios imparciales, por lo que, cabe concluir que los contratos marco o tipo no han nacido en un vacío legal, ni en el ámbito de su régimen y ejecución han venido a reforzar o extender el concepto de *lex mercatoria*⁶⁸.

6.2. ANÁLISIS DE OTROS POSIBLES EFECTOS JURÍDICOS

Dado que es poco probable que las permutas comerciales puedan contribuir de forma esencial al nacimiento y desarrollo de un Derecho autónomo internacional, se ha apuntado la idea de que quizás estos contratos puedan desplegar otros efectos jurídicos, entre los que se encontrarían, de un lado, servir para la fijación del tipo social, dada la inexistencia de una tipología legal en los contratos de *barter* al ser un contrato atípico, o la consecución de un *corpus usus* interpretativo, de otro.

La trascendencia jurídica de los modelos tipo se halla en otros ámbitos, entre los que destaca el concepto de tipicidad social. De esta forma, a través de la tipicidad social se podrá obviar la indagación de la concurrencia de la causa en

⁶⁶ Como apuntan FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., y GALLEGO SÁNCHEZ, E., en *Fundamentos de Derecho Mercantil*, I, Ed. Tirant lo Blanch, 2ª ed., 2000, pág. 87.

⁶⁷ GALGANO, F., "Los caracteres de la juridicidad en la era de la globalización", *Estudios sobre Lex Mercatoria. Una realidad internacional* (Coord. J.A. SILVA), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006, págs.123 ss.

⁶⁸ Para un examen más profundo de la cuestión a propósito de los mercados financieros, entre los que, por su negociabilidad puede incluirse la permuta comercial, puede verse ROSSELL, *Aspectos jurídicos...*, cit., págs. 94-99, a quien seguimos en esta cuestión.

el contrato -sobre todo en los sistemas latinos-, tal como de hecho ha acontecido en otros institutos; por ejemplo, el crédito documentario, en el que la doctrina se ha esforzado en la búsqueda de la causa, mientras la jurisprudencia acepta la figura gracias a su uso⁶⁹.

El segundo efecto a tener en cuenta viene derivado de la circunstancia de que, a través de estas prácticas internacionales, se va conformando un *corpus* de usos, los cuales, por atender a los criterios y exigencias del tráfico económico nacional e internacional, pudieran incardinarse en el elenco de fuentes del ordenamiento jurídico, y así contribuir a colmar las lagunas legales y contractuales y ser aplicados por los tribunales como actos con valor normativo o interpretativo, ya que en los anexos o protocolos de los modelos internacionales se recogen términos o definiciones generales que vienen siendo utilizados por los operadores financieros que intervienen o negocian con estos instrumentos, cuyo significado está sobreentendido en los propios contratos, y que suponen la determinación del contenido contractual en cada caso concreto⁷⁰.

No es el momento de plantearnos en este lugar toda la problemática sobre el significado del uso⁷¹, pero hemos de convenir que, debido al habitual ritmo acelerado que acompaña al desenvolvimiento de las operaciones mercantiles, los negocios no siempre presentan una vestidura jurídica cuidada. Debido a la preeminencia del aspecto puramente económico sobre el jurídico a la hora de efectuar la operación, los empresarios obvian una atención cuidada a las declaraciones de voluntad orales o escritas que se efectúan a la hora de concluir sus contratos. Con frecuencia, pues, se observará en el tráfico la utilización de términos o expresiones de difícil inteligencia jurídica para el común de las partes. En estos casos no queda más remedio que proceder a una labor hermenéutica de

⁶⁹ Cfr. ROSSEL I PIEDRAFITA, C., *op. cit.*, págs. 101 y 102.

⁷⁰ PRICE, J., y HENDERSON, S.K., *Currency and Interest Rate Swaps*, Ed. Butterworths, London, 1988, págs. 40 a 42, realizan una enumeración de los términos más frecuentes en estos contratos tipo.

⁷¹ Con el objeto de precisar el valor de la voz uso de comercio que seguimos, digamos simplemente que en las sociedades modernas, basadas sobre un sistema de Derecho codificado, y sobre la primacía de la ley como fuente del Derecho, la costumbre, como norma jurídica, no solo adquiere un carácter supletorio, sino que, generalmente, aparece con cierto carácter singular, refiriéndose a aspectos particulares o especiales en relación con una materia jurídica, pues únicamente de forma excepcional comprende regulaciones completas referidas a instituciones determinadas (como puede aparecer en los Derechos forales), de ahí que, modernamente, se ponga de relieve en este ámbito del Derecho consuetudinario la importancia de los usos (del comercio, de la banca, de la navegación, etc.), presentando un interés creciente a partir de la reforma del título preliminar del Código, con base en su art. 1º.3, párrafo segundo. El uso mercantil es una norma jurídica creada por grupos sociales no incluidos en el mecanismo estatal, y es un Derecho nacido en determinados grupos sociales que se manifiesta a través de una continuada acomodación de la conducta de tales grupos a las reglas por ellos creadas. Puede verse al respecto: CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "Reflexiones sobre las fuentes del Derecho mercantil", *RDM*, 157-158 (1980), págs. 489 ss., págs. 497 ss.).

las manifestaciones realizadas atendiendo al significado que las normas poseen en el sector profesional en el que han sido manifestadas. En este punto es, por tanto, donde cobra todo su significado la existencia de usos interpretativos de las declaraciones de voluntad expresadas por las partes, en cuanto que son los distintos agentes económicos quienes en el desarrollo de su actividad económica realizan operaciones mercantiles que naturalmente poseen una dimensión jurídica de primer orden. Las operaciones económicas que realizan los empresarios son para ellos, negocios; para los juristas, sin embargo, actos jurídicos o contratos.

En cualquier caso, debe advertirse que, en la moderna contratación mercantil, el ámbito de aplicación de los usos interpretativos se ha visto bastante reducido. A ello ha contribuido especialmente la juridificación de las operaciones mercantiles, que se ha llevado a cabo por medio de la utilización de formularios prerredactados, como ocurre en los contratos de permutas comerciales, en los que se contiene una minuciosa reglamentación, expresada en términos propiamente jurídicos, de las conductas que habrán de observar las partes contratantes.

Los contratos marco, como fuente de un *corpus* de usos, podrían tener relevancia en la aplicación de Derecho objetivo en el seno del ordenamiento estatal erigido como *lex contractus*, y así ha sido entendido por algún autor, que sostiene que si bien es impensable que pueda pretenderse que la *lex mercatoria*, como ordenamiento corporativo internacional, sea reconocida por el Estado derecho objetivo aplicable, sin embargo, esto no excluye que sus normas, o algunas de ellas, puedan ser acogidas en el ordenamiento estatal siempre que se manifieste a través de las fuentes institucionalizadas, en concreto, por la vía de la costumbre como cauce típico de expresión de la autonomía normativa privada⁷². Ahora bien, estas reiteradas prácticas contractuales, que se caracterizan por el hecho de servir para disciplinar una determinada relación jurídica, en tanto en cuanto se presume que han sido queridas por las partes (de conformidad con el sentido que les atribuyen los artículos 57 y 59 del CCom), tendrán en la mayoría de los casos el mero valor de servir para interpretar o integrar los contratos según criterios usuales o prácticas de los empresarios, pero sin que tales usos interpretativos puedan constituirse en fuente del Derecho, ya que, al carecer del requisito de la *opinio iuris*, los tribunales no aplicarán los mismos como fuente de Derecho, sirviendo exclusivamente como usos jurídicos interpretadores o integradores de la declaración de voluntad de las partes (art. 1.3, párrafo 2º del CC)⁷³.

⁷² Cfr. GONDRA ROMERO, J.M., “La Moderna “Lex Mercatoria” y la Unificación del Derecho del Comercio Internacional”, cit., págs. 25-26.

⁷³ Puede verse las sentencias del TS de 10 de marzo de 1983 y 8 de octubre de 1992. Solución a la que también llega ROSSEL, C., *op. cit.*, págs. 105-106.

En suma, a la cuestión de si a través de estas prácticas contractuales se va conformando un *corpus usus* que pudiera contribuir a colmar las lagunas legales y contractuales, y que pudiera ser aplicado por los tribunales como usos internacionales o como vía de afirmación de la *lex mercatoria*, entendida como una posible manifestación de fuente del derecho, tenemos que decir que, salvo para resoluciones arbitrales, esta posibilidad es quizá aún remota, ya que dichas prácticas tendrán como máximo una función interpretadora e integradora de la voluntad negocial de los interesados. Aunque llegado el tiempo, quizás puedan servir para que, recogidas o recopiladas por organismos como UNCITRAL o UNIDROIT, las mismas sirvan de base para la redacción de leyes uniformes.

7. EL CONTROL DE CAMBIOS

Desde el punto de vista económico, las permutas comerciales representan una operación de intercambio de bienes o servicios, sin que normalmente intervengan, por tanto, movimientos de capitales entre países. A veces, podría darse la circunstancia de que también intervinieran, por mor de la compensación, flujos monetarios. Como sabemos, los Estados gozan de la facultad de organizar su sistema monetario interno y de establecer las normas de convertibilidad monetaria. En la práctica, nos encontramos con las fuertes restricciones de los países en vías de desarrollo acuciados por el problema de la deuda externa. Esta circunstancia traerá como consecuencia la posibilidad de que puedan establecerse normas restrictivas de control de cambio para la ejecución de la parte monetaria del contrato de permuta comercial, lo que pudiera plantear ciertos inconvenientes.

En lo que respecta a la Unión Europea, se ha desarrollado con eficiencia un mercado de movimientos de capitales⁷⁴, pero esta no es la pauta en el ámbito internacional, habida cuenta que puede darse la existencia de normas restrictivas

⁷⁴ La liberalización de los movimientos de capital ha sido objeto de regulación prioritaria por el Derecho de la UE, dado que la consecución de un mercado único en el que las mercancías, servicios y personas circulen libremente solo puede funcionar con eficiencia si los movimientos de capitales están libres de restricciones. El Derecho comunitario del mercado financiero se ha desarrollado sobre las siguientes bases: 1^a) La consecución de la libre circulación de capitales dentro de la UE; 2^a) Asegurada la libre circulación de capitales, se impone la Unión Económica y Monetaria; 3^a) Promulgación de directivas relativas al mercado de crédito, cuyo fin es asegurar la libertad de establecimiento y prestación de servicios bancarios en la UE y establecer reglas comunes de funcionamiento en la actividad y supervisión bancaria; 4^a) Promulgación de directivas relativas al mercado de valores, con el fin de dotar a los mercados de valores de la Unión de un mínimo de equivalente en cuanto a condiciones de admisión a cotización, difusión de información y protección del inversor, así como asegurar la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en los mercados de valores de la UE, y 5^a) El designio de unificar las principales bolsas comunitarias a través de un sistema de interconexión que permita el funcionamiento de una bolsa europea, que supere el fraccionamiento actual. Para la realización del mercado interior ha sido necesario suprimir las restricciones a la libre circulación de capitales y dar a los nacionales de los Estados miembros libre acceso a los sistemas y productos financieros de los restantes miembros.

dictadas por los Estados que dificulten el cumplimiento de ciertos contratos sobre derivados, entre los que se encuentran las permutas comerciales. Los Estatutos del Fondo Monetario Internacional prevén en su artículo VIII.2.B) la obligación de los Estados miembros de respetar las normas de control de cambios impuestas por otros Estados miembros, normativa que no siempre es respetada, ya que muchos Estados se acogen a una interpretación restrictiva del precepto⁷⁵, que fundamenta que el término *exchange contract* se refiere a los intercambios de divisas calificados de transacciones por cuenta corriente. Solución esta última que parece la más defendible y que incluso ha sido aplicada por nuestro Tribunal Supremo⁷⁶. Asimismo avala esta interpretación restrictiva la redacción terminológica: *which involve the currency of any member*, siempre que se entienda en el sentido de que en la transacción subyacente se use la moneda del Estado que promulga el control de cambios⁷⁷, así como los términos *which are contrary to the exchange control regulations of that member*, que excluyen los aranceles, los controles de precios, las barreras no arancelarias, las medidas de coerción económica y toda práctica que no busque la defensa de los recursos económicos de un Estado⁷⁸.

Cuestión aparte merece la práctica seguida en los Estados Unidos de América, país donde se celebran la mayoría de los contratos de *barter*, dado que, aunque la jurisprudencia también ha seguido una interpretación restrictiva del artículo VIII.2.B) de los Estatutos del FMI, los tribunales, sin embargo, vienen observando las normas de control de cambios dictadas por otros países en virtud de la aplicación de la doctrina del *Act of State*, que impide la fiscalización por los tribunales de las decisiones de otros Estados, con el fin de no frustrar los objetivos de política exterior del Gobierno federal. La incidencia de la doctrina del Acto de Estado en la jurisprudencia norteamericana se ha reflejado en el ámbito de las transferencias de fondos internacionales⁷⁹, aunque en la práctica la jurisprudencia ha ido limitando sus efectos⁸⁰.

Lo expuesto nos lleva a concluir que la aparición de un mercado OTC de permutas comerciales pone de relieve la insuficiencia de las normas estatales de regulación en lo atinente a control de cambios, al mismo tiempo que se

⁷⁵ Cfr. GUARDANS CAMBÓ, I., en *Contrato Internacional y Derecho Imperativo Extranjero*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1992, pág. 192.

⁷⁶ Véase la sentencia del TS de 12 de enero de 1989.

⁷⁷ GUARDANS CAMBÓ, I., *Contrato internacional...*, cit., págs. 199 a 204.

⁷⁸ Puede verse ROSSELL I PIEDRAFITA, C., *Aspectos legales del contrato internacional de SWAP*, cit., pág. 147, que cita a GUARDANS CAMBÓ, *op. cit.*, págs. 206-207.

⁷⁹ LINDSKOG, D.R., "Act o State o Act of Desesperation", en *International Financial Law Review*, diciembre 1993, pág. 7, cit. por ROSSELL I PIEDRAFITA, *op. cit.*, págs. 148-150.

⁸⁰ Sobre el particular puede consultarse ZAMORA, S., "Recognition of Foreign Exchange Controls in International Creditors' Right Cases: The State of de Art, en *The International Lawyer*, Vol. 21, núm. 3, otoño 1987, págs. 1071 ss.

ha demostrado la existencia de riesgos potenciales en el uso de los nuevos instrumentos derivados.

8. LA PROTECCIÓN DEL ADHERENTE EN EL CONTRATO DE *BARTER* INTERNACIONAL

8.1. CONSIDERACIONES GENERALES

Los *barter*s en el ámbito internacional pueden ser intermediados por distintas empresas, entre ellas las entidades financieras. Es palmario que en este ámbito las transacciones se harán entre iguales⁸¹. Sin embargo, no es menos cierto que en algunos supuestos podría producirse un desequilibrio contractual en virtud de la participación de empresas de menor entidad, lo que ha llevado a algunos Estados a dictar normas que atemperen la disparidad de riesgos que puedan producirse. El desequilibrio contractual deviene fundamentalmente por dos causas. De un lado, es palmario que estos contratos, sobre todo si se producen derivados financieros, son de gran complejidad⁸². De otro, al otorgarse en contratos marco, muchos usuarios adoptan la posición de meros adherentes, al verse obligados a suscribir un contrato que ha sido redactado por instituciones que le son ajenas y en el que, de hecho, se incluyen pactos sobre ley aplicable y competencia jurisdiccional.

La situación de desequilibrio en que se hallan las contrapartes comporta, pues, que para ellas los contratos tipo de permuta comercial se conviertan de hecho en contratos de adhesión, lo que ha llevado a que se propongan distintas soluciones en aras a resolver los problemas que pueden plantearse en el cumplimiento o ejecución a los adherentes más débiles. Una primera solución consistiría en restringir el acceso a esos mercados únicamente a intervinientes suficientemente cualificados, reservando al resto el acceso a los mercados organizados, que por su regulación proporcionan una mayor protección al adherente más débil. Esta solución es netamente discriminatoria y atentaría contra el principio constitucional de libertad de empresa, por lo que debe descartarse. Una segunda solución pasaría por la promulgación de normas de protección de la parte más débil con carácter específico para este tipo de contratos, lo que supondría regular

⁸¹ Cfr. CREMADES SANZ-PASTOR, B.M., "Aspectos legales de las llamadas técnicas de financiación SWAP", en la obra colectiva *Las operaciones swap como instrumento para mejorar la financiación de la empresa*, cit., pág. 29.

⁸² Por eso en España la Circular de la Comisión Nacional del Mercado de Valores 3/1997 y la Orden de 10 de junio de 1997, sobre instrumentos derivados de las Instituciones de Inversión Colectiva, ya preveían la necesidad de que estas entidades se doten de recursos humanos y materiales para su gestión, administración y control.

legalmente el contrato de permuta comercial. Otra salida, para el supuesto de que no se considerase necesaria la tipificación legal del contrato, se apoyaría en la necesidad de dictar normas de protección de consumidores y usuarios débiles en todo tipo de contratos o instrumentos financieros, aprovechando normas sectoriales de protección de usuarios o consumidores en general. Una última solución, de alcance limitado, podría estribar en la regulación de la conducta de negocios de los bancos con su clientela, obligándoles a ofrecer una cierta información mínima y partiendo de una relación de confianza, que es el modelo seguido en España⁸³.

La transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁸⁴, tuvo lugar en nuestro país mediante la promulgación de la Ley 7/98, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación, y cuyo propósito general se intenta explicitar de forma confusa en la Exposición de Motivos⁸⁵. Aunque la finalidad

⁸³ Como sintetiza ROSSELL I PIEDRAFITA, C. (*Aspectos jurídicos del contrato internacional de SWAP*, cit., págs. 166-168): “Si se presta atención a la elección de la ley aplicable a través de condiciones generales, debido al temor de que los pactos de *lege utenda* sean una fuente de tratamiento oneroso para el cliente final, se abre en principio una panoplia de vías de protección. Una primera sería la exclusión de la autonomía conflictual mediante condiciones generales. Una segunda se basaría en someter los pactos de *lege utenda* incluidos en condiciones generales a normas imperativas autolimitadas. Dirección seguida por el artículo 19 de la ley portuguesa de 25 de octubre de 1985, que incluía en su ámbito subjetivo de aplicación tanto a los comerciantes como a los no comerciantes, y en el Estado español en los arts. 2 y 38 de la PAPCGC. Pero incompatible con el sistema del Convenio de Roma. Por último, se puede limitar el alcance de la cláusula de elección de ley salvando la protección que otorgan a la parte débil determinadas normas sustantivas. Solución que sigue el Convenio de Roma, al admitir el juego de la autonomía de la voluntad, pero preservando a la parte débil. Aunque limitándose a los casos de trabajadores y de consumidores, a excepción del artículo 8.2. del Convenio”.

Sobre la información bancaria puede verse MARTÍNEZ DE SALAZAR Y BASCUÑANA, L., “El derecho a la información de la clientela de las entidades de crédito”, en *RDBB*, núm. 51 (1993), págs. 770 ss.; GALÁN CORONA, E., “Las Órdenes ministeriales y circulares del Banco de España sobre protección de la clientela: su posición ordinamental”, en AA. VV., *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil* (Homenaje a E. Verdura y Tuells), Madrid, 1994, T. II, págs. 881 ss.; SAFONT SÁNCHEZ, L., “La publicidad y la defensa del consumidor en el ámbito bancario”, en *Derecho del Mercado Financiero* (Dirs. A. Alonso Ureba y J. Martínez Simancas), Madrid, 1994, T. II, Vol. 1º, págs. 135 ss.

⁸⁴ Acerca de esta Directiva y en relación con el tema que nos ocupa sobre la protección del cliente bancario, puede ampliarse información de una forma más específica en las siguientes obras: ANDREU MARTÍ, M.M., *La protección del cliente bancario*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998, págs. 37 ss.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., “Contratación bancaria y consumo”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 30 (1998), págs. 259 ss.; GARRIDO PASTOR, J.G., “La publicidad financiera y bancaria como publicidad informativa”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 56 (1994), págs. 925 ss.

⁸⁵ En relación con el propósito de la Ley señala F. RODRÍGUEZ ARTIGAS que: “La Exposición de Motivos intenta explicar cuáles son los objetivos de la Ley, tarea que realiza de forma confusa como consecuencia, entre otras cosas, de las diversas redacciones que ha sufrido el Preámbulo de la Exposición, que, en ocasiones, ha supuesto la supresión de determinados párrafos, supresión que afecta a la correcta comprensión de otros o del conjunto” (“El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de Contratación”, en *Las Condiciones Generales de Contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Editor S. Espiau Espiau, Ed. Marcial Pons, 1999, pág. 56).

declarada de la Ley es la regulación de las condiciones generales de contratación, ha de significarse que análoga relevancia adquiere la de las cláusulas abusivas, que se recogió en la Disposición Adicional Primera, de gran extensión, que modificó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁸⁶. Después, mediante el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, se procedió a refundir en un único texto la LGDCU de 1984 y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en referida ley, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que se refieren a esta materia, tal como se dice en la propia Exposición de Motivos. La refundición presenta un texto farragoso, reiterativo y que, por si fuera poco, no cumple a plena satisfacción los designios para los que nació. La cuestión de las cláusulas abusivas se aborda con carácter general en los artículos 82 a 91, sin perjuicio de que de forma diseminada en su articulado se toquen cuestiones más particulares⁸⁷.

La LCGC no regula de forma específica los aspectos de condiciones generales en el ámbito internacional, estableciendo solo algunas normas al respecto. Su artículo 3º, a propósito del ámbito territorial de aplicación, determina, como normas internacionales imperativas, que la Ley “se aplicará a las cláusulas de condiciones generales que formen parte de contratos sujetos a la legislación española”, añadiéndose en el segundo párrafo que “también se aplicará a los contratos sometidos a la legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en este su residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en Tratados o Convenios Internacionales”. El mandato del primer párrafo del artículo es obvio para el supuesto de que en el contrato se pacte como legislación aplicable la española, dado que, en este caso, los mismos deben interpretarse e integrarse de conformidad con el ordenamiento jurídico de nuestro país. En cambio, en el supuesto de que la aplicación sea por disposición normativa interna, nos encontramos con la necesidad de que debe establecerse el carácter imperativo de la ley, al igual que para la regla contenida

⁸⁶ La transposición de la Directiva en nuestro ordenamiento jurídico se podía acometer por dos vías. La primera consistiría en limitarse a cumplir con las exigencias comunitarias en base a la estructura jurídica del art. 10 de la LGDCU centrada en la protección del consumidor. Y la segunda, estableciendo un régimen totalmente nuevo en torno a la protección objetiva delimitada por el empleo de condiciones generales de contratación. La solución adoptada fue ecléctica, ya que aprovechando dicha transposición se ha promulgado la Ley General de Condiciones de Contratación, y se ha modificado el marco jurídico preexistente de protección al consumidor (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de contratación*, Madrid, 1991, págs. 503-504).

⁸⁷ Véase VEGA VEGA, J.A., “Condiciones generales en la contratación electrónica”, en *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 101 (febrero 2009), págs. 33 ss.

en el segundo párrafo. El carácter de norma imperativa internacional del artículo comentado se establece, según la Exposición de Motivos de la Ley, de conformidad con los artículos 3 y 5.2 del Convenio sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales, abierto en Roma el 19 de junio de 1980⁸⁸.

En los contratos de permuta comercial o *barter*, quedarán excluidos de la Ley en cuestión aquellos contratos en los que las condiciones generales ya vengan determinadas por un Convenio internacional en que España sea parte, o por una disposición legal o administrativa de carácter general y de aplicación obligatoria (art. 4º, párrafo segundo, en concordancia con el Considerando 10º de la Directiva 93/13/CEE), exclusiones que se refieren no solo a las condiciones generales, sino a la cláusulas abusivas reguladas en la ley general para la defensa de consumidores y usuarios, que la propia Ley 13/98 modificó⁸⁹.

Dentro de las limitaciones que para la protección internacional del adherente se encuentra en la Ley 7/98, ha de significarse que, en principio, el criterio seguido en el artículo 2º de este texto legal es aceptable, dado que se prevé, en cuanto a ámbito subjetivo, que se extienda a todos los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente-, por lo que quedarían afectados los contratos de permuta comercial que incluyeran cláusulas que comporten condiciones generales⁹⁰, siendo de aplicación todo lo previsto en la LCGC sobre régimen y requisitos de incorporación de condiciones generales (arts. 5º y 7º), nulidad (art. 8º.1), régimen aplicable sobre la declaración judicial de no incorporación y efectos de la sentencia (art. 9.1 y 2), y efectos de la declaración de no incorporación o nulidad de cláusulas (art. 10). Para la mayor protección del adherente se establece como fuero competente el del demandante, dado que este último siempre será la persona que esté interesada en obtener la nulidad de las cláusulas de condiciones generales⁹¹.

Comentario aparte merece lo relativo a la nulidad de las condiciones generales que sean abusivas, dado que el ordinal 2 del artículo 8º de la LCGC se refiere

⁸⁸ Ratificado por nuestro país por Instrumento de 7 de mayo de 1993 (BOE de 19 de julio de 1993).

⁸⁹ Véase Apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley 7/98, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación.

⁹⁰ Hay que señalar que el núm. 3 del artículo 2º -texto que se incluyó tras pasar por diversas vicisitudes- establece que "*El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad*". La redacción, que en principio intenta proteger tanto a usuarios o consumidores como a todo tipo de profesionales o empresarios, ha sido calificada de espejismo por F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, "ya que la ley establece diferencias muy importantes entre la protección otorgada a los consumidores y la otorgada a los restantes adherentes a unas condiciones generales" ("El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998...", cit., pág. 80).

exclusivamente a los contratos celebrados con un consumidor⁹². Ello supone que, de una interpretación literal del precepto, queden excluidos del mismo los contratos celebrados entre profesionales o empresarios. Por tanto, la Ley en este punto elimina el control del contenido de las condiciones generales de contratación en las relaciones entre empresarios, control de contenido que constituye uno de los pilares básicos de la regulación del fenómeno de la moderna contratación, y cuya supresión deja muy indefenso al pequeño o mediano empresario frente al que impone las condiciones generales⁹³. Y es palmario que, en el supuesto de intervención de un pequeño profesional en este tipo de contratos, quedará privado de la tutela arbitrada por la LCGC en lo relativo a las cláusulas abusivas.

Por todo ello, la protección del adherente en la esfera internacional debe considerarse a todas luces insuficiente, ya que no existe una regulación especial de las condiciones generales de contratación en Derecho Internacional Privado⁹⁴, y las que hemos comentado adolecen de manquedad o se refieren a aspectos muy concretos, por lo que se impone como cuestión de *lege ferenda* nacional o internacional la promulgación de nuevas disposiciones más específicas al respecto, dotando a las disposiciones nacionales del carácter de norma internacional imperativa, de conformidad con los tratados y convenios y en especial con el art. 3.3 del Convenio de Roma sobre Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales.

⁹¹ Considerando la insuficiencia de las normas de Derecho Internacional Privado sobre condiciones generales del contrato, algún sector doctrinal se ha planteado también como vía de protección la incidencia del derecho comunitario sobre las normas de conflicto y las normas de regulación bancaria, dado que, en definitiva, la asunción por los Bancos del papel de intermediarios o negociadores, en cuanto que realizan funciones de asesoramiento de los intervinientes en las permutas, podría dar lugar a considerar que los mismos llevan a cabo una prestación de servicios. La regulación que a tal efecto se contiene en el Derecho comunitario (Directiva 89/646/CEE, traspuesta al Derecho español por la Ley 3/94, de 14 de abril, y el régimen general de los artículos 43 y 49 del TUE), puede permitir, de forma indirecta y con efectos limitados, tutelar los intereses de usuarios finales, si quiera sea por la vía de evitar la comisión de excesos amparados en claros abusos de Derecho (Cfr. ROSSEL I PIEDRAFITA, C., *op. cit.*, págs. 170-174).

⁹² Para la cuestión sobre las condiciones generales en la contratación electrónica, que puede tener lugar en este tipo de contratos, puede verse VEGA VEGA, J.A., *Condiciones generales en la contratación electrónica*, *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 101 (febrero 2009), págs. 3-55.

⁹³ Así, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., en *op. ult. cit.*, pág. 88. En el mismo sentido VATTIER FUENZALIDA, C., "Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, LXXI, núm. 630, (septiembre-octubre 1995), pág. 1533.

⁹⁴ Véase a tal respecto: GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Condiciones generales en la contratación internacional", en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLIV, 2 (1992), pág. 751.

Por su parte, el segundo párrafo del artículo 3º de la Ley 7/98 se aplicará cuando el contrato deba regirse por la normativa española. En España, la ley 7/98, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, no contiene referencia alguna a la inclusión de pactos de *lege utenda* a través de condiciones generales. Pero sí regula las condiciones generales, reglando los requisitos de incorporación (art. 5), los criterios de interpretación (art. 6) y las consecuencias jurídicas ligadas a su no incorporación (art. 7) o nulidad (art. 8). Al mismo tiempo que, de conformidad con el tenor del artículo 3, la Ley se configura como una norma internacionalmente imperativa, definiéndose su ámbito de aplicación a partir de la elección de la ley española a título de *lex contractus* o del hecho de que el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y que este sea su residencia habitual, lo que evita las dificultades propias de la contratación entre ausentes, en línea con el artículo 9.2. del Convenio de Roma.

La regulación expuesta adolece de graves defectos, debido al hecho de que en un único texto legal se pretende alcanzar dos metas diferentes: la protección de la parte débil en los contratos de adhesión, de un lado, y la tutela de los derechos de los consumidores, de otro. En relación a estos últimos contratos, la referencia al artículo 5 del Convenio de Roma es coherente. Pero no así la remisión de la parte 1 de la Exposición de Motivos al artículo 3 del mismo tratado en cuanto al resto de contratos. Pues solo puede entenderse referida al apartado 3, único que contempla la aplicación de normas imperativas. No obstante, su finalidad es la de evitar una internacionalización artificial del contrato cuando todos sus elementos (excepto los pactos de *lege utenda* y de *prorrogatio fori*) estén localizados, en este caso, en el estado Español, además de abrir la puerta a la incorporación material de normas dispositivas extranjeras. Es obvio que la residencia en territorio español y la emisión aquí de la voluntad negocial no son elementos suficientes para alcanzar la finalidad perseguida. Por consiguiente, según el Convenio, la aplicación de la ley española procederá únicamente a título de *lex contractus* (arts. 3 y 4), de *lex fori* (art. 7.2.) o de ley de policía (art. 7.1.). A pesar de todo lo expuesto, debe afirmarse que, en principio, la Ley 7/98 no innova el régimen jurídico de las relaciones entre empresarios, ni somete a control su contenido, pues hay que tener en cuenta que el artículo 8.1 solamente prevé la anulación de las condiciones generales que afecten a los adherentes en contratos celebrados con empresarios, en virtud de las normas sobre incorporación o interpretación de la misma Ley, normas que, de hecho, ya resultaban de aplicación según los principios del Derecho Civil⁹⁵.

⁹⁵ En este sentido ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "El Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de Contratación", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 67 (julio-septiembre 1997), pág. 870.

En contraste con esta situación, hemos de significar que en Derecho europeo se ha dado un avance en la protección de los adherentes consumidores a través de una consolidada doctrina sobre la abusividad en las condiciones generales de contratación motivada en la mayoría de los casos por la falta de transparencia en la negociación. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016 (asunto C-308/15), que enmienda la doctrina hasta ese momento sentada por nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia número 139/2015, de 25 de marzo de 2015, viene a interpretar la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y dispone que, a tenor del artículo 6, apartado 1, de la citada Directiva, los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional. Esta disposición –continúa el fallo jurisprudencial- debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen la naturaleza de normas de orden público⁹⁶. Para lograr tal fin, incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma⁹⁷.

Finaliza la Sentencia decretando que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que exista entre el consumidor y el profesional, desde el momento en que disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto. Pero el juez nacional no tendrá nunca la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues en caso contrario se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores⁹⁸.

En suma, cuando se trata de un adherente consumidor, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de

⁹⁶ De conformidad con lo establecido en la Sentencia de 30 de mayo de 2013 (Asbeek Brusse y de Man Garabito), C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 44.

⁹⁷ Véase, en este sentido, la Sentencia de 14 de junio de 2012 (Banco Español de Crédito), C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65.

⁹⁸ Corroborra esta doctrina la Sentencia de 21 de enero de 2015 (Unicaja Banco y Caixabank), C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 31.

hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.

Esta doctrina no es aplicable, tal como hemos visto, en el supuesto de que el adherente sea un profesional en el ámbito financiero, ya que el ordenamiento jurídico español (cfr. art. 3º del RDLeg 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la LGDCU) únicamente incluye en el tenor de consumidor a toda persona, física o jurídica, que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional⁹⁹.

⁹⁹ Véase sobre la noción de consumidor en nuestro ordenamiento jurídico VEGA VEGA, J.A., *Derecho Mercantil Electrónico*, Ed. Reus, Madrid, 2015, págs.131-138.

La *Revista de Estudios Económicos y Empresariales* recibió este artículo el 27 de junio de 2018 y fue aceptado para su publicación el 17 de septiembre de 2018.