



Universidad
Carlos III de Madrid

 **e-Archivo**
Repositorio Institucional

ESTUDIOS SOBRE EL FUTURO CÓDIGO MERCANTIL

Libro homenaje al profesor

Rafael Illescas Ortiz



Vega Vega, José Antonio. La regulación de la permuta comercial (barter) en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1928-1944. ISBN 978-84-89315-79-2.
<http://hdl.handle.net/10016/20994>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

LA REGULACIÓN DE LA PERMUTA COMERCIAL (*BARTER*) EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DEL CÓDIGO MERCANTIL

JOSÉ ANTONIO VEGA VEGA *

Resumen

Los viejos institucionalismos, cuando se desenvuelven en una única línea argumental y metodológica, acaban cayendo en el inmovilismo. De ahí que se necesiten enfoques heterodoxos para dar solución a los conflictos nacidos en el moderno tráfico económico. Este es el caso de la permuta comercial o *barter*, que forma parte del denominado comercio de compensación y que se presenta como una antigua institución jurídica con nuevas estructuras y contenidos para dar cobertura a un comercio bilateral caracterizado por el intercambio recíproco de cosas, derechos o servicios sin apenas intervención de valores monetarios.

La tipificación de los nuevos contratos de permutas mercantiles permitiría resolver legalmente muchas cuestiones y, al mismo tiempo, contribuiría a dar mayor modernidad al futuro Código Mercantil. Sin embargo, el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil no va por este camino. La fórmula utilizada para delimitar el ámbito de la permuta mercantil es demasiado conservadora y no sirve para abarcar nuevos contratos ligados al intercambio de bienes, derechos y servicios que han surgido en el mercado.

Contenido

1. Consideraciones previas. – 2. Delimitación conceptual. – 3. *Lege data*: diferenciación con la permuta tradicional. – 3.1. Diferencia por el objeto. – 3.2. Diferencia por la causa. – 4. *Lege ferenda*: la regulación legal de la permuta comercial. – 4.1. Introducción. – 4.2. La mercantilidad de la permuta comercial. – 4.3. La propuesta del anteproyecto de código mercantil. – 5. Conclusión: tratamiento tipológico de la permuta comercial.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La incidencia teórica y práctica del contrato de permuta tradicional ha sido mínima en Derecho mercantil, dado que la permuta es un exponente de una economía primitiva en la que el dinero no desempeña una función de instrumento de cambio. La permuta, como institución clásica, después de cumplir su ciclo histórico, se convirtió en un instituto obsoleto. Sin embargo, de manera paradójica, los reajustes de la actividad económica en periodos de crisis han permitido recuperar esta operación, si bien revestida ahora de nuevas fórmulas que le dotan de una dimensión argumental más

* Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Extremadura.

práctica y que se extiende a otros contenidos mejor conectados con las necesidades de las empresas y la demanda del mercado.

Las convulsiones económicas y las crisis financieras producen importantes reajustes en el comercio de ahí que en el campo de las transacciones comerciales, sobre todo en periodos de incertidumbre económica, las empresas estén interesadas en alcanzar la máxima eficiencia para optimizar sus resultados¹. Si a ello añadimos que los avances tecnológicos y económicos están modificando de forma radical los principios sobre los que se articula el intercambio de bienes y servicios, es fácil deducir los profundos cambios que se producen en la actividad comercial.

Las transformaciones económicas obligan a los operadores del mercado, en aras a buscar mejores resultados, a procurarse una estrategia innovadora para mejorar la capacidad emprendedora y competitiva de las empresas².

Pero la innovación, desde el punto de vista del tráfico económico, en multitud de ocasiones necesita cobertura jurídica. Con el paso del tiempo, la norma jurídica –la norma siempre va a la zaga de los conflictos surgidos en el mercado– otorga carta de naturaleza a instituciones que nacen al socaire de prácticas nacidas por el uso profesional y, de esta forma, regula institutos que afloran en el ordenamiento jurídico al socaire de las necesidades económicas y financieras subyacentes.

Consecuencia de todo ello es que en el moderno tráfico económico han surgidos nuevas instituciones ligadas al comercio de compensación o *countertrade* que han modificado la importancia e incidencia económica del intercambio recíproco de bienes y servicios³. Análogos fundamentos son aducibles para explicar el nacimiento de otra institución siamesa de la permuta comercial, cual es la permuta financiera, que nace igualmente al amparo del desarrollo de múltiples técnicas operativas instrumentadas en el curso de la concertación de contratos financieros⁴.

El *countertrade* es un instituto jurídico complejo que abarca un conjunto de prácticas comerciales en las que una parte, o a veces la totalidad, del pago de la contraprestación se realiza con bienes o servicios⁵. Dentro del comercio de compensación suele incluirse la denominada permuta comercial o *barter*⁶.

¹ No debemos olvidar que las instituciones son las reglas de juego que rigen el comportamiento de los sujetos, a los que proporcionan la estructura de incentivos para incidir sobre los costes de transacción en el ámbito económico. Cfr. CARLOS ARIAS, X. y CABALLERO, G., “El retorno de las instituciones y la teoría de la política económica”, en VV.AA., *La política económica en tiempos de incertidumbre* (Editores M. Esteban y F. Serrano), Ed. Netbiblo, A Coruña, 2006, pág. 6.

² *Videri* MARTÍNEZ ROMÁN, J.A., *Análisis y modelización del comportamiento innovador de las empresas*, CES, Sevilla, 2010, pp. 23 y 123.

³ Cfr. CARDONE, C., “Análisis de la práctica del comercio de compensación en España”, *Información Comercial Española*, nº 729, mayo 1994, pp. 109-124.

⁴ Aunque en algunos supuestos tiene caracteres parecidos a la permuta comercial en cuanto a su naturaleza jurídica, soslayamos en este estudio el problema de la permuta financiera para no hacer más compleja a cuestión, sobre todo si tenemos en cuenta que algunas operaciones de permuta financiera suelen trascender a la mera finalidad compensatoria para llegar a resultados meramente especulativos, lo que escapa del cometido del presente trabajo. En todo caso, para el estudioso interesado en profundizar sobre el tema, puede consultar nuestra obra: VEGA VEGA, J.A., *El contrato de permuta financiera (Swat)*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, páginas 41 a 85, sobre concepto y naturaleza jurídica.

⁵ El crecimiento del comercio recíproco radica en que se ha convertido en un instrumento de apoyo para afrontar problemas económicos en periodos de depresión o crisis financieras. Sin embargo, el sistema

El comercio de compensación no puede catalogarse como una simple vuelta al trueque de mercancías, sino que es una fórmula comercial más compleja y sofisticada que permite incrementar el comercio en periodos de crisis, exportar a países carentes de disponibilidad de divisas y abrir nuevos mercados, convirtiéndose en una nueva forma de gestión del comercio doméstico e internacional⁷. Además, es importante tener en cuenta que, a través de instituciones como la permuta comercial, puede extenderse el objeto contractual a otras contraprestaciones, como los servicios, que siempre han quedado excluidos del objeto de la permuta clásica.

En el tráfico jurídico moderno, la recuperación de instituciones clásicas no significa que no pueda enriquecerse el ordenamiento jurídico con nuevas o renovadas figuras que puedan solventar la deficiente regulación legal de los conflictos de intereses surgidos en el mercado⁸. Por ende, no existe ningún obstáculo para pensar que institutos antiguos no puedan tener proyección en la moderna economía. Ahora bien, la asimetría y contradicción de respuestas que se vienen dando exigen una profunda reconsideración de los antiguos conceptos en orden a configurar una estructura de nuevas figuras jurídicas que aporten soluciones eficientes en un modelo económico y financiero cambiante⁹.

multilateral de pagos e intercambios, como fundamento del comercio eficiente, ha sido tradicionalmente defendido, tanto política como institucionalmente, por los organismos internacionales y los países más desarrollados. La importancia e incidencia del comercio de compensación o recíproco puede verse en BONET MONER, B., "Intercambio y Barter, auge de una forma de comercio internacional", en *Countertrade y Barter*, Editorial Instituto de Empresa, Madrid, 1983, pp. 15-18; PRINGLE, R. (ed.): *Countertrade in the World Economy*, Group of Thirty, New York, 1985, pp. 14 ss.; WALLER, R.L., *The Principles of Countertrade*, Boston University, Boston, 1986, pp. 38-42; POUTEAUX, A., "The Legal Implications of Countertrade", *Countertrade and Barter*, n° 23, diciembre 1988-enero 1989, pp. 44-48.

⁶ Para un mayor detalle de la naturaleza jurídica del *barter* puede verse nuestra obra: VEGA VEGA, J.A., *El contrato de permuta comercial (Barter)*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 67 ss.

⁷ Cfr. SHI, S., "Money and Prices: A Model of Search and Bargaining", *Journal of Economic Theory*, n° 67, 1995, pp. 467-496.

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

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

2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Uno de los aspectos que puede aportarnos ciertas precisiones al analizar una categoría jurídica es el meramente terminológico. La voz *barter*¹⁰, de origen anglosajón, se viene utilizando con carácter general en todos los países y no solamente en los de habla inglesa¹¹. En España, quizá con el designio de huir de la colonización lingüística, la figura del *barter* se viene traduciendo por "permuta comercial".

El término *barter* sirve para rotular operaciones comerciales de distinta naturaleza, y no siempre con igual significado, de ahí que tengamos que partir de la advertencia de que delimitar el concepto de permuta comercial presenta, *in limine*, ciertas dificultades, dado el carácter polisémico de su significado. No obstante, debemos entender que el término se refiere tanto a la permuta de cosa por cosa como a otras operaciones más complejas en las que las partes pueden intercambiarse bienes o mercancías por servicios, incluyendo la posibilidad de intermediar con otros medios de compensación en virtud de criterios previamente pactados¹². Hay que advertir, empero, que la finalidad y el alcance de estas operaciones no son exclusivamente el trueque de bienes, tal como veremos más adelante. El contrato de permuta comercial ofrece una estructura compleja que con frecuencia suele desarrollarse en dos fases: de un lado, el contrato marco regulador de las relaciones futuras y, de otro, el propio contrato por el que se concretan los intercambios de bienes, derechos, servicios o unidades crediticias que han sido determinados con carácter general en el contrato marco. Es usual que en el acuerdo también aparezca involucrada una empresa de *barter* (*corporate barter company*) como intermediaria, que coadyuva a la consecución de los objetivos perseguidos por las contrapartes¹³. Además, en la operación suelen superponerse otros contratos, como préstamos o créditos¹⁴, avales, seguros, etc., que permiten al contrato principal operar como un negocio jurídico conexo.

¹⁰ La palabra *barter* es polisémica en lengua inglesa. En su sentido gramatical, según el Diccionario de Definiciones English Collins puede tener varios significados: 1º) Como verbo transitivo: To trade (goods, services, etc.) in exchange for other goods, services, etc., rather than for money. 2º) Como verbo intransitivo: to haggle over the terms of such an exchange; bargain (an agreement or contract establishing what each party will give, receive, or perform in a transaction between them). 3º) Como sustantivo, trade by the exchange of goods. Sobre su concepción semántica puede verse HART, K., "Barter", en *New Palgrave: A Dictionary of Economics*, Ed. Macmillan Press, London y Basingstoke, 1987, pp. 33 ss.

¹¹ El *Law & West's Commercial Dictionary, in five languages* (Ed. West Publishing Company, St. Paul, Minnesota, USA) traduce la expresión *barter* como permuta o trueque. En Francia el término asumido es *troc*, de análogo significado al español. En Alemania a nivel comercial suele utilizarse el término *Barter*, en lugar de *Tauschhandel*. Lo mismo ocurre en Italia con los términos de *baratto* y *permuta*, que son reemplazados por *barter*. En idioma portugués la conclusión es la misma, se utiliza *barter*, que genéricamente se entiende como *comercio de permuta*.

¹² Sobre la confusión y equivalencia semántica en el orden internacional entre el *barter* y el comercio del compensación en general o *countertrade*, puede verse LOCHNER, S.C., "Guide to Countertrade and International Barter", *International Law*, Vol. 19, 1985, pág. 726.

¹³ Cfr. ROSS, D., "Accounting for Treasury Hedging Activities", *Accountancy*, enero 1991, pp. 94-95.

¹⁴ Véase STEIMBERG, J., "Accounting for transactions involving barter credits", en *The CPA Journal*, nº 1, julio 1999, pp. 2 ss.; CARLIN, W., FRIES, S., SCHAFFER, M. y SEABRIGHT, P., "Barter and Non-Monetary Transactions in Transition Economies: Evidence from a Cross-Country Survey", *Centre for Economic Reform and Transformation*, Heriot-Watt University, Riccarton, Edimburgh, núm 4 (marzo 2000, pp. 1-20).

El *barter* o permuta comercial es, en todo caso, el instrumento más común del comercio de compensación. Se perfila como un sistema de intercambio empresarial¹⁵, bilateral o multilateral, de bienes y servicios practicado por empresas y profesionales. El *barter* consiste, en su significado más simple, en operaciones transaccionales dirigidas al intercambio de activos entre dos o más partes sin uso de valores monetarios¹⁶, y que suele utilizarse por empresas con ánimo de obtener un mutuo beneficio con las contraprestaciones. Además, la permuta comercial ofrece soluciones creativas que ayudan a las empresas a abrirse nuevos mercados y a obtener beneficios financieros y económicos¹⁷.

Por otra parte, en países desarrollados, la aparición de un sector empresarial profesionalizado en la intermediación de permutas comerciales ha hecho surgir una especie monetaria propia que actúa como unidad de cambio, conocida como unidades *barter*, que se utilizan con efectos compensatorios y transaccionales, esto es, para facilitar los intercambios de bienes y servicios de forma bilateral (*barter* directo) o multilateral (*barter* indirecto)¹⁸.

Delimitadas las líneas que perfilan las operaciones de *barter* y sin ánimo de ser exhaustivos en la exposición, podemos apuntar un concepto general de permuta comercial, comprensivo de las distintas modalidades que ofrece, diciendo que en su sentido más simple es un contrato principal de contraprestaciones de bienes o servicios sin intercambios monetarios o, a lo sumo, con la utilización de activos monetarios o unidades especiales a los meros efectos compensatorios. En definitiva, desde el punto de vista contractual es un acuerdo por el que las partes se comprometen a proporcionarse recíprocamente bienes, derechos o servicios mediante compensaciones pactadas o bien fijando las bases sobre los que serán liquidadas las cuentas de compensación o cuentas

¹⁵ El *barter* doméstico o practicado por particulares, esto es, no profesional es una permuta simple de cosas, y no la integramos en este concepto, pues su estructura encaja perfectamente en la permuta civil. Si el intercambio es de cosas muebles con ánimo de revenderlas y obtener un beneficio se encuadraría en la permuta mercantil (art. 346 CCom), que como propuesta de *lege ferenda* la consideramos también como una especie de permuta ligada al sector profesional.

¹⁶ En términos anglosajones, y para referirse exclusivamente a la permuta comercial de estructura más simple, se dice que *Barter is an act of trading goods and services between two or more parties without the use of money*. HAMMOND, G.T., *Countertrade, Offsets And Barter In International Political Economy*, Ed. Pinter Publishers, London, 1990, pág. 8, por su parte entiende que: "Simple barter is a one-time only exchange of goods or services of equivalent value specified in one contract without the use of currencies."

¹⁷ La transición desde el intercambio de mercancías a dinero fiduciario por existir otras posibles compensaciones como las unidades *barter*, puede estudiarse en RITTER, J.A., "The transition from Barter to Fiat Money", en *The American Economic Review*, Vol. 85, nº 1, marzo 1995, pp. 134-149.

¹⁸ Las unidades *barter* pueden ir referenciadas en divisas o en otros valores. Las más comunes se expresan en dólares, y reciben el nombre de "barter dollars" o "trade dollars". Estas unidades sirven para determinar el valor de las contraprestaciones y para establecer garantías. Facilitan el intercambio de mercancías y a efectos fiscales y contables sirven para determinar el valor de inmovilizados o las bases imponibles de las transacciones. Cfr. GURIEV, S. y KVASSOV, D., "Barter for price discrimination", *Internacional Journal of Industrial Organization*, nº 22, 2004, pp. 329-350. STRATHERN, M., "Qualified value: the perspective of gift exchange", en *Barter exchange and value* (Editores: C. Humphrey y S. Hugh-Jones), Cambridge University Press, Cambridge, 119, pp. 169-191.

*clearing*¹⁹. Estos acuerdos en ocasiones se yuxtaponen a otros contratos accesorios de naturaleza compensatoria o conexas.

Con estos presupuestos podemos concluir que, desde el punto de vista jurídico, la permuta comercial es un contrato mercantil²⁰, atípico, principal, en virtud del cual dos partes se obligan a transferirse recíprocamente bienes o a prestarse servicios, de forma directa o indirecta, con efectos compensatorios²¹.

Ante esta formulación conceptual un tanto lata se impone hacer varias puntualizaciones para una mejor comprensión. La primera, aclarar que en el término de bienes debe entenderse comprendidos todo tipo de activos, como cosas o derechos e incluso las unidades *barter* que, en definitiva, no dejan de ser un derecho de crédito exigible a su emisor. La segunda, resaltar que el concepto enunciado puede entenderse como una clase de permuta especial, diferenciada de la permuta mercantil clásica, en la que, como es lógico, no se consideran incluidas las operaciones accesorias a los *barters*, como intermediaciones, avales, etc., dado que, aunque afines y conexos, son contratos independientes, al no pertenecer a la categoría de contratos de comercio de compensación o *countertrade*. La tercera, dejar patente que la ausencia de regulación sustantiva del contrato, aunque tenga una tipología social impuesta por el uso mercantil, determina que el objeto y categorías, que pueden ser muy variadas, deberán quedar

¹⁹ Las permutas comerciales, es decir, la posición que cada parte tiene en el contrato pueden ser negociadas. En este caso si no se negocian en mercados regulados se trataría de operaciones OTC (*over the counter*) o "a medida". Ello implica una relación directa entre las dos partes contratantes, sin que existe ninguna entidad u órgano que se interponga jurídicamente entre ambas, a diferencia de los mercados organizados en que existe un órgano denominado cámara de compensación (*clearing house*) o sociedad rectora que se subroga jurídicamente entre las partes contratantes. Cfr. LAMOTHE, P., SOLER, J.A. y LEBER, M., "Sistemas de medición de medición y control de riesgo de tipo de interés para tesorías de entidades financieras", en *Crédito Corporativo*, nº 73, 1995, pág. 25.

²⁰ Las demás características del *barter* son semejantes a la simple permuta o permuta clásica. Así, este contrato es consensual, bilateral, oneroso, conmutativo y traslativo de dominio. La intervención de dinero tiene efectos compensatorios, equivalentes a lo establecido en el artículo 1446 CC. En un principio el contrato se calificó de naturaleza real, hoy la doctrina ha evolucionado hasta considerar que participa de naturaleza obligacional. Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Derecho Civil*, T. IV, Madrid, 1910, pp. 661.

²¹ La permuta comercial tiene referencia normativa en el Nuevo Plan General de Contabilidad. A tenor de las disposiciones contables, una permuta se considera comercial cuando el intercambio que se produce se refiere a bienes de naturaleza, uso y características diferentes, es decir, cuando los flujos de caja generados por ambos activos, el bien entregado y el que se recibe, son distintos. La valoración del activo recibido deberá ser igual al valor del activo entregado, más las contrapartidas monetarias entregadas a cambio, o, en su caso, del valor de mercado de este último. Las diferencias de valoración que pudieran surgir al dar de baja el elemento entregado a cambio se reconocerán en la cuenta de pérdidas y ganancias, como pérdidas o ganancias, lo cual también tendrá su reflejo fiscal. A través de estas premisas, podemos concluir que se considerará que una permuta tiene carácter comercial si se cumple alguno de estos dos presupuestos: a) La configuración (riesgo, calendario e importe) de los flujos de efectivo del inmovilizado que se recibe difiere de la configuración de los flujos de efectivo del activo entregado; o b) cuando el valor actual de los flujos de efectivo después de impuestos de las actividades de la empresa afectadas por la permuta, se ve modificado como consecuencia de la operación. Además, es necesario que cualquiera de las diferencias surgidas por los anteriores presupuestos resulte significativa al compararla con el valor razonable de los activos intercambiados.

Por el contrario, la permuta no comercial se produce cuando los bienes permutados son de igual naturaleza y características, y, por ende, resultan equiparables los flujos generados de efectivo por ambos, incluyéndose la contrapartida monetaria si procede o por el valor real (mercado) del activo recibido, si es inferior. No se registran resultados positivos ni negativos, lo que, desde el punto de vista fiscal, se traduce en que no se generan beneficios ni pérdidas.

Un análisis más detallado de la cuestión puede verse *infra* Capítulo 13, epígrafe 1.3.

determinados, en función de la evolución económica y legislativa, por la norma jurídica, que, en todo caso, caracterizaría y precisaría los perfiles del instituto mediante la tipificación legal²².

3. *LEGE DATA*: DIFERENCIACIÓN CON LA PERMUTA TRADICIONAL

La permuta clásica es un contrato traslativo de dominio, al igual que la compraventa, diferenciándose ambas en la idea básica de que en el contrato de permuta el cambio está referido exclusivamente a una cosa por otra, ambas distintas de numerario, o que en el caso de intervenir dinero lo es para igualar el valor de las cosas que las partes se transfieren recíprocamente.

La permuta comercial o *barter*, por su parte, tiene un objeto y una causa propia, de ahí que sea un contrato principal y, a nuestro modo de ver, especial en relación con la simple permuta o permuta clásica. El *barter* no es, en esencia, un contrato exclusivo de cambio o traslativo de dominio; no se trata solamente de intercambiar bienes, comporta otra serie de fines y alcances, además de tener el elemento añadido de la función financiera por la presencia de unidades compensatorias, de ahí que no tenga la misma naturaleza jurídica que la permuta tradicional y que se diferencie de esta tanto por el objeto como por la causa.

3.1. Diferencia por el objeto

El contrato de permuta clásica es un negocio jurídico del tipo *do ut des* (cambio de cosa por cosa), mientras que la permuta comercial es un contrato independiente y autónomo en el que también caben situaciones de *do ut facias*, o cambio de cosa por servicio (por ej., vehículos por derechos de estacionamiento, uso de local a cambio de publicidad estática), de *facio ut facias*, prestación de servicio por prestación de servicio (v. gr.: asesoramiento económico por asistencia técnica), o incluso de *do vel facio ut non facias vel non des*, dar o hacer algo para que la otra parte observe un conducta negativa (cesión de derechos de explotación de una marca a cambio de no ejecutar una sentencia). También podría plantearse la hipótesis de que la contraprestación consistiera en un contrato de obra (creación de una obra de la inteligencia a cambio del asesoramiento artístico), con lo que podrían incluso albergarse dentro del contenido de la permuta comercial las prestaciones propias del contrato de empresa²³. Recordemos también que modalidades especiales como el *barter* publicitario están alcanzando cierto auge en el

²² Las cuestiones sobre política legislativa en lo atinente a la necesidad de regulación y su tipificación, se expondrán más abajo en el apartado 5 que trata sobre la posible normación de la permuta comercial.

²³ Un caso bastante extendido que pudiera plantear dudas es el *barter* publicitario, en el cual, a cambio de una obra publicitaria se ponen a disposición espacios de publicidad en un medio. En este supuesto cabe la duda de si la contraprestación es de un producto terminado y, por tanto, lo que se permuta es una cosa, o si la prestación consiste en la ejecución de una obra. Estas cuestiones pueden verse en nuestra obra VEGA VEGA, J.A., *El contrato de Permuta Comercial (Barter)*, cit., pp. 190-194.

tráfico moderno, con formas complejas de intercambios de cosas, derechos o servicios²⁴.

Es cierto que el concepto de la permuta clásica no ha sido pacífico en nuestra doctrina, de ahí que sea difícil encontrar un concepto unitario o una regulación uniforme de este instituto²⁵. Las controversias sobre la naturaleza y el objeto del contrato de permuta clásica han sido constantes, y de ellas, la mayor discusión se centra en determinar si el objeto de este contrato se refiere exclusivamente a cosas o también se comprenden en su tenor los derechos (en referencia principal a derechos de créditos). La doctrina española ha seguido en este extremo a la italiana, entendiendo que el concepto de cosa se emplea en sentido amplio, como sinónimo de bien jurídico, incluyendo a los derechos²⁶. Así, algunos autores llegan a afirmar que en la permuta se cambian derechos: los derechos de propiedad inherentes a las cosas permutadas²⁷. En tanto que otros, llevando esta teoría a sus últimas consecuencias, afirman que lo que se permutan son las titularidades de los derechos de propiedad sobre las cosas²⁸.

La doctrina jurisprudencial no ha seguido estas teorías, manteniéndose en la línea clásica de considerar que, por definición legal, el objeto de la permuta se refiere a cosas, si bien es cierto que en algún fallo nuestro Tribunal Supremo ha mantenido alguna posición discrepante²⁹.

Si ampliamos el objeto de la permuta a los derechos, tendríamos que admitir que la permuta tradicional incluye el intercambio de derechos de crédito. En este caso las sumas monetarias transferidas no serían el objeto del contrato, sino que el objeto estaría conformado por los derechos de crédito, que -como sabemos- incorporan la facultad de exigir pagos recíprocos en los que se concreta el cumplimiento del contrato. Esta construcción, como es obvio, resulta artificiosa y significaría buscar una interpretación difícil y sinuosa en relación con el sentido natural del actual derecho positivo, pues para admitir la posibilidad de permuta dineraria (dada la contraposición conceptual entre compraventa y permuta existente en nuestro Código Civil) habría que afirmar que en la

²⁴ La permuta publicitaria presenta varias categorías. En algunos casos tiene por objeto compensar la exhibición de mensajes publicitarios mediante la entrega de bienes o servicios, que pueden ser de distinta naturaleza, pero lo más frecuente es que se trate de productos creados por la empresa anunciante (obras audiovisuales o cinematográficas para su exhibición en televisión o cines). Otra modalidad de *barter* es el llamado *pure advertising barter*, que representa un mero intercambio de espacios publicitarios por espacios publicitarios en distintos medios de difusión o comunicación (por ejemplo, publicidad en televisión por publicidad en prensa escrita o radiofónica). Para un mayor detalle, puede verse VEGA VEGA, J.A., *El contrato de permuta comercial (Barter)*, cit., pp. 193-195.

²⁵ MERINO HERNÁNDEZ, J.L., *El contrato de permuta*, Ed. Tecnos, Madrid, 1978, pp. 23-24.

²⁶ Así, el artículo 1552 del *Codice Civile* italiano dispone que “La permuta es un contrato que tiene por objeto la recíproca transferencia de la propiedad de cosas, o de otros derechos, por parte de cada contratante al respecto”.

²⁷ Defiende esta opinión MELÓN INFANTE, F., “El contrato de permuta en el Código civil”, *Revista de Derecho Privado*, tomo 45, 1961, pág. 709.

²⁸ Es de esta opinión MERINO HERNÁNDEZ, J.L., *El contrato de permuta*, cit., pág. 45.

²⁹ La STS de 6 de mayo de 1974 mantuvo un criterio amplio de permuta con fundamento en la libertad de pacto consagrada en el artículo 1255 del CC. Por su parte, la STS de 31 de octubre de 1986 califica el contrato de cambio de solar por pisos y locales como contrato atípico *do ut des*, sin por ende encuadrarlo en de ningún tipo legal, línea jurisprudencial seguida después, como por ejemplo en la STS de 3 de noviembre de 2009 [RJ 2009,5830].

simple permuta no se intercambian pagos (créditos o activos), sino los medios de pago: se cambiarían los medios de obtener contraprestaciones.

A mayor abundamiento, el Código Civil no alberga el intercambio de créditos dentro de la sistemática del contrato de permuta. Su regulación (título IV, capítulo VII, arts. 1526-1536 CC) queda encuadrada bajo la normativa del contrato de compraventa; esto es, se configura la cesión del crédito como una transmisión de este activo a cambio de dinero. En los preceptos reguladores el texto legal habla de comprador y vendedor del crédito, con la idea de que, en esta institución, no se equipara el crédito con la cosa a la que se refiere el contrato de permuta³⁰.

Una posible solución a la cuestión planteada también podría fundarse en la idea de un intercambio de obligaciones en vez de derechos de crédito. Pero en el ámbito jurídico ha de destacarse que las deudas no son un bien jurídico, sino un gravamen patrimonial, por lo que con tal afirmación difícilmente podría sostenerse que se respetaría el esquema del intercambio de una cosa por otra, propia de los contratos traslativos de dominio, como es la permuta³¹.

En consecuencia, la permuta comercial, *prima facie*, se diferencia de la permuta clásica por el objeto. En el contrato de permuta lo esencial es el cambio de una cosa por otra (art. 1538 CC). Y si bien en nuestro sistema jurídico el dinero pertenece al género de cosa o bien, sin embargo, lo relevante del contrato de permuta tradicional es que las cosas a intercambiar son distintas de numerario o divisas, y aunque puede intervenir dinero en la permuta, por mor de aplicación del artículo 1446 del Código Civil, si media numerario, el valor de la cosa debe exceder al de aquél³², ya que, aunque se prevé en el mismo artículo la posibilidad de calificar el negocio jurídico según la intención de las partes, la mera referencia de los sujetos a la voluntad de celebrar el contrato de permuta, no supone su calificación como tal, porque, como ha venido manteniendo la doctrina, una cosa es la denominación y otra la calificación jurídica. En suma, de una exégesis de los artículos 1446 y 1538 del Código Civil podemos colegir que en el contrato de permuta se contraponen los conceptos de cosa y dinero, debiendo entender que en el primer vocablo no se incluye numerario³³.

³⁰ La problemática que plantea una permuta de créditos puede verse en nuestra obra sobre *El contrato de permuta comercial (Barter)*, cit., págs 174-178.

³¹ Cfr. ROSELL I PIEDRAFITA, C., *Aspectos jurídicos del contrato internacional de SWAP*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 211-212.

³² Cfr. LASARTE, C., *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, Ed. Tecnos, 12ª ed., Madrid, 2008, pp. 293-294.

³³ CANO RICO, J.R., *Manual práctico de contratación mercantil*, T. II, "Contratos bancarios, financieros y sobre títulos-valores", 4ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pág. 375, argumenta que "el artículo 333 del Código Civil no permite definir el concepto de cosa en sentido extensivo y no parece que pueden encuadrarse en el mismo las obligaciones o débitos que uno contrae". Con análogos argumentos se rechaza la calificación como permuta por otros autores, entre los que cabe citar: COSTA RAN, L., "El contrato de permuta financiera ("Swap Agreement")", en *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 1, 1990, pp. 63 a 66; DÍAZ RUIZ, E.: *op. cit.*, pp. 734 y 757-758; ROSELL I PIEDRAFITA, C., *Aspectos jurídicos del contrato internacional de SWAP*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 205-212; VALPUERTA GASTAMINZA, E.M., "Las operaciones de swaps", en la obra colectiva *Contratos internacionales* (Coord. por P. Blanco-Morales), Ed. Tecnos, 1997, pp. 1058-1059. En la misma línea de opinión, puede verse para otros ordenamientos jurídicos: BOULART, P.A. y CHABERT, P.Y., *Les swaps: Technique contractuelle et régime juridique*, Ed. Masson, Paris, 1992, pág. 67; GORIS, P., *The legal aspect of swaps*, Ed. Graham & Trotman, London,

El actual artículo 346 CCom no aporta ninguna precisión técnica relativa al objeto o contenido del contrato de permuta mercantil, habiéndose construido su concepto en base a la doctrina jurisprudencial y de los autores.

3.2. Diferencia por la causa

En el contrato de simple permuta o permuta clásica, la causa es la transmisión de una cosa a cambio de otra o trueque de derechos de propiedad³⁴, lo que en la permuta mercantil viene determinado por la función de cambio de cosas muebles para revenderlas con ánimo de lucrarse en la reventa (arts. 325 y 346 del CCO). En la permuta comercial la causa alcanza otro significado.

La causa jurídica de la permuta clásica o tradicional es el cambio; es un contrato traslativo de dominio sobre cosas. En la permuta comercial la función práctico-social no es el mero cambio de bienes, derechos o servicios, debido a operaciones activas y pasivas. La causa jurídica de las permutas comerciales está fundamentada en el compromiso de hacerse intercambios de bienes con compensaciones recíprocas de servicios o prestaciones diversas para cubrir necesidades de la empresa o alcanzar resultados lucrativos. En suma, la función práctico-social de la permuta comercial de índole mercantil se fundamenta en la intención de intercambiar cosas, derechos y en la prestación de servicios para alcanzar fines propios de la empresa.

La causa del *barter* excede de la cobertura o el ámbito que nuestros códigos civil y de comercio contemplan en el concepto legal de permuta. Por ende, la función económico-social en ambos contratos no es coincidente³⁵.

4. *LEGE FERENDA*: LA REGULACIÓN LEGAL DE LA PERMUTA COMERCIAL

4.1. Introducción

La permuta comercial puede catalogarse de contrato autónomo y principal con causa única, por lo que tiene sustantividad propia. Y aunque pueda tener ciertas semejanzas aparentes con otros contratos tradicionales, sin embargo, una vez analizada su esencia, se revela como un contrato especial que produce nexos obligacionales particulares. La función práctico-social se fundamenta en la intención de intercambiar cosas, derechos y en la prestación de servicios para alcanzar fines propios de la empresa. Pueden asumirse obligaciones de pagos de cantidades monetarias en base a contraprestaciones, pero siempre con ánimo compensatorio. Aun cuando el contrato se estructure mediante un modelo tipo que puede dar lugar a un encadenamiento de operaciones, no significa que

1994, pp. 220 ss.

³⁴ DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, II, cit., pág. 332.

³⁵ Un análisis más exhaustivo de la causa se encuentra *infra* en el Capítulo 8, epígrafe 1, de este trabajo.

se configure como un contrato complejo o mixto, sino que habrá que calificarlo como contrato único con pluralidad de objeto.

La tipificación de las permutas mercantiles en los códigos de comercio ha servido para intentar alcanzar mayor modernidad en la regulación del intercambio de cosas o bienes. En nuestro país, el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil parece que va por este camino, sin embargo, la fórmula utilizada para delimitar el ámbito de actuación es demasiado restrictiva y, a nuestro juicio, no sirve para abarcar las modernas operaciones ligadas al intercambio de bienes y servicios que han surgido en el mercado.

La permuta comercial tiene un objeto más amplio que la permuta mercantil clásica. Desde el punto de vista de la tipificación legal, como cuestión de *lege ferenda*, tal como después veremos, podemos adelantar que, sin menoscabo de otros posibles criterios más ambiciosos, podría proveerse una regulación unitaria de todas las permutas, estructurándose después, según el objeto, en diversas variedades tipológicas.

4.2. La mercantilidad de la permuta comercial

El contrato de permuta comercial es un instituto jurídico que, configurándose como una figura contractual de valor sustantivo, no viene regulado ni en la ley civil ni en la mercantil, únicamente se encuentra aludido en normas de contabilidad. Así, existen referencias a la permuta comercial en el Plan General Contable de 2007³⁶. Por su parte, la Ley 24/88, de 28 de julio, sobre Mercados de Valores, en su artículo 2.2 incluye a las permutas como instrumentos financieros negociables, si bien no llega a apellidarlas³⁷. Pero hay que entender que, si antes de la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, se aludía solamente a las permutas financieras y ahora se habla de permutas en general, cabe colegir que el legislador asume la posibilidad de que existan varias modalidades de permutas, entre ellas las comerciales, que pueden quedar comprendidas en el ámbito de la LMV incluso a los efectos de su posible negociación en un mercado secundario oficial o regulado³⁸.

³⁶ Plan General de Contabilidad, aprobado por R.D. 1514/2007, de 16 de noviembre, Segunda Parte, Normas de Registro y Valoración: 2ª Inmovilizado material. 1. Valoración inicial.

³⁷ No encontramos, por el contrario, alusión a las permutas de índole financiero en el RD 1282/2010, de 15 de octubre, por el que se regulan los mercados secundarios oficiales de futuros, opciones y otros instrumentos financieros derivados.

³⁸ El artículo 2 LMV, en sus ordinales 4 y 5, viene a establecer la negociabilidad de las posiciones asumidas por las partes en estos contratos, al precisar que quedan comprendidos en el ámbito de la Ley los siguientes instrumentos financieros: “[...] 4. *Contratos de opciones, futuros, permutas y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con materias primas que puedan liquidarse en especie, siempre que se negocien en un mercado regulado o sistema multilateral de negociación.* 5. *Contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con materias primas que puedan ser liquidados mediante entrega física no mencionados en el apartado anterior de este artículo y no destinados a fines comerciales, que presentan las características de otros instrumentos financieros derivados, teniendo en cuenta, entre otras cosas, si se liquidan a través de cámaras de compensación reconocidas o son objeto de ajustes regulares de los márgenes de garantía*”. Es patente que, aunque la norma no diferencie entre las diferentes operaciones de permuta y, por ende, no se denomine expresamente a la permuta comercial, la posibilidad de negociación en contratos subyacentes de mercancías y otros activos también puede incluir la permuta comercial o *barter*.

Surge así el problema de si, al no tener una regulación sustantiva específica, pero al estar aludido en normativa legal que establece un régimen jurídico aplicable a ciertos aspectos del mismo, el contrato de permuta comercial debe calificarse como típico o atípico. Sin entrar en el estudio de la teoría general de la tipicidad contractual, podemos afirmar, por vía de descarte, que el contrato de permuta comercial o *barter* no puede catalogarse como contrato atípico puro, ya que existen referencias legales que explicitan algún efecto de su régimen jurídico. Esta parquedad normativa sirve al menos para reconocer la licitud de su causa y para extraerlo del grupo de los contratos innominados.

Tampoco este instituto puede entenderse como un contrato unido, conexo o múltiple, habida cuenta que no se articula con la yuxtaposición o unión de varios contratos típicos diferentes entre sí en los que cada uno conserva su individualidad (aunque estén ligados por determinadas razones), sino que se conforma como un contrato único, si bien integrado por elementos que pueden resultar típicos y atípicos, pero en el que existe una única causa, propia y diferente de cualquier otro contrato.

Y es que existen ciertas figuras jurídicas no normadas que ofrecen características y modalidades resultantes de pactos peculiares de contenido uniforme para cada clase de operación, que les separan de otros contratos existentes en el ordenamiento jurídico con los que pueden tener cierta relación³⁹, y que incluso pueden ser aludidos tangencialmente por normas legales, pero que se conforman como contratos atípicos *sui generis*. Este es el caso de la permuta comercial o *barter*.

Como sabemos, el Derecho mercantil español, que no pertenece a un sistema objetivo puro, para la delimitación de la materia mercantil recurre a dos criterios complementarios: el criterio de la inclusión y el de la analogía. El *barter* viene mencionado en normas contables dictadas para los empresarios, sin estar regulado o mencionado por la ley civil o general, por lo que cumpliría este requisito para su calificación como mercantil. Pero en el supuesto de que esta referencia también suscitara sus dudas por la parquedad de la referencia, habríamos de acudir al criterio de analogía contenido en el artículo 2 del vigente Código de Comercio. Y es palmario que, a tales efectos, el contrato de permuta comercial reúne las características que han servido para calificar como mercantiles a los contratos, dado que es un acto jurídico que se realiza por el empresario, con ánimo de lucro, con el designio de contribuir a alcanzar los fines propios de la empresa que ejercita. Estos contratos, propios de los empresarios y profesionales y que sacan a la luz su estrategia innovadora, facilitan la solución de los conflictos que se presentan en el tráfico económico de compensación, de ahí deriva, en última instancia, su mercantilidad.

4.3. La propuesta del Anteproyecto de Código Mercantil

El Anteproyecto de Ley del Código Mercantil marca una nueva etapa en el tráfico jurídico-económico ligado al mercado. Con su publicación, se pretende un *aggiornamento* de instituciones ya normadas y la regulación de otras que se han impuesto en los últimos tiempos en el mercado.

³⁹ Así, GARRIGUES, J., en *Contratos bancarios*, 2ª ed., Madrid, 1975, pág. 39.

Entre las materias que tradicionalmente han sido objeto de regulación legal en los códigos de comercio se encuentra la permuta mercantil. En nuestro país, el parco régimen jurídico, más bien referencia legal, no ha despejado las principales dudas que secularmente se han planteado sobre su objeto, naturaleza y contenido.

La propuesta del nuevo Código Mercantil –hay que reconocer que con un criterio poco innovador- aborda el régimen de la permuta mercantil en el libro V (“De los contratos mercantiles en particular”), título I (“De los contratos de intercambio de bienes”), capítulo IV (“De la permuta mercantil”). A tales efectos, dedica dos preceptos: el artículo 514.1, que califica de mercantil la permuta cuando cualquiera de las partes intervinientes, en el ejercicio de su propia actividad económica, se obliga a entregar un bien para recibir otro, presente o futuro, y el artículo 514-2, que en relación con su régimen jurídico, determina que, en lo que sea posible, deben aplicarse las normas del contrato de compraventa contenidas en el Código.

Fuera del marco de la permuta, en el libro V, título III, capítulo III, sección 6ª, se dedican los artículos 533-16 a 533-18 a tipificar el contrato de permuta publicitaria, al que –de conformidad con el uso social- se le denomina *bartering*. La tipificación de este contrato en la forma que lo hace el Anteproyecto, a pesar de que representa una innovación plausible, sugiere muchas críticas. Así, es de destacar, en primer lugar, la tipificación tan simple del contrato que se hace, habida cuenta que ni se concreta el contenido contractual ni se determinan las diferentes modalidades de *bartering*. Parece que lo único que le interesa al legislador es regular la titularidad de los derechos de propiedad intelectual. La sistematización del contrato también resulta fuera de lugar, ya que si se recogiesen todos los contratos de permuta en una misma sección no haría falta aludir en este apartado a su naturaleza jurídica, aunque pudiera regularse algún aspecto concreto como la titularidad de los derechos de propiedad intelectual en sus distintas modalidades.

En todo caso, como es fácil colegir, el futuro Código Mercantil, de ver la luz en estos términos, mantendría un concepto arcaico y tradicional de permuta, lejos de las modernas prácticas surgidas en el mercado. La única novedad que parece se prevé introducir en esta institución es la referencia a bienes futuros, aclaración que cabe calificar de innecesaria toda vez que este tema no había sido objeto de discusión ni doctrinal ni jurisprudencial al existir tipificada la categoría de cosa futura. Quizá el único avance conceptual lo encontramos en la delimitación de su mercantilidad, habida cuenta que la futura norma pretende aclarar que para determinar la mercantilidad de la permuta hay que acudir a un criterio mixto: se exige, de un lado, la participación en el contrato de al menos un operador del mercado, criterio profesional, y, de otro, se alude a la necesidad de que sea un bien afecto a la actividad económica de una de las partes, es decir, aplicación del criterio objetivo.

No cabe en este trabajo para hacer una crítica general de la fórmula conceptual elegida, ya que nos alejaríamos de su objeto, pero sí debemos dejar patente que, de aprobarse en estos términos el nuevo Código Mercantil, se estaría perdiendo una oportunidad de alcanzar una regulación más novedosa y moderna del instituto de la permuta mercantil, puesto que se dejaría fuera de su régimen jurídico el intercambio negocial de servicios y, además, dependiendo de la interpretación que se diera al vocablo “bien”, podría asimismo quedar fuera de su régimen jurídico la permuta de derechos.

Es patente que con la regulación que se articula en el Anteproyecto de Ley del Nuevo Código Mercantil no se da cumplida respuesta a las exigencias de las modernas operaciones de intercambios de bienes, servicios y derechos surgidas en el mercado. Un régimen más avanzado y cercano a las necesidades del tráfico económico debería también incluir en su regulación la permuta comercial y otros tipos de permutas como, por ejemplo, la permuta financiera y los contratos afines propios del comercio de compensación.

En resumen, la regulación que se propone en el nuevo Código Mercantil, además de no concretar de forma clara el objeto del instituto, no resuelve los problemas que el intercambio de cosas, derechos o servicios plantea en el tráfico moderno. En efecto, el proyectado Código propone que el objeto en la permuta se extienda a todo bien. Si interpretamos el concepto de bien en sentido amplio, esto es, como sinónimo de bien jurídico en general, podrían incluirse en su tenor las cosas y los derechos⁴⁰, opinión que, con anterioridad, no había sido acogido de forma unánime por la doctrina ni por la jurisprudencia⁴¹. Pero si partimos de un significado más restringido del término bien, es decir, como sinónimo de cosa, llegaremos a la conclusión de que el nuevo texto mercantil que se pretende publicar se aferra al concepto tradicional restringido de permuta⁴².

En todo caso, aunque defendiéramos una concepción amplia del objeto de la permuta, hay que concluir que, en el tenor que se alberga en la propuesta de Código Mercantil, no quedan incluidas dentro de su objeto las contraprestaciones de servicios, pues estos no tienen la consideración de cosas ni derechos⁴³.

⁴⁰ Recordemos que, por ejemplo, el artículo 1552 del *Codice Civile* italiano de 1942 dispone que “La permuta es un contrato que tiene por objeto la recíproca transferencia de la propiedad de cosas, o de otros derechos, por parte de cada contratante al respecto”. Del tenor literal del texto se colige que la norma italiana contempla este instituto con dos diferencias respecto del español. Una, referida a que el contrato en dicha legislación no tiene un mero contenido obligacional, sino que el objeto de la permuta es la transferencia recíproca de la propiedad de las cosas o derechos, al contrario que en Derecho español, en el que ambas partes solo se obligan a transmitirse el dominio. La segunda diferencia viene representada por el hecho de que la ley, en cuanto al objeto, alude a cosas y derechos, lo que, sin duda, le otorga un mayor radio de acción que en nuestro ordenamiento jurídico.

⁴¹ Incluso, se parte de un criterio más restrictivo del que gran parte de la doctrina científica había concretado para la permuta, al incluir los derechos en su concepto. Por su parte, la doctrina jurisprudencial, al socaire de la regulación positiva, cuando se enfrenta con una modalidad nueva de permuta, suele calificar al contrato de atípico, con prestaciones de *do ut des*. Así, la STS de 31 de octubre de 1986 (RJ 1986, 6024) califica el contrato de cambio de solar por pisos y locales como contrato atípico *do ut des*, por lo que considera que no encaja en ningún tipo legal. Por su parte, la Sentencia del TS de 29 de abril de 1991 (RJ 1991, 3105) parece equiparar dicho contrato de cambio de solar por pisos con la propia permuta, lo que supondría ampliar el criterio del objeto negocial de este contrato.

⁴² Como sabemos, no es pacífica la acepción de la palabra bien, ni en la doctrina ni en la legislación. Y, a tenor de la terminología que nos ofrece el Código Civil, también debemos concluir que es difícil precisar una caracterización concreta del concepto de cosa, ya que mentado texto legal unas veces rotula como bien a la cosa misma y al derecho sobre ella (art. 334), otras veces contrapone cosas a derechos (v. *gr.*: arts. 348 y 375), y en ocasiones los identifica (arts. 336, 347 o 1283). Algunos preceptos, por su parte, diferencian el bien del derecho (art. 659), mientras que otros hablan de bien como sinónimo de cosa (arts. 333, 346 o 659). En sentido general el bien tiene un concepto más amplio que cosa, ya que en esta última palabra no podríamos incluir los bienes extrapatrimoniales (vida, libertad, etc.).

⁴³ Cfr. MERINO HERNÁNDEZ, J.L., *El contrato de permuta*, cit., pág. 45, siguiendo la opinión, entre otros, de MELÓN INFANTE, F., “El contrato de permuta en el Código civil”, *Revista de Derecho Privado*, tomo 45, 1961, pág. 709, y AUBRY, C./RAU, C., *Cours de Droit Français*, Vol. V, Paris, 1907, pág. 255.

Hemos incidido más arriba en la idea de que la permuta comercial se diferencia de la permuta tradicional por el objeto y la causa, dado que, además de contraponerse los conceptos de cosa y dinero, no se incluyen las prestaciones de servicios. Y aun cuando admitiéramos la posibilidad de permuta de dinero, siempre sería cuando este bien no cumpliera su función de medio de pago, extremo que no ocurre en las permutas comerciales, en las que el dinero siempre puede intervenir como instrumento o medio de pago o como cumplimiento de las obligaciones compensatorias recíprocas. Con el concepto de permuta que se prevé, si lo interpretamos de forma lata, se ampliaría el objeto incluyendo los derechos como permutables, pero siempre quedarían fuera los servicios.

En suma, la permuta tradicional responde al tipo *do ut des*, mientras que la permuta comercial es un contrato especial en el que también caben comportamientos *do ut facias* (cambio de cosa por servicio) o *facio ut facias* (intercambio de servicio por servicio⁴⁴). Incluso podría articularse, en atención a la complejidad de sus fines u objeto, como contrato con pluralidad de objeto bajo la fórmula *do vel facio ut des vel facias*. Por consiguiente, no podemos inferir que las prestaciones debidas, como objeto de los contratos de permuta tradicional y permuta comercial sean las mismas⁴⁵, habida cuenta que en la permuta comercial el dinero es una medida de valor y no una cosa.

También hemos dicho que podrían diferenciarse la permuta clásica y la especial por la causa. En el contrato de permuta tradicional, la causa es la transmisión de una cosa a cambio de otra o trueque de derechos, con ánimo de lucro en la esfera mercantil. En la permuta comercial la función práctico-social no descansa en el mero cambio de bienes, derechos o servicios, sino en el compromiso de hacerse intercambios de bienes con compensaciones recíprocas de numerario, servicios, derechos, o de estos entre sí, con el propósito de lograr un resultado positivo en el negocio (lucro en cualquier modalidad) o de alcanzar otros fines: procurarse una estrategia innovadora para mejorar la capacidad emprendedora y competitiva de las empresas; exportar a países carentes de disponibilidad de divisas; abrir nuevos mercados; buscar nuevas formas de gestión del comercio doméstico e internacional. En conclusión, la permuta tradicional (civil o mercantil) y la permuta comercial presentan causas y objetos que pueden resultar distintos o al menos especiales. La causa del *barter* excede de la cobertura o el ámbito que nuestros códigos civil y mercantil contemplan en el concepto legal de permuta. En consecuencia, nos encontramos ante una permuta de índole especial.

5. CONCLUSIÓN: TRATAMIENTO TIPOLOGICO DE LA PERMUTA COMERCIAL

⁴⁴ Por ejemplo, el *barter* publicitario, que consiste en un intercambio en el que el anunciante produce el programa, que incluye su publicidad, y el medio publicitario (operador de televisión, cine, etc.) lo emite.

⁴⁵ Esta misma idea es defendida por BOULART, P.A. y CHABERT, P.Y., *Les swaps technique contractuelle et régime juridique*, Ed. Masson, Paris, 1992, pp. 69-70, que escriben: "La qualification d'échange, bien qu'a priori séduisant et appropriée, ne résiste pas complètement à l'analyse. Toutefois, sur le plan terminologique, le terme n'a pas de concurrent sérieux: la traduction française autorisée du mot swap correspond heureusement à la signification du terme anglais; on distingue ainsi échanges de taux et échanges de devises, parfois réunis dans la catégorie des 'échanges financiers'".

Sentado, pues, que la realidad actual del intercambio de bienes y servicios ha modificado las causas y objetos que lo justifican, y que la concepción primitiva de la permuta ha dado lugar a otros institutos más abiertos que resuelven nuevas necesidades surgidas en el tráfico económico, podemos plantearnos dos cuestiones. La primera, preguntarnos si es necesario una regulación legal de la permuta comercial. Y la segunda, en el supuesto de que contestásemos en sentido afirmativo la cuestión anterior, cuál sería el tratamiento tipológico a dar a este instituto.

En lo atinente a la necesidad de regulación, hay que concluir que en estos momentos pudiera pensarse que no es una prioridad inmediata. En efecto, la permuta comercial tiene más desarrollo en el comercio internacional, lo que en principio no aconseja un intento de regulación, dado que la autonomía normativa en este ámbito es manifiesta, al estructurarse en principios consuetudinarios aceptados de forma autónoma por los operadores del mercado, y, además, la posible regulación internacional estaría encaminada a proteger a sujetos o partes débiles en la contratación, cuestiones que no se plantean en el *barter* empresarial. En el ámbito nacional, donde también las operaciones de *barter* pueden provocar conflictos de intereses, se constata –por ahora– una mínima judicialización de las controversias, pues en la mayoría de las ocasiones se resuelven en virtud de acuerdos extrajudiciales o mediante el recurso al arbitraje.

Ahora bien, si se pretende promulgar un Código mercantil del futuro, lo lógico y racional es que se dé cabida a instituciones vivas que permiten solucionar los conflictos que se plantean en la práctica. De ahí que, en este estado de cosas, haya que concluir que sería positivo y conveniente plantearse, como cuestión de *lege ferenda*, la tipificación legal del instituto.

El contrato de permuta comercial debería regularse bajo la órbita del Derecho mercantil. La mercantilidad del contrato, como hemos apuntado, viene determinada tanto por el carácter subjetivo, dado que los contratos de *barter* que nos ocupan nacen y se desarrollan en el ámbito de la vida empresarial y son los empresarios los que los utilizan en el ejercicio de su profesión, como por el aspecto objetivo, pues es un acto jurídico que se realiza por el empresario con el designio de alcanzar el fin propio de la actividad que ejerce. La regulación mercantil evitaría la dispersión normativa y garantizaría la unidad de mercado⁴⁶.

Dado que estamos ante el Código mercantil del futuro, sería aconsejable no dejar pasar esta oportunidad para hacer una regulación general de las permutas y establecer una distinción tipológica entre sus diferentes clases, acogiéndose en su regulación la

⁴⁶ Como hemos significado a lo largo de la obra, en nuestros días el problema de la mercantilidad de los contratos tiene importancia en nuestro país únicamente en lo que se refiere a la incidencia de la capacidad normativa de las comunidades autónomas. A tenor de lo previsto en el artículo 149.1.6º de la CE, el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación mercantil⁴⁶. Ello supone que, si el contrato de permuta comercial se regula como un contrato mercantil, las normas autonómicas, desde el punto de vista sustantivo, no van a extender su radio de acción a este instituto, por lo que ni se va a producir una regulación legal sustantiva por las comunidades, ni un *novum* en su contenido. Esto es, por la vía de la regulación autonómica no van a introducirse obligaciones o derechos en el marco de las relaciones contractuales privadas de naturaleza mercantil que pudieran distorsionar el tráfico jurídico-económico. De esta forma, no se dictarían por parte de las comunidades autónomas con derecho foral normas jurídicas que atentaran a la unidad del mercado. De ahí la importancia que tiene la calificación de un contrato como mercantil o civil.

permuta convencional y las especiales, entre las que se incluiría la permuta comercial (a la que pertenece como subtipo la publicitaria o *bartering*) o la permuta financiera.

En cuanto al modo de abordar la tipificación, es fácil colegir que, si la norma mercantil desde su origen ha servido para resolver los conflictos surgidos en el seno de los empresarios y operadores del mercado en general, la formulación de un tipo de permuta en el ámbito mercantil ha de ser unitario. Dicho de una forma más clara, en la futura regulación legal que nos depare la promulgación de un nuevo Código de la materia mercantil debería incluirse tanto la permuta referida a intercambios o prestaciones recíprocas de cosas como de derechos y servicios, sin olvidar, en su caso, otro tipo de permutas especiales como las financieras u otras propias del comercio de compensación.

La causa en los nuevos subtipos contractuales, como especie contractual *sui generis*, se justificaría por el propósito de alcanzar un determinado resultado comercial empírico y lucrativo. Sobre esta base, la permuta mercantil podría ser el género, en tanto que las restantes permutas *se* recogerían como subtipos especiales del género. En todo caso, la categoría jurídica contractual sería única⁴⁷.

En suma, sería un contrasentido dejar fuera de regulación a los nuevos institutos jurídicos que, como formas especiales de permutas, han surgido en el tráfico económico de las empresas y que obedecen a los profundos cambios operados en el intercambio de bienes y servicios en el mercado.

⁴⁷ Hay que pensar que la generalización del comercio minorista de permutas y la necesaria protección de los consumidores aconseje que el tráfico de permutas no exclusivamente profesional –a saber, las que tienen lugar entre empresarios y particulares– caiga también bajo la órbita del Derecho Mercantil. Es igualmente una exigencia de la unidad de mercado.