

# EL CONTRATO INTERNACIONAL DE SWAP: REFLEXIONES CRÍTICAS

José Antonio Vega Vega,  
Catedrático de Derecho Mercantil,  
Universidad de Extremadura

**RESUMEN:** Las permutas financieras son contratos en virtud del cual dos partes (denominados usuarios finales en Derecho español) se obligan a hacerse pagos recíprocos en fechas convenidas.

En el contrato internacional de permuta financiera 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 CALVE:** Permuta financiera internacional, Mercado, Valores, Comercio Internacional, Jurisdicción internacional.

**Clasificación JEL:** K29

**ABSTRACT:** *A swap is a contractual agreement evidenced by a single document in which two parties, called counterparties, agree to make periodic payments to each other.*

*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 arise 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 Swap, Market, Stocks, International Trade, International Jurisdiction.*

**JEL classification:** K29

**SUMARIO:** 1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.- 2. COMPETENCIA JURISDICCIONAL Y NORMATIVA PROCESAL.- 3. LEGISLACIÓN APLICABLE. 3.1. Determinación de la *lex causae*. 3.2. Ámbito de aplicación.- 4. LA FORMA EN LOS CONTRATOS INTERNACIONES DE SWAPS. 4.1. La forma en los sistemas de derecho internacional privado. 4.2. El problema de la exigencia de forma escrita en el modelo ISDA.- 5. PERMUTA FINANCIERA Y *LEX MERCATORIA*. 5.1. La hipótesis de que los contratos tipo puedan servir de límite al conflicto de leyes. 5.2. Análisis de otros posibles efectos jurídicos.- 6. LA PROTECCIÓN DEL ADHERENTE EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.

## 1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Uno de los aspectos básicos de la innovación financiera es la aparición de un conjunto de instituciones de nuevo cuño que permiten diseñar una estrategia financiera a los agentes económicos muy diferente a la que venía practicándose tradicionalmente. La gestión del riesgo, el ahorro de costes financieros o la liquidez de las inversiones son exponentes de los objetivos que han dado origen a nuevos instrumentos financieros<sup>1</sup>.

Entre los nuevos instrumentos de financiación de las empresas que han hecho su aparición en el marco del comercio internacional ocupa un lugar destacado la operación conocida por permuta financiera o *swap*<sup>2</sup>, cuya gestación se viene configurando de forma progresiva a través de la incorporación en los negocios jurídicos de diferentes cláusulas como reacción jurídico-económica a las distintas necesidades que se producen en el orden financiero de la empresa.

---

<sup>1</sup> Véase CEA GARCÍA, J.L., *Los contratos de permuta financiera (swaps). Gestión financiera y análisis contable*, Ed. Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, Madrid, 1990, pág. 9.

<sup>2</sup> El origen de este instrumento financiero hay que buscarlo en el Reino Unido, como reacción de los empresarios británicos para evitar los costes extraordinarios impuestos por las normas de control de cambio en la adquisición de divisas extranjeras, así como la fluctuación de los tipos de interés. Los préstamos paralelos entre sociedades británicas y norteamericanas propició en los años 70 del pasado siglo la posibilidad de abonar en divisa nacional a empresas americanas radicadas en el Reino Unido para que estas abonaran en dólares a las filiales británicas radicadas en Estados Unidos. Así, para resolver los problemas planteados por dichas fluctuaciones, utilizando y mejorando la técnica del *back to back loans*, surge esta figura jurídica conocida como *swap*. Y, aunque desaparece en 1979 el control de cambios entre estos dos países, se mantiene esta modalidad financiera con la finalidad de estabilizar el tipo de interés y el tipo de cambio. Sobre el origen de la permuta financiera puede verse: MARAK, M., "The effect of the New Risk-based Capital Requirements on the Market for Swaps", en *Journal of Financial Services Research*, junio 1992, págs. 25-36; COSTA, L. y FONT, M., *Nuevos instrumentos financieros para el empresario europeo*, ESIC, Madrid, 1990, págs. 3 ss.; CRABBLE, M., "Clearing House for Swaps", en *Euromoney*, septiembre 1986, págs. 345-351; LAMOTHE, P., "La aparición y desarrollo de los mercados de swap de tipo de interés. Teorías explicativas", en *Información Comercial Española*, abril, 1992, págs. 9-15; LOEYS, J., "Interest Rate swap: a New Tool for Managing Risk", en *Business Review*, Federal Reserve Bank of Philadelphia, mayo-junio 1985, págs. 17-25; LUDWIG, M.S., *Understanding interest rate swaps*, Ed. McGraw-Hill, New York, 1993, págs. 1-33; MALOY, P., "Origen, historia y futuro del swap. Definición y tipos", en *Las operaciones de swap como instrumento para mejorar la financiación de la empresa*, Instituto de la Empresa, Madrid, 1985, págs. 12 ss.; TORRE, A. de la, *Operaciones de permuta financiera (swaps)*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996, págs. 17-25; VEGA VEGA, J.A., *El contrato de permuta financiera (swap)*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, págs.

Las grandes alteraciones y fluctuaciones que padecía el mundo económico, donde los tipos de interés y las paridades de cambio, unidos a las leyes que sobre el control de cambios se habían asentado en muchos países del mundo occidental, comprometían la seguridad financiera y las previsiones contables de las empresas e instituciones de crédito<sup>3</sup>, fenómenos a los que no estaban ajenos las crisis energética y monetaria de los años setenta del pasado siglo que generaron el paso de una rigidez de paridad de cambio a una flotación errática de las monedas y fluctuaciones difícilmente explicables de los tipos de interés, por lo que se hizo necesario la creación de nuevos instrumentos financieros.

El contrato de permuta financiera vino a proporcionar nuevas y diversas funciones a las operaciones financieras de las empresas y permitió la flexibilización de los riesgos inherentes a los cambios y préstamos en distintas divisas<sup>4</sup>. Después se extendió al aspecto activo de las empresas con el nacimiento de las permutas de índices y de mercancías, por lo que también tuvo el atractivo de maximizar los resultados de inversiones de riesgo. La reducción de costes de transacciones, el eludir barreras legales al libre movimiento internacional de los capitales, el estar consideradas como operaciones fuera de balance o la pura especulación financiera fueron otros de los atractivos que permitieron la consolidación de las permutas financieras.

Para hacernos una idea de la institución, con carácter general y teniendo en cuenta su especial naturaleza jurídica, podemos definir la permuta financiera como un contrato mercantil en virtud del cual dos partes, denominadas usuarios finales, se obligan a hacerse pagos recíprocos en fechas convenidas, en la misma o distintas monedas, estableciéndose las cantidades que mutuamente han de abonarse de forma cierta o en base a módulos objetivos, que pueden estar referidos a divisas, tipos de interés, índices bursátiles, precios de mercancías, etc.

En la actualidad, las permutas financieras, sobre todo en el ámbito internacional, son atractivas porque permiten nuevas estrategias de coberturas y de gestión general de ciertos riesgos empresariales, en particular los relativos al tipo de interés y al tipo de cambio de las monedas correspondientes a ciertas operaciones financieras principales, así como a la oscilación de los precios de las materias primas. Sin embargo, tienen el inconveniente que introducen al mismo tiempo una cierta duda o riesgo inherente al propio contrato, que puede provenir de las oscilaciones producidas en el mercado o de la posible contingencia de que la parte contraria no cumpla sus compromisos, en cuyos casos la pretendida estrategia de cobertura de las operaciones principales fallaría, arrastrando con ello las repercusiones a modo de mayores costes o menores ingresos que los que hubieran debido producirse<sup>5</sup>.

En nuestro país los contratos de permuta financiera han tenido relativo éxito, con excepción de las operaciones relativas a la financiación de las exportaciones y los *swaps* relativos a bonos u obligaciones emitidos en España por instituciones internacionales de las que España es parte. Los *swaps* de tipos de interés fueron utilizados por la banca como forma de inversión especulativa, especialmente con consumidores, pero los reveses sufridos en los tribunales, que protegieron a los consumidores en contra de los intereses bancarios, han hecho

---

<sup>3</sup> Véase BARRIOLA, L., y RODRÍGUEZ, L., "Régimen fiscal de las operaciones de permuta financiera", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 22 (abril-junio 1986), pág. 381.

<sup>4</sup> *Vid.* WALLEY, M., "Interest rate and currency swaps". Trabajo presentado al *Simposium de la OCDE sobre Nuevos Instrumentos Financieros*, París, 1988, pág. 2.

<sup>5</sup> CEA GARCÍA, J. L., *op. cit.*, pág. 17.

que prácticamente haya desaparecido en la actualidad la puesta en circulación con esta finalidad.

## 2. COMPETENCIA JURISDICCIONAL Y NORMATIVA PROCESAL

Más allá de las cláusulas que puedan pactarse en un contrato de permuta financiera (*swap*), que dependerán en última instancia de la naturaleza y tipo del acuerdo y de los objetivos que se quieran alcanzar, la primera cuestión trascendente que puede plantearse en el ámbito internacional es la relativa a la normativa sustantiva aplicable así como 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.

El modelo *Multicurrency-Cross Border Master Agreement* de la *International Swaps Dealers Association, Inc.*, (ISDA)<sup>6</sup>, que se acepta de forma estandarizada para la cumplimentación de las permutas financieras, es el más utilizado en la esfera internacional debido a que un gran número de estos acuerdos se negocian en el Estado de Nueva York. De ahí el reiterado uso que viene haciéndose de este contrato tipo en el ámbito transnacional.

En la Estipulación 13 del formulario ISDA se regula lo relativo a la "Ley y Jurisdicción aplicables" (*Governing law and jurisdiction*). Según esta normativa, el derecho aplicable será el que, por voluntad de las partes, quede recogido en el *Schedule* (Anexo) del acuerdo. De este modo, se faculta a las partes para la libre elección de la *lex causae* aplicable en caso de conflicto. En el epígrafe siguiente nos referimos a esta cuestión, por lo que, en aras a mantener una sistemática lógica en el desarrollo del trabajo, nos remitimos a lo que allí se expone sobre el particular. En lo atinente al fuero, el apartado b) de la Estipulación referida dispone que cada usuario final irrevocablemente en cualquier litigio, acción o procedimiento relacionados con el Acuerdo se somete a la jurisdicción de los tribunales ingleses si las partes en el Acuerdo pactan la aplicación de la ley de dicho país, o, a la jurisdicción no exclusiva de los tribunales del Estado de Nueva York y a la Corte de Distrito de los Estados Unidos, ubicados en el barrio de Manhattan de la ciudad de Nueva York. Tras concretar la expresa renuncia de los intervinientes a oponer excepciones relacionadas con la falta de competencia de los tribunales anteriores, termina significando el tenor del Modelo que no existe ningún obstáculo legal en el mismo para que cualquiera de las partes 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

---

<sup>6</sup> La *International Swaps and Derivatives Association* (en acrónimo ISDA), en español Asociación Internacional de Swaps y Derivados, es una organización de carácter profesional que agrupa a las empresas más relevantes en el mercado de permutas financieras y derivados. Se creó en 1985 con la denominación de *International Swap Dealers Association* (Asociación internacional de negociantes de permutas financieras) y, algunos años después, cambió su nombre al actual. El objetivo principal de esta asociación es establecer un marco de referencia mediante contratos tipo para la negociación de swaps y otros derivados. La ISDA tiene aprobado un contrato marco (*master agreement*) para las operaciones de swaps y derivados que se negocian en régimen de bilateralidad (*over the counter*, OTC), esto es, fuera de los mercados regulados u oficiales. La adhesión a un contrato marco es totalmente voluntaria, pero suele aceptarse ya que evita tener que redactar y negociar todas las condiciones generales y particulares cada vez que se pacta una operación, bastando para ello, una vez firmado el contrato marco, suscribir un *schedule* o anexo que regula cada operación particular. Sobre el contrato marco de la ISDA y sobre la permuta financiera en general, puede verse nuestra obra VEGA VEGA, J.A., *El contrato de permuta financiera (swap)*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, págs.

puedan presentar acciones judiciales en una o más jurisdicciones, ello en virtud de la regla de "jurisdicción no exclusiva". En síntesis, se faculta a los interesados a elegir libremente el fuero competencial si voluntaria y de forma expresa así lo pactan, ya que, en caso de renunciar a establecer fuero y ley aplicables, se aplicará lo que, de forma dispositiva se contempla en el Acuerdo marco. La causa podrá presentarse en más de una jurisdicción, salvo que se elija la legislación inglesa<sup>7</sup>. En todo caso, hay que tener en cuenta que la opción de la ley aplicable determinará la sumisión a la jurisdicción del país en cuestión [confróntese Estipulación 13.b) Modelo ISDA].

Los modelos sobre acuerdos marco españoles presentan algunas variantes. El Contrato Marco de Permuta Financiera de Intereses de la Comisión de Estudio del Mercado Monetario (conocido por el acrónimo de SWAPCEMM) consagra el principio de sometimiento de las cuestiones derivadas del contrato y de los pactos singulares que a su amparo se celebren ante los órganos arbitrales que, en cada caso, sean competentes según la naturaleza de las entidades implicadas (Estipulación 15.1)<sup>8</sup>. Esta cláusula deberá ser completada en el Anexo para que no exista problemas de interpretación, de conformidad con la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. En cualquier caso, la sumisión arbitral no es muy seguida en el Derecho anglosajón debido a los elevados costes. Para el supuesto de que no pueda resolverse la cuestión por el sistema arbitral, las partes, con renuncia a su propio fuero, se someten a los Juzgados y Tribunales de Madrid (Estipulación 15.2). Por su parte, el otro convenio marco, el Contrato Marco de Operaciones Financieras de la Asociación Española de Banca (AEB), contempla la solución arbitral como una opción negociable por las partes. Para el caso de que los usuarios finales no estipulen el convenio arbitral, con renuncia a su propio fuero, se someten a la jurisdicción y competencia de los Juzgados y Tribunales que se especifiquen en el Anexo I (Estipulación 23), con lo que confiere mayor libertad a las partes para elegir otros tribunales que no sean los de Madrid<sup>9</sup>.

En lo atinente a jurisdicción y competencia, la Ley de Enjuiciamiento Civil española, en su artículo 36, dispone que la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales españoles se determinará 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 que en estos supuestos habrá que analizar las disposiciones de la LOPJ y los convenios internacionales que puedan afectar a la materia.

Antes de la promulgación de la LOPJ se mantuvo por la doctrina y la jurisprudencia una

---

<sup>7</sup> La doctrina procesal española sostiene que no puede alegarse la excepción de litis pendencia internacional en base al artículo 416.2 de la LEC de 2000, salvo que exista tratado internacional en contra, por ejemplo, el Convenio de Bruselas. Puede verse al respecto: 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.

<sup>8</sup> Téngase en cuenta la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en terminología inglesa, *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)*.

<sup>9</sup> El Anexo 1, apartado 14, del Contrato Marco de la AEB se refiere al fuero y al convenio arbitral que deben cumplimentar las partes. Se establecen como cláusulas optativas a colmar por los intervinientes la redacción explícita del convenio arbitral y las especificaciones sobre el Colegio Arbitral que se designa.

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 nuestro Tribunal Supremo el mentado principio de la indeclinabilidad de la jurisdicción, con fundamento en la soberanía estatal. La STS de 10 de noviembre de 1993 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<sup>10</sup>. Y es que la LOPJ no contiene a tal respecto normas de exclusividad. Así, por ejemplo, el artículo 22 no contempla norma de exclusividad en lo relativo a obligaciones surgidas de este tipo de 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. 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. 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 competente<sup>11</sup>, dada la literalidad del precepto, salvo que exista un sometimiento expreso en los términos antedichos.

El artículo 36.2 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil ha venido a establecer varios límites a la competencia de los tribunales españoles, límites que se rotulan como circunstancias de falta de competencia internacional, para lo cual es precepto señala que "Los tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan cuando concurra en ellos alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª 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. 2.ª 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. 3.ª 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 partes".

Además de lo dispuesto en el Convenio de Bruselas de 1978<sup>12</sup> o en otros tratados de

---

<sup>10</sup> Limitación suscitada en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 21 de mayo de 1994. Puede verse, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Problemas de aplicación de los sistemas de competencia judicial internacional", en la obra colectiva *Problemas actuales de aplicación del derecho internacional privado por los jueces españoles* (Dir. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS), Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, págs. 325 ss.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> 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).

ámbito internacional, cuyos análisis escapan a las pretensiones del presente artículo<sup>13</sup>, hemos de significar que, respecto a las permutas comerciales en el ámbito de la Unión Europea, debe tenerse en cuenta el Reglamento 44/2001/CE, de 22 de diciembre de 2000<sup>14</sup>, relativo a la competencia 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)<sup>15</sup>. 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)<sup>16</sup>. Del mismo modo, se establecen competencias exclusivas en materia de arrendamientos, bienes inmuebles o validez o disolución de sociedades (art. 7).

En lo atinente a la normativa adjetiva o procesal, el artículo 3 de la LEC dispone que

---

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> DOCE L 12, de 16 de enero de 2001.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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).

"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"<sup>17</sup>. Resulta meridiano por el tenor del precepto que los asuntos enjuiciados en nuestro país se regirán exclusivamente por las leyes españolas. La cuestión que surge es la interpretación que hay que dar a esta regla en relación con la *lex contractus* aplicable en el supuesto de conflictos sobre contratos internacionales de swaps sometidos a nuestra jurisdicción. De una hermenéutica literal y rigorista de este precepto, se colige que no será posible, a la vez, 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 o tratados internacionales, pero nada se dice sobre el supuesto de *lex causae*. Esta cuestión se estudia con más detenimiento en el epígrafe siguiente.

### 3. LEGISLACIÓN APLICABLE

#### 3.1. DETERMINACIÓN DE LA *LEX CAUSAE*

Los swaps o permutas financieras internacionales -sobre todo los de divisas y los mixtos- desplegarán sus efectos respecto de dos usuarios finales de distintos países. Se plantea en este supuesto el problema de la elección de la ley sustantiva aplicable. Los contratos marco que regulan tales relaciones son explícitos y contienen numerosas cláusulas que tienden a regular, de forma clara, la *lex causae*. El propio modelo ISDA en la Estipulación 13, que se rotula como "Jurisdicción y Ley aplicable" (*Governing Law and Jurisdiction*), determina en el apartado (a), relativo a ley aplicable, lo siguiente: "Este contrato se regirá e interpretará conforme a la ley establecida en el Anexo"<sup>18</sup>. Por su parte, el apartado 4 del Anexo del citado modelo ISDA contiene el pacto del sometimiento de las partes a la Ley inglesa o a las leyes del Estado de Nueva York, sin referencia a la elección de la doctrina legal<sup>19</sup>. Por tanto, hemos de colegir, según una hermenéutica teleológica, que se faculta a las contrapartes a que se sometan a la *lex causae* que tengan a bien, habida cuenta que el Anexo es modificable por voluntad expresa de los usuarios finales, ya que el convenio no tiene la naturaleza de fuente de derecho, sino que tiene una base contractual y, por ende, negociable.

Es palmario que, en el ámbito internacional, la mayoría de los contratos de *swaps* se regirán por el modelo ISDA, que es el único que de hecho está conformando las bases para la creación de un mercado internacional de permutas financieras, dado que el resto de los contratos tipo desplegarán su eficacia en un ámbito más local. Sin embargo, la creciente mundialización de los mercados financieros está provocando un alto grado de incertidumbre de la *lex contractus*,

---

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> La Estipulación 13 del modelo ISDA dispone: "Governing Law and Jurisdiction. (a) Governing Law. This Agreement will be governed by and construed in accordance with the law specified in the Schedule".

<sup>19</sup> Concretamente el apartado 4 del Anexo ISDA (Part 4. Miscellaneous), en cuanto a *Governing Law*, establece expresamente que "This Agreement will be governed by and construed in accordance with English law/the laws of the State of New York (without reference to choice of law doctrine)".



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 aplicable<sup>20</sup> o, incluso, su posterior modificación<sup>21</sup>. Como hemos apuntado anteriormente, en los modelos ISDA no se obliga a las partes a elegir una ley aplicable, pero se imponen la necesidad de someterse a un ordenamiento jurídico concreto: ley inglesa o la del Estado de Nueva York, sin perjuicio de que pueda modificarse el Anexo. Por su parte, los modelos de la British Bankers Association Interest Rate Swaps (BBAIRS) se someten a la ley inglesa, admitiendo asimismo pacto de negociado en contra. 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 financiera<sup>22</sup>.

En la Unión Europea, la posibilidad de elección presenta una cierta unificación a raíz del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, 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*, vigente en Derecho norteamericano, la facultad de elección de las partes en el Convenio 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, restringido<sup>23</sup>. 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

---

<sup>20</sup> 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 I PIEDRAFITA, C., *Aspectos jurídicos del contrato internacional de swap*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999, págs. 236-237; RIGAUX, F., *Cours général de Droit International privé*, en *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, Vol. I, 1989, pp. 107 ss.; ESPLUGUES MOTA, C., en "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.

<sup>21</sup> VIRGOS 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, p. 642).

<sup>22</sup> Véase al respecto VALPUESTA GASTAMINZA, E. M., "Las operaciones "swap", en *Contratos internacionales* (Coord. P. Blanco-Morales, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, pág. 1075; CREMADES SANZ PASTOR, B.M., "Aspectos legales de las llamadas técnicas de financiación de swap", en AAVV., *Las operaciones swap como instrumento para mejorar la financiación de la empresa*, Ed. Instituto de Empresa, Madrid, 1985, pág. 47; COSTA RAN, L., "El contrato de permuta financiera (*swap agreement*) *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1 (1990), pág. 77.

<sup>23</sup> CALVO CARAVACA, A .L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., en su obra "El Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las Obligaciones contractuales de 19 de junio de 1989, en *Contratos Internacionales* (Dirs. A .L. CALVO CARAVACA y L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA), Ed. Tecnos, Madrid, 1997, págs. 74-80, exigen como requisitos mínimos del pacto de *lege utenda*: la claridad de la elección de la ley y que la ley escogida sea un derecho estatal, así como el carácter negocial de la elección de la ley.

ordenamiento estatal, lo que impide la remisión a la *lex mercatoria*<sup>24</sup>. 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 síntesis, nos llevará a determinar que la ley aplicable ha de ser la correspondiente al país en el que el usuario final 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)<sup>25</sup>. 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)<sup>26</sup>. En materia de arrendamientos, bienes inmuebles o validez o disolución de sociedades, se establecen competencias exclusivas (*vid.* art. 7).

En un contrato sinalagmático de tracto continuado como es la permuta financiera, la presunción de la prestación característica podrá ser aplicada en el supuesto de intervención de un Banco, 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 pasando a ponderarlos<sup>27</sup>. Pero el problema no se resuelve tan fácilmente, dado que en una operación de permuta financiera pueden estar involucradas varias sucursales bancarias. El modelo ISDA facilita esta cuestión, al prever el pacto del principio de *multi-branch parties* [Estip. 10.c)], 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, en todo caso, con la matriz. Esta estipulación puede ir en contra de la presunción del artículo 4.2 del Convenio de Roma, al determinar el lugar

---

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> 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 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).

<sup>27</sup> Cfr. CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, págs. 101-102.

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 tenga que acudirse 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 la *lege utenda* como una forma de evitar difíciles interpretaciones.

El modelo AEB español prevé el pacto expreso del sometimiento al Ordenamiento jurídico español (Estip. 22). El convenio marco SWAPCEMM solo contempla el sometimiento al fuero español (Estipulación 150). 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 *swaps* es frecuente que la perfección del contrato se realice por vía telemática, 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. El artículo 1262.2, inciso segundo, del Código Civil y el artículo 54 del Código de Comercio establecen 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 ende, aplicable en las relaciones contractuales.

Cuestión distinta es que a la oferta inicial se corresponda una contraoferta por otro agente económico, pues es evidente que las ofertas de los intermediarios no suelen ser en firme y admiten contraofertas. En este supuesto, no habrá inconveniente en admitir que el lugar de celebración del contrato es aquél en que se produce la contraoferta, y ello incluso por aplicación de los artículos 54 CCom y 1262.2 CC, dado que la oferta definitiva es la que sirve como tal para la celebración del contrato. Así, el contrato se origina en esa nueva contraoferta que tiene el valor de una nueva oferta para el primer oferente. La perfección del contrato debe partir de la aceptación de esa contraoferta (art. 54 CCom), por lo que el lugar de celebración será aquél en que se ha realizado la nueva oferta, esto es, la contraoferta.

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

En lo atinente a la perfección intertemporal o entre ausentes, el modelo ISDA determina la necesidad de que el contrato marco y el *Schedule* sean firmados a la vez. La Estipulación 13.a) establece que la ley aplicable será la determinada en el Anexo, por lo que cuando el contrato nace ya está determinada la *lex causae* y el fuero competente, lo que excluye la inseguridad jurídica de determinar qué ley regulará las relaciones entre ausentes, dado que como se determina con anterioridad la *lex causae* la cuestión queda resuelta por la ley que se elija. Este contrato tipo también regula las notificaciones, comunicaciones posteriores y cambios de domicilio, así como los efectos que las partes pactan para los mismos (Estip. 12). Claramente se dice que, en el supuesto de modificaciones posteriores, prevalece la confirmación [Estip. 1.b)].

### 3.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Una vez analizada la cuestión relativa a la ley aplicable, se nos plantea determinar el ámbito concreto en que la *lex causae* elegida 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 para 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, la interpretación, a la naturaleza y a la extensión de las obligaciones derivadas del cumplimiento y a la indemnización por daños y perjuicios en el caso de incumplimiento. Según el tenor de dicha normativa, todas estas cuestiones 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 (CR) 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.

Así, el artículo 1.2.a) del CR excluye de su ámbito material el estado civil y la capacidad de las personas físicas, si bien el artículo 11 contempla la excepción del interés nacional en favor del contratante de buena fe. Por su parte, 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 que estar a lo dispuesto en el artículo 9.1 del Código Civil que establece que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la de su nacionalidad, y el artículo 9.11 del mismo texto legal que, sobre la representación, dispone que "la ley personal correspondientes 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 civil 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 regulación referida a los aspectos formales del contrato se contempla en el artículo 11 del 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 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. 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.

## **4. LA FORMA EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE SWAPS**

### **4.1. 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 presencia. 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. Sólo 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 plena<sup>28</sup>. 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*<sup>29</sup>. 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 del Código Civil, el cual emplea una técnica menos beneficiosa para garantizar la eficacia de los actos jurídicos. La primera es la de fijar si las conexiones del artículo 11.1 son alternativas como exigiría el principio del *favor negotii*. Por otra parte, el artículo referido parece impedir la partición del contrato al imponer la *lex contractus*. En cualquier caso, el Convenio de Roma introduce una regulación favorable a los contratos informales, que facilita la aparición de nuevos contratos financieros como la permuta financiera, de manera especial, al introducirse una regla *ad hoc* para los contratos *inter absentes*, caso propio de los contratos de permuta financiera concertados por vía telefónica. Por otra parte, pueden citarse como innovaciones del Convenio de Roma el mantenimiento de la validez de los contratos o su convalidación *a posteriori* en caso de modificarse la elección de la ley aplicable según el art. 3.2., *in fine*, y el hecho de que la remisión del 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

---

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> Cfr. VIRGÓS SORIANO, M., "Obligaciones Contractuales", en *Derecho Internacional Privado* (J. D. GONZÁLEZ CAMPOS *et al.*), Ed. Eurolex, Madrid, 1995, pág. 199; C. ESPLUGUES MOTA, C., en *Contratación Internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 199 y ss. Por su parte, CALVO CARAVACA, L. A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., en la obra colectiva *Contratos Internacionales*, cit., pág. 123 sostiene que el artículo 9 del Convenio de Roma se refiere a las formas extrínsecas *ad constitutionem*.

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 si no se crearía un mecanismo de imposición de voluntades<sup>30</sup>.

#### 4.2. EL PROBLEMA DE LA EXIGENCIA DE FORMA ESCRITA EN EL MODELO ISDA

Los modelos ISDA contienen en la Estipulación 9.a) 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 el 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 fueran escritos 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 norma, conservándolo únicamente en lo atinente a garantías personales<sup>31</sup>. No obstante, en algunos Estados de USA se mantuvo su vigencia, entre ellos el Estado de Nueva York. De esta forma hay que convenir que el *Statute of Frauds* es aplicable a los *swaps* de duración superior a un año (en la práctica todas las permutas financieras son superiores a un año), que se negocien en el Estado de Nueva York, y que son la mayoría. 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 ISDA, a pesar de no fijar en principio la *lex contractus*, al seguir implícitamente el sistema norteamericano predominante, exige que las operaciones singulares de permuta financiera se documenten por escrito y se firmen por los interesados. Se diseña así en los modelos ISDA un proceso de formación sucesiva de los contratos integrado por el conjunto Convenio marco, el Anexo (*Schedule*) y la *Confirmation*. Evidentemente, al ser la ISDA un ente privado con sede en los Estados Unidos, 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*<sup>32</sup>.

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 financiera se ejecuten en otros países bajo los modelos ISDA, ya que será evidente que cuando se sigan las normas del estado de Nueva York su inobservancia podrá comportar la sanción de nulidad. En Derecho español el

---

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> Cfr. MURRAY, J. E., *Murray on contracts*, Ed. The Michie Comp., Charlottesville (Virginia, USA), 1990, págs. 300 a 302.

<sup>32</sup> ROSSELL I PIEDRAFITA, C., *Aspectos jurídicos del contrato internacional de SWAP*, cit., págs. 118 ss.

conjunto conformado por el contrato marco y los anexos no puede considerarse un precontrato, ya que las partes no se obligan a celebrar posteriormente contrato alguno. Por el contrario, los modelos ISDA solo definen el marco que servirá de regulación a los *swaps* futuros y además queda indeterminado el número de tales operaciones, así como su contenido. Tampoco se trata de condiciones generales de la contratación, ni de un supuesto de contrato de adhesión, al menos en principio y en relación al negocio interbancario. Por lo que, como hemos sostenido anteriormente, parece más oportuno incardinar dicho conjunto de contrato marco y anexos en la categoría de contratos normativos. Aunque con la peculiaridad de que, según la Estipulación 1.c) de los modelos ISDA, éstos se rigen por el principio de unidad negocial. 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.

La Estipulación 9.a) del ISDA, según la cual 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 (bien por documentación tradicional o electrónica (Estipulación 12 del ISDA). Sin embargo, como señala ROSSELL PIEDRAFITA, al insertarse los modelos ISDA 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 del Derecho Civil elegidos como ley aplicable<sup>33</sup>. 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 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 serán aplicables los artículos 1278 del CC y 51 del CCom, preceptos que, como se sabe se refieren a la prueba, pero en modo alguno a la validez contractual.

## **5. PERMUTA FINANCIERA Y *LEX MERCATORIA***

### **5.1. LA HIPÓTESIS DE QUE LOS CONTRATOS TIPO PUEDAN SERVIR DE LÍMITE AL CONFLICTO DE LEYES**

La vocación internacional del Derecho Mercantil, y por ende su tendencia unificadora, es una realidad que se encuentra en sus orígenes, procediéndose después a una atomización a raíz del proceso de nacionalización. En el pasado siglo, en especial con posterioridad a la II Guerra Mundial, se ha producido una intensificación en el tráfico transnacional, de suerte que el comercio recupera su primigenia impronta internacional. En la actualidad esta característica se

---

<sup>33</sup> ROSSELL I PIEDRAFITA, C., *Aspectos jurídicos...*, cit., pág. 121.

justifica, si cabe más, no solo desde la moderna concepción social y política de su ámbito de actuación, sino, también, desde las exigencias planteadas por las propias operaciones mercantiles, debido a la necesidad y conveniencia de someter a una misma disciplina la regulación de la actividad del comercio. De ahí que, con un evidente incremento en los últimos tiempos, se han propugnado mecanismos unificadores a fin de superar la inseguridad y complejidad jurídicas que representan la disparidad de legislaciones, evitando acudir a las normas de conflictos propias del Derecho Internacional Privado<sup>34</sup>. Esta nueva tendencia unificadora del Derecho Mercantil, que 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*, 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 exterior<sup>35</sup>. Este método proventivo, 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.

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 sólo 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, 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 internacional<sup>36</sup>.

La especial caracterización del contrato de permuta financiera hace que el mismo se haya venido configurando a través de contratos tipo, redactados por organizaciones profesionales y que tienen la finalidad de procurar una homogenización en el mercado que facilite su

---

<sup>34</sup> Cfr. LOUSSOUARN y BREDIN, *Droit du commerce international*, Paris, 1969, pp. 8 ss.

<sup>35</sup> GONDRA ROMERO, J. M., "La Moderna Lex Mercatoria y la Unificación del Derecho del Comercio Internacional", *Revista de Derecho mercantil*, núm. 27 (enero-marzo 1973), págs. 8-11.

<sup>36</sup> 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, p. 31.



negociabilidad, habida cuenta que son contratos *over the counter* (OTC), concertados individualmente en virtud de las necesidades específicas de los usuarios finales.

En principio, los contratos tipo en esta materia pueden cumplir un papel similar a los INCOTERMS o a las Reglas y Usos Uniformes sobre créditos documentarios<sup>37</sup>. Si bien 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 siglas<sup>38</sup>, que tienden a situarse en el plano de las normas individuales *ex contractu* más que en el propio Derecho consuetudinario. Los contratos de permutas financieras, tal como hemos destacado, son instrumentos altamente flexibles en cuanto que son negociados a la medida de los usuarios finales. Esta característica supone un obstáculo a la consecución de la liquidez que caracteriza los mercados organizados, en cuanto que la liquidez de estos mercados es fruto tanto de la estandarización de los contratos como de la existencia de cámaras de compensación, que actúan como garantes del cumplimiento de las obligaciones pactadas. No obstante, los mercados de *swaps*, a través de la estandarización, han ido evolucionando desde su nacimiento, acercándose a las características de los mercados organizados<sup>39</sup>. La existencia de contratos tipo 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 profesionales interesados y su tendencia a favorecer el empleo del arbitraje para resolver los conflictos, nos puede llevar a preguntarnos si estamos en presencia de una manifestación de la *lex mercatoria*. Si fuera así, los contratos tipo, como manifestación 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 medievo permitió el nacimiento de un Derecho propio, autónomo, consuetudinario y uniforme. El Estado moderno y su aspiración monopolizadora restringe la posibilidad de la existencia de un Derecho autónomo al margen de la tutela estatal<sup>40</sup>, de ahí que tengamos que contemplar esta hipótesis con ciertas cautelas, máxime si tenemos en cuenta que, a través de los contratos tipo y condiciones generales elaboradas unilateralmente, corremos el riesgo de que se encubran y protejan los intereses de la parte más fuerte de la

---

<sup>37</sup> Véase DÍAZ RUIZ, E., "El contrato de SWAP", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 36, octubre-diciembre 1989, pág. 785.

<sup>38</sup> ROSSELL PIEDRAFITA, C., *op. cit.*, p. 94.

<sup>39</sup> Es patente que los mercados OTC en general y los de *swaps* 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. DEL BARRIO TELLADO, M.J., *Aspectos contables de las operaciones de permuta financiera (swaps) y comercial (barter)*, Ed. Aeca, Madrid, 2000, págs. 53 y 54.

<sup>40</sup> Cfr. J.M. GONDRA ROMERO, "La moderna *Lex mercatoria* y la unificación del Derecho del Comercio Internacional", en *RDM*, núm. 127, enero-marzo 1973, pp. 15 ss.

contratación mercantil internacional<sup>41</sup>.

Como ha señalado ROSSELL, la contribución de los modelos ISDA al ensanchamiento de la *lex mercatoria* en el ámbito financiero dependería, 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 tipo 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. La actitud de las instituciones financieras también ha dificultado esta vía de contribución a los modelos ISDA, al rehuirse el recurso al arbitraje, considerado caro e inseguro. Por esta razón, la búsqueda de unos niveles de seguridad jurídica asimilables a los habituales en los medios financieros domésticos ha llevado a recurrir a los tribunales ingleses o del estado de Nueva York, así como a la aplicación de la *lex fori* respectiva. Además, es de común opinión 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 un amplio conocimiento de los mercados financieros y son considerados instancias imparciales establecidas en países de escaso riesgo político, por lo que, cabe concluir, que los contratos tipo no han nacido en un vacío legal, ni en el ámbito de su normación y ejecución han venido a reforzar o extender el concepto de *lex mercatoria*<sup>42</sup>.

En otro orden de ideas, debe destacarse que los modelos ISDA presentan una dualidad en función del carácter interno o internacional de la transacción. La existencia de similitudes evidentes entre ambos modelos hace que el modelo *Multicurrency-Cross Border* de la ISDA difícilmente pueda considerarse como una fuente de la *lex mercatoria*, ya que, en virtud de su relación con el otro modelo, se desvirtúa el carácter de internacionalidad exigido por los defensores de la *lex mercatoria*. También ha de recordarse cómo los modelos ISDA han nacido en el seno del *Common Law*. Un sistema en el cual la doctrina mayoritaria rechaza la existencia de una *lex mercatoria* entendida como un sistema jurídico autónomo. Siendo los principales centros de contratación las plazas de Nueva York, Londres y Tokio, estando la sede de la ISDA en Nueva York e inspirándose los modelos ISDA en el *Common Law*, difícilmente pueden considerarse tales modelos una fuente de la *lex mercatoria* bajo tales condiciones<sup>43</sup>.

## 5.2. ANÁLISIS DE OTROS POSIBLES EFECTOS JURÍDICOS

Descartada la posibilidad de que las prácticas contractuales con contratos tipos puedan contribuir al nacimiento de un Derecho autónomo internacional en el ámbito de las permutas financieras, se ha significado que existen otros posibles efectos jurídicos que pueden desplegar dichos contratos, entre los que se encuentran la posibilidad de que los mismos sirvan para la

---

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> Para un examen más profundo de la cuestión, puede verse ROSSELL PIEDRAFITA, C., *Aspectos jurídicos...*, cit., págs. 94-99, a quien seguimos en esta cuestión.

<sup>43</sup> Así, ROSSELL PIEDRAFITA, C., *Aspectos jurídicos...*, cit., pág. 100.

fijación del tipo social, dada la inexistencia de tipos legales en los contratos de permuta financieras, al ser un contrato atípico. La trascendencia jurídica de los modelos tipo ha de hallarse 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 el contrato, sobre todo en los sistemas latinos, tal como de hecho ocurre 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 uso<sup>44</sup>.

Otra cuestión a tener en cuenta es el hecho de que, a través de estas prácticas internacionales, se va conformando un *corpus* de usos, que, por atender a los criterios y exigencias de los usos de comercio nacionales e internacionales, pudieran incardinarse en el elenco de fuentes del ordenamiento jurídico y pudieran contribuir a colmar las lagunas legales y contractuales y ser aplicadas 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 concreto<sup>45</sup>.

No es el momento de plantearnos en este lugar toda la problemática sobre el significado del uso mercantil, 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 operaciones. 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 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 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 en los supuestos de permutas financieras, 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 tipo, como fuente de un *corpus* de usos, podrían tener relevancia en la

---

<sup>44</sup> Cfr. ROSSELL PIEDRAFITA, C, *op. cit.*, págs. 101 y 102.

<sup>45</sup> PRICE, J., y HENDERSON, S.K., en *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.

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 privada<sup>46</sup>. 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 queridos 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 21 del CC)<sup>47</sup>.

## 6. LA PROTECCIÓN DEL ADHERENTE EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Los swaps en el ámbito internacional son en su mayoría intermediadas por empresas financieras. A pesar de que existe una corriente doctrinal que considera que las partes están situadas en pie de igualdad<sup>48</sup>, no es menos cierto que en la práctica, en muchos casos, se produce un desequilibrio contractual que ha llevado a algunos ordenamientos 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 derivados financieros plantean una gran complejidad, que en muchos casos desconocen los propios usuarios finales. Por otra parte, 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, tal como ocurre, por ejemplo, con el modelo ISDA, en el que, de hecho, se incluyen pactos sobre ley aplicable y competencia jurisdiccional.

Aquí hay que distinguir claramente. Si se trata de profesionales del tráfico mercantil, es obvio que la legislación actual no está pensada para los mismos, por lo que se parte de contratación en igualdad de condiciones y, por ende, no estarán protegidos por ninguna norma imperativa, sea europea o nacional. Otra cuestión es en el caso de consumidores.

Es cierto que la situación de desequilibrio en que se hallan los usuarios finales comporta, pues, que para los sujetos profesionales más débiles los contratos tipo de swaps se conviertan de

---

<sup>46</sup> 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. 25-26.

<sup>47</sup> 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 PIEDRAFITA, en *op. cit.*, págs. 105-106.

<sup>48</sup> 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.

hecho en contratos de adhesión, lo que ha llevado incluso a que para ellos se propongan distintas soluciones en aras a resolver la cuestión. Una primera consistiría en restringir el acceso a esos mercados a solo intervinientes suficientemente cualificados, reservando al resto, que desea especular, 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 legalmente el contrato de permuta financiera. Otra salida, para el supuesto de que no se considerase necesaria la normación del contrato, supondría dictar normas de protección de usuarios débiles con carácter general para todo tipo de contratos financieros, aprovechando normas sectoriales de protección de usuarios o consumidores en general. Es solución descartable, toda vez que la moderna legislación tuteladora de derechos se hace de forma exclusiva para consumidores y usuarios, por los que los sujetos profesionales quedan al margen de su regulación, además que por coherencia legislativa sería difícil establecer normas imperativas para intervinientes en un mercado en el que viene predominando la autonomía de las partes.

Por tanto, desde el punto de vista profesional hay que concluir que es muy difícil, por no decir imposible, establecer normas que tutelen los intereses de los sujetos intervinientes en el tráfico, ya que la autonomía de pactos y el carácter internacionalizado de las relaciones no favorecen una regulación de este tipo.

En lo que se refiere al ámbito de usuarios finales que tengan la condición de consumidores, el asunto cambia totalmente. La transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores<sup>49</sup>, ha tenido lugar en nuestro país mediante la promulgación de la Ley 7/98, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación (LCGC), y cuyo propósito general se intenta explicitar de forma confusa en la Exposición de Motivos<sup>50</sup>. Aunque la finalidad 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 recoge 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 Usuarios<sup>51</sup>. Después, mediante el Real Decreto

---

<sup>49</sup> Sobre esta Directiva y en relación con el tema que nos ocupa sobre la protección del cliente bancario, puede verse específicamente: 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.

<sup>50</sup> 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).

<sup>51</sup> La transposición de la Directiva en nuestro ordenamiento jurídico se podía acometer por dos vías. La primera 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

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 particulares<sup>52</sup>.

La LCGC no regula de forma específica los aspectos de condiciones generales en el ámbito internacional, estableciendo solo algunas normas al respecto. Su artículo 31, 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 éste 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 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 1980<sup>53</sup>.

En la materia relativa a permutas financieras, quedarán excluidos de la Ley analizada 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. 41, párrafo segundo, en concordancia con el Considerando 101 de la Directiva 93/13/CEE), exclusiones que se refieren no sólo a las condiciones generales, sino a la cláusulas abusivas reguladas en la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios<sup>54</sup>, que la propia Ley 13/98 modificó<sup>55</sup>.

Dentro de las limitaciones que para la protección internacional del adherente se encuentra en la Ley 7/98 de Condiciones Generales de Contratación, ha de significarse que, en

---

ecléctica, ya que aprovechando dicha transposición ha promulgado la Ley General de Condiciones de Contratación, y ha modificado el marco jurídico preexistente de protección al consumidor (J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de contratación*, Madrid, 1991, pp. 503-504).

<sup>52</sup> Véase VEGA VEGA, J.A., "Condiciones generales en la contratación electrónica", en *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 101 (febrero 2009), págs. 33 ss.

<sup>53</sup> Ratificado por nuestro país por Instrumento de 7 de mayo de 1993 (B.O.E. de 19 de julio de 1993).

<sup>54</sup> La anterior Ley hoy, como sabemos, se encuentra refundida en el Texto 1/2007, de 16 de noviembre

<sup>55</sup> Véase Apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley 7/98, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación.

principio, el criterio seguido en el artículo 21 de referida disposición 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 financiera que incluyeran cláusulas que comporten condiciones generales<sup>56</sup>, siendo de aplicación todo lo previsto en la LGCC sobre régimen y requisitos de incorporación de condiciones generales (arts. 51 y 71), nulidad (art. 81.1), 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 éste último siempre será la persona que esté interesada en obtener la nulidad de las cláusulas de condiciones generales.<sup>57</sup>

Comentario aparte merece lo relativo a la nulidad de las condiciones generales que sean abusivas, dado que el ordinal 2 del artículo 81 de la LCGC se refiere exclusivamente a los contratos celebrados con un consumidor. Ello supone que, de una interpretación literal del precepto, quedan 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 generales<sup>58</sup>. Y es palmario que, en el supuesto de intervención en este tipo de contratos de un pequeño profesional, que no tenga la condición de consumidor, 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 Privado<sup>59</sup>, y las que hemos comentado adolecen de

---

<sup>56</sup> Hay que señalar que el núm. 3 del artículo 21 -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, 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), Ed. Marcial Pons, 1999, pág. 80).

<sup>57</sup> 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 TCE), 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 PIEDRAFITA, C., *op. cit.*, págs. 170-174).

<sup>58</sup> 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*, año 71, núm. 630 (septiembre-octubre 1995), pág. 1533.

<sup>59</sup> Véase a tal respecto: GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Condiciones

manquedad y se refieren a aspectos muy concretos, por lo que cabe considerar si es necesario 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 artículo 3.3 del Convenio de Roma sobre Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales.

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 público<sup>60</sup>. 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 misma<sup>61</sup>.

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 consumidores<sup>62</sup>.

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

---

generales en la contratación internacional", en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLIV, 2 (1992), pág. 751.

<sup>60</sup> 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.

<sup>61</sup> 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.

<sup>62</sup> 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.



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) incluye en el tenor de consumidor a toda persona, física o jurídica, que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> Véase sobre la noción de consumidor en nuestro ordenamiento jurídico VEGA VEGA, J.A., *Derecho Mercantil Electrónico*, Ed. Reus, Madrid, 2015, págs.