

## I. EL ORIGEN Y LA EVOLUCIÓN DEL CONTRATO ECONÓMICO

La vetusta ciencia jurídica nos informó sobre el contrato desde los tiempos del derecho romano con la nascente institución del *estipulatio*. Posteriormente, con el desarrollo comercial de la sociedad romana, el derecho justinianeo, aun cuando no trató el moderno concepto de empresa, preparó las condiciones filosóficas idóneas para que el derecho canónico ofreciera una influencia mayor al concepto moderno del contrato y creó la vestimenta jurídica para las operaciones económicas que actualmente identifica el carácter patrimonial de la relación contractual. En ese orden progresivo, no podemos aceptar la construcción moderna del contrato vinculado a las actividades empresariales sin concebir la arquitectura jurídica del *ius mercatorum* como el incipiente derecho mercantil.<sup>1</sup>

La joven institución de la empresa, objeto de estudio del derecho mercantil y del derecho administrativo, requiere con marcada necesidad de la contratación para el cumplimiento de su objeto social o actividades económicas, ya sea mercantil, económica, civil o administrativa. El nombre que adopta el contrato en la empresa no es lo más importante. Ciertamente, nuestra práctica empresarial tiene muy enraizado el concepto de contrato económico, que surgió en la sociedad socialista, y que en los tiempos actuales se identifica con el contrato mercantil, diferenciándose en ocasiones por su objeto y los sujetos que intervienen (contenidos que tendrán oportunamente su tratamiento), pues el tema del apellido del contrato se ha convertido en un asunto superfluo que en nada ayuda al desarrollo de las actividades contractuales de las empresas; es por ello que prefiero moverme en el amplio campo de los contratos empresariales y no desgastarme en que si son

<sup>1</sup> Fernández Bulté, Julio *et al.*, *Manual de derecho romano*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2006.

económicos o mercantiles. También existen otros contratos que son muy utilizados en la actividad empresarial, y su apellido no admite discrepancia alguna. Me refiero a los contratos laborales y al tradicional contrato civil, que ahora cobra mucha fuerza con el incremento de la economía cubana para la intervención de los trabajadores por cuenta propia, como también los llamados contratos administrativos de gestión de servicios públicos.<sup>2</sup>

Concretamente, sobre la diferencia o semejanza del contrato económico y el contrato mercantil, y el nombre que finalmente decidió el legislador cubano que adoptara el contrato en las condiciones actuales de la economía cubana, se observan en la práctica aciertos y desaciertos poco tratados hasta nuestros días, que tienen sus orígenes desde los mismos momentos del surgimiento del contrato económico, que trataré más adelante.

Hoy, para los académicos que nos dedicamos a la compleja tarea de formalizar o implementar los modelos jurídicos que deben ir atemperando a la compleja misión de ofrecer el soporte legal a las economías socialistas, debemos ante todo profundizar, en la concepción materialista y dialéctica de la historia, sobre la correspondencia entre el carácter social de la producción y la forma social de la propiedad para la consolidación de la nueva sociedad postcapitalista, que le pertenece por entero al socialismo. En ese orden de ideas, debemos abogar por la existencia de un Estado de derecho social a través de un sistema jurídico que intervenga estratégicamente en el desarrollo económico de la nación, por la vía de un régimen para la contratación empresarial que le permita a los agentes económicos, desempeñar el papel que les está institucionalmente indicado para el desarrollo del sistema empresarial basado en las leyes naturales del mercado.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Catanedo Abay, Armando, “Volvemos sobre el contrato administrativo de gestión de servicio público”, *Temas de derecho administrativo cubano*, La Habana, Universidad de la Habana-Editorial Félix Varela-Colectivo de Autores, 2006, t. II.

<sup>3</sup> García Cuza, Juan Emigdio, “El régimen jurídico para la inversión de capital extranjero en Cuba”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 83, 1995.

La importancia del conocimiento de los orígenes y la evolución del contrato económico es de vital relevancia para la caracterización de la contratación empresarial y su virtual adecuación a las condiciones actuales de la construcción de la sociedad socialista, pues en modo alguno su configuración jurídica tiene forzosamente que discrepar en el orden técnico de los sistemas capitalistas, aun en las condiciones actuales del capitalismo, pues se trata de estudiar las instituciones que han consolidado al sistema contractual capitalista, hoy decadente, pero no precisamente por la ineficacia de sus relaciones jurídicas formales, sino por el contenido que las tutelan.

En este sentido, fue el propio sistema capitalista el que diseñó al contrato mercantil y dio paso al contrato administrativo de carácter económico cuando la situación creada por la Primera Guerra Mundial (1914) dio lugar a que se dictaran medidas legales de urgencia para ejercer el control estatal sobre las actividades económicas, que iban dirigidas acorde al esfuerzo bélico y para algunos otros de finalidad social. Realmente, los Estados de la Europa devastada por la guerra necesitaban aliviar la situación de la población y evitar el acaparamiento y la especulación, surgiendo así el derecho económico con su originario nombre derecho de guerra. No obstante, no fue hasta el surgimiento del primer Estado socialista del hemisferio, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) y más tarde los Estados restantes que conformaron el bloque socialista de Europa Oriental, que integraron los países miembros de la Comisión de Ayuda Mutua Económica (CAME), cuando la humanidad conoció el modo de producción socialista de carácter planificado, donde el Estado actuó como copropietario de los medios de producción para asegurar el desarrollo de la economía. Nace aquí el modelo jurídico de economía socialista con planificación altamente centralizada. Este modelo requería un régimen jurídico que regulara y garantizara los principios, fines y funciones del carácter social para la producción de bienes y para los servicios, basado en un control e intervención directa del Estado y su ligazón económica con los

productores que se interesaban por el empleo racional de los recursos sociales entre los diferentes sectores económicos.

El tránsito del comunismo de guerra a la nueva política económica entrañó un amplio desarrollo del derecho de obligaciones para el contrato soviético, así como de las relaciones sociales que en su conjunto se referían a la esfera de la circulación civil de los bienes en ese periodo. En este contexto social, el contrato económico creado por Lenin fue considerado entonces por los tratadistas soviéticos como parte del derecho civil, y al promulgarse el Código Civil de las Repúblicas Soviéticas, se le dio el lugar correspondiente, detallando en primer término los contratos concernientes a las relaciones mercantiles y de créditos.<sup>4</sup>

Es importante destacar que en la URSS el proceso de formación del contrato económico, así como la estructura de otras instituciones del derecho civil soviético, se inician inmediatamente después de la victoria de la Gran Revolución Socialista de Octubre. Resulta interesante destacar que el Consejo de Comisarios del Pueblo dictó el Decreto 27, de junio de 1918, que permitió el arrendamiento de empresas con registro obligatorio de los contratos al efecto, y el Decreto del 22 de abril de 1918, que reguló las transacciones relativas al intercambio de mercancías entre los campesinos y los órganos del Comisariado del Pueblo de Abastecimientos.

En Cuba no puede hablarse del contrato económico verdaderamente estructurado bajo una reglamentación jurídica positiva hasta la materialización de los postulados políticos del Primer Congreso del Partido Comunista de Cuba (PCC).<sup>5</sup> Ciertamente, resultaba incómodo para el inexperto legislador de la época utilizar al derecho civil y al derecho mercantil en las nuevas relaciones económicas que debían enfrentar un brutal bloqueo económico y

<sup>4</sup> García Cuza, Juan Emigdio, “La contratación económica”, *Fundamentos de derecho económico*, Santiago, Universidad de Oriente-ENPES, 1988, t. II.

<sup>5</sup> *Idem*. “La venta por contrato previo deberá ser la forma a través de la cual se realizará, en general, la producción de bienes materiales y servicios que contempla el Plan Técnico Económico y Financiero tanto en la economía interna como de comercio exterior”.

una fuerte agresión y lucha ideológica interna muy propia de la época; se estimó que no encajaba el derecho civil, particularmente las instituciones de las obligaciones y los contratos en el Código Civil y de Comercio vigente en 1976.

Las nuevas relaciones de producción y construcción del socialismo en aquellas condiciones históricas, y con el modelo jurídico y económico que la sociedad cubana debía enfrentar, requerían de un régimen jurídico sui generis, mediante un sistema de métodos del derecho civil y del derecho administrativo que integraran las relaciones verticales propias del derecho administrativo, métodos que debían basarse en la subordinación, la orientación y las prescripciones obligatorias de los distintos niveles de dirección económica. Este sistema tendría que estar estrechamente vinculado con otro de relaciones horizontales, basado en el método de igualdad entre las partes, propio del derecho civil. Aun cuando ya internacionalmente el principio de autonomía de la voluntad de las partes, propio del derecho civil burgués, estaba a esas alturas en crisis mundial, el legislador cubano consideró que por la naturaleza jurídica del método del derecho civil y por su contenido, se le consideraría como referencia natural y como fundamento de derecho para identificar al sistema de relaciones y obligaciones horizontales entre las partes, que debía legitimar al contrato entre los agentes del derecho económico, que se orientaba por la vía administrativa de los organismos superiores a sus empresas mediante cifras de control y cifras directivas, que luego conformaban a los contratos que debían concertarse en periodos, cantidades, precios y condiciones de entrega obligatorias contempladas por un año.

El 3 de julio de 1978 se promulgó el Decreto-Ley 15, denominado “Normas Básicas para la Contratación Económica”, que marcó un hito en las nuevas relaciones de producción para la economía cubana; norma jurídica hoy devaluada, que cumplió con su rol político y social de su tiempo. Ciertamente, el legislador cubano, en el espíritu del referido Decreto-Ley 15/78, advierte en su último “por cuanto”, que esas normas básicas tenían un carácter provisional hasta tanto se promulgara el nuevo Código Civil,

por lo que resulta evidente el desconocimiento y desapego de la nueva legislación económica que resultó altamente centralizada, y por lo tanto despótica y contraria a los principios que rigen al derecho civil y al derecho mercantil.

Evidentemente, aquí están los orígenes de la ineficacia jurídica de este modelo de economía socialista con métodos de extrema centralización y concentración del poder administrativo. Las normas sobre las obligaciones y los contratos propios del derecho civil pudieron haber servido de instrumento jurídico para las regulaciones de la contratación económica. Por el contrario, se creó un sistema administrativo para la orientación y control de estos contratos bajo la dirección de una arquitectura jurídica autoritaria denominada Junta Central de Planificación (Juceplan), basado en un método diferente a su actual sucesor, el Ministerio de Economía y Planificación (MEP), pero que respondía a las exigencias gubernamentales y administrativas de esos momentos para la construcción del socialismo en Cuba. En esa dirección, se crearon un conjunto de normas sustantivas que, paralelamente con el Decreto-Ley 15/78, conformaron el régimen jurídico para la contratación económica, de contenido propio del derecho civil, basado en condiciones generales y condiciones especiales para cada tipo de contrato que se verificaban en las relaciones entre los sujetos de los contratos económicos.

En honor a la verdad, no todos los contratos que tipificaban las normas básicas contaron con condiciones generales, por lo que la propia Junta Central de Planificación (Juceplan) dictó algunas proformas que complementaban ese bache del régimen jurídico y que ayudaron a nuestros noveles asesores legales a enfrentar la redacción de los nuevos contratos entre las entidades que conformaban el complejo sistema de relaciones jurídicas económicas.

Los que asistimos como profesionales del derecho en esa etapa de la Revolución cubana podemos testimoniar tiempos de aciertos y desaciertos en la aplicación del derecho económico para esos momentos históricos de resistencia y consolidación de un sistema de economía, que desde sus orígenes nació viciado por desdeñar

principios básicos del derecho natural, y que impone las reglas del mercado y el desapego a las experiencias de los modelos jurídicos económicos de economía mixta o dual.

Resulta ahora innegable la experiencia adquirida en ese laboratorio natural para la ciencia jurídica cubana, que resultó en la formación y en la aplicación de normas de un derecho económico sui géneris, que permitió experimentos también naturales para el constante perfeccionamiento de nuestro sistema de relaciones jurídicas económicas. No pretendo informar que los actuales países que hoy proyectan un modelo jurídico socialista tengan que sufrir las vicisitudes que experimentó el derecho económico cubano, pues son los profesionales del derecho quienes están en mejores condiciones para estudiar, redactar y aplicar sus propias normas para un derecho económico civilizado y acorde a las realidades y condiciones sociales de sus respectivas naciones. Por el momento me detengo para destacar que lo inaplicable en materia de relaciones contractuales económicas, que no funcionó en nuestro modelo económico, debe servirnos de experiencia, debido a que el sistema socialista debe basarse en principios y no en modelos ni en recetas políticas.

Entonces, es claro el papel y el lugar que debemos concederle a la contratación, pues debemos considerarla como la categoría jurídica y el instrumento administrativo idóneo para la organización, dirección y control de los planes técnicos, económicos y financieros de los agentes del derecho económico. Algunos académicos se desgastan proponiendo nombres que consideran debe adoptar ahora el contrato económico, quizá influenciados por la necesaria apertura de la economía socialista a las condiciones que imponen las categorías jurídicas del derecho mercantil. No faltan quienes consideran llamarle contrato mercantil o comercial, para así identificarlo con la práctica del comercio internacional y atemperarlo a la nomenclatura mundial, dada ahora la existencia e intereses lucrativos entre las partes en nuestras relaciones económicas y otras categorías jurídicas que las leyes del mercado globalizado actualmente nos imponen.

La polémica de las relaciones entre la contratación económica y el derecho civil y mercantil tiene un estrecho vínculo con las condiciones en que surge y se desarrolla el derecho económico. Esta ciencia jurídica y económica surgió a principios del siglo XX como consecuencia de las guerras entre países europeos y la propia Primera Guerra Mundial, que obligó a algunos Estados a intervenir como empresarios para repartir la escasez, y por la vía de empresas públicas, dar respuesta a servicios de interés social del propio Estado burgués, quienes a sus agentes privados no les resultaba atractivo como negocio por el alto gasto que originaban y los pocos ingresos que se podían obtener, como era el caso del servicio de correos y comunicaciones, transporte, educación y salud. Esta coyuntura da una apertura al modelo jurídico de economía capitalista, mixta o dual, y con él se da inicio en Europa al derecho económico, y por tanto al primer modelo jurídico económico con intervención estatal, que tuvo lugar en Alemania e Italia.

La relación de interdependencia entre economía y derecho —y por tanto la necesaria coexistencia de los códigos civiles y de comercio dentro de la ciencia del derecho económico— es llevada a sus últimas consecuencias por la concepción materialista de la historia con gran signo marxista. Sin embargo, esto no significa que la ciencia del derecho económico sea privativa del sistema socialista, pues diferentes autores y escuelas, algunas de las cuales tienen su origen en la antigua Grecia, planteaban el problema de que la economía y los factores de la producción determinan de un modo directo el tipo de organización jurídica correspondiente a ellos, reafirmado en nuestros tiempos por el profesor mexicano Jorge Witker en su obra *Antología de estudios sobre derecho económico*.

## II. LA COEXISTENCIA Y SUPLETORIEDAD DEL DERECHO CIVIL EN LAS RELACIONES JURÍDICAS ECONÓMICAS

Si bien el artículo 8o. de nuestro Código Civil de 1987, y en relación con la primera de sus disposiciones finales, establece el carác-

ter supletorio de sus normas para la contratación económica, no fue hasta la promulgación del Decreto-Ley 129, del 19 de agosto de 1991, sobre la extinción del Sistema de Arbitraje Estatal (SAE) y su Instrucción 140, del 27 de mayo de 1991, cuando se observa el pronunciamiento de la aplicación del derecho civil a la legislación económica, y que se comienza a considerar en la práctica del sector empresarial a las ricas y versátiles normas del derecho civil en las relaciones jurídicas económicas contractuales y extracontractuales. Por otra parte, el derecho procesal civil no resultó aplicable y se siguieron aplicando para la solución de los conflictos económicos las mismas reglas de trámites del SAE (Decreto-Ley 89-1991), con algunas perfecciones.

No se trata en modo alguno de considerar que el SAE fuera un error jurídico-económico; su extinción respondió a las nuevas realidades del mundo y a las exigencias que nos impuso el desmoronamiento del sistema socialista de Europa. En ese orden de los sucesos, y sin abandonar los principios políticos y jurídicos que hasta la fecha habían sostenido al modelo jurídico económico socialista cubano, el 12 de julio de 1992 se promulga la Ley de Reforma Constitucional. Resultaron momentos de apertura a un pensamiento jurídico civilizado para el régimen legal de las empresas y de los agentes económicos. En la práctica, los agentes del derecho empresarial retomaron las normas del derecho civil para las relaciones jurídicas económicas entre personas jurídicas, principalmente del sector estatal, primero del derecho sustantivo y más tarde del derecho adjetivo, al dictarse las adecuaciones introducidas en virtud de la Instrucción 141, del 27 de septiembre de 1991, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, siendo modificada su jurisdicción y su competencia mediante el Decreto-Ley 223, del 15 de agosto de 2001, denominado “De la Jurisdicción y Competencia de las Salas de lo Económico de los Tribunales Populares”, que entre otros objetivos dio el carácter de ley a los contenidos de la Instrucción 160 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo, que facultaba a la sala de lo Económico a utilizar los artículos 486 al 498 de la Ley 7, conocida como la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral (LPCAL),

relativa a los títulos de crédito que generan ejecución siempre que tuvieran los requisitos de líquidos, vencidos y exigibles, para resolver, como en la práctica se observó, una eficaz alternativa jurídica para enfrentar el complejo problema entre deudores y acreedores, mejor conocido en nuestro sistema empresarial como la cadena de impagos.

Los que en esos tiempos asistimos representando empresas en los estrados o en las mesas de negociaciones, en la tarea de solucionar alternativamente asuntos referidos a las cuentas por cobrar, tuvimos el privilegio de vivir tiempos de transformaciones, que nos convirtieron en testigos de soluciones civilizadas a problemas puntuales de la economía en las relaciones interempresariales, que hasta esos momentos la legislación económica, sin la intervención del derecho civil, no fue capaz de resolver.

Evidentemente, en lo económico y en lo político, el mundo se ha transformado en pocos años a favor de las fuerzas del mercado, teniendo inevitables implicaciones sobre el discursar de la estrategia para el desarrollo de la economía cubana, por lo que el control y la calidad de las relaciones contractuales entre personas jurídicas, desde su inicio en 1978 hasta mediados de 1991, estuvieron a cargo de los Órganos del Sistema Nacional de Arbitraje Estatal, que a distintos niveles territoriales (provinciales), en organismos de la administración del Estado y a nivel nacional conocían las soluciones de los conflictos que se presentaban entre las partes en las relaciones económicas. Han sido las condiciones históricas concretas las que han cambiado el escenario de las relaciones jurídicas contractuales, y se retoma en la práctica, a principio de la década de los noventa, al derecho civil como norma supletoria para la contratación económica, tanto en su vertiente sustantiva como en la adjetiva, aun cuando desde 1987, con la promulgación del Código Civil cubano, ya se legalizaba como norma supletoria para la contratación económica.

En cuanto al derecho sustantivo, el Acuerdo 5380 para el control administrativo del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, del 18 de febrero de 2005 (publicado en la *Gaceta Oficial*

*de la República*, edición extraordinaria núm. 6, del 5 de abril de 2005), encargó al Ministerio de Economía y Planificación (MEP) que dictara las indicaciones que resultaran procedentes y necesarias para el mejor desenvolvimiento y eficacia de las relaciones económico-contractuales que se establecían en el territorio nacional para ser cumplidas por las personas jurídicas y naturales que serían sujetos de los contratos económicos —teniendo en cuenta que la contratación económica en el territorio nacional requería ser adecuada a los cambios económicos, tecnológicos e institucionales operados por la economía cubana en los últimos años—, mientras no se dictaran el Decreto-Ley 304, del 1o. de noviembre de 2012, y el Decreto 310, del 17 de diciembre de 2012, que conforman la parte general y la parte especial, respectivamente.

La Resolución 2253/05 del MEP había establecido las indicaciones metodológicas para la contratación económica que debían observar las personas jurídicas y naturales que participaban en las relaciones económico-contractuales que se establecieron en el territorio nacional, tanto a través de los tipos de contratos económicos definidos en el capítulo IV del Decreto-Ley 15, del 3 de julio de 1978, denominado Normas Básicas para los Contratos Económicos, y en su legislación complementaria, como para otras figuras típicas y atípicas de contratos que desde entonces vienen utilizándose en la economía cubana.

En cuanto al derecho procesal, sólo me detengo para destacar que la experiencia acumulada en la práctica jurisdiccional de las salas de justicia en materia de relaciones económicas evidenció la necesidad de introducir cambios en las normas procesales tanto en los procesos ordinarios como en los ejecutivos, para resolver los asuntos de las cobranzas, conocido por los términos “cuentas por cobrar” o “cuentas por pagar”. Se trata de alcanzar mayor judicialización en los referidos procesos, preservando la flexibilidad que caracteriza a los conflictos de carácter económico en correspondencia con las transformaciones operadas en la esfera de las relaciones económicas, mediante la aprobación de un procedimiento que pasa a formar parte de la Ley 7, sobre el

procedimiento civil, administrativo, laboral, a la cual se le adicionan mediante el Decreto-Ley 241, del 26 de septiembre de 2006, los contenidos referidos al procedimiento económico, además de que la Resolución 215/2012, dictada por el Tribunal Supremo, agilizó la diligencia previa en el proceso ejecutivo.

### III. LA NATURALEZA JURÍDICA Y LA DENOMINACIÓN DEL CONTRATO ECONÓMICO

La literatura jurídica socialista le dio marcada atención a la determinación de la naturaleza jurídica del contrato económico, principalmente la URSS, que atrajo la atención de los civilistas soviéticos, tanto teóricos como prácticos. Un hecho trascendental fue en 1927, con la primera y aguda discusión que se efectuó en la Reunión de los Trabajadores de la Industria del Estado en Moscú, referente al contrato económico planificado, a cuya investigación se consagraron los académicos S. I. Asknazy y B. S. Martinov, en su obra *El derecho civil y la economía planificada*, publicada en 1927, que merece reconocerse como el primer intento de investigación monográfica sobre el tema, que destacó con énfasis lo importante que resulta para la correcta y eficaz dirección de la economía nacional en el socialismo, la necesaria y obligatoria consideración de las leyes económicas objetivas que actúan en la etapa de la construcción del socialismo, pues precisamente el contrato económico tiene su naturaleza en la concepción de la ley del valor y de las relaciones monetario-mercantiles que existen, con un nuevo contenido en la transición del sistema socialista, donde las empresas públicas y privadas nacionales y extranjeras, cooperativas y demás agentes del derecho económico deben mantener relaciones de cobros y pagos.

En ese orden de ideas, el Estado socialista necesita regular la economía mediante las funciones del dinero, los precios, las finanzas, el presupuesto, los impuestos, los créditos, los intereses bancarios y demás categorías mercantiles, con un nuevo sentido social y político para la competencia económica; de hecho, por la

naturaleza de los contratos bancarios, mercantiles o comerciales, cuando son utilizados por una economía dirigida por el Estado, bien sea por un modelo mixto o dual o socialista, están dentro de la concepción de contratos económicos precisamente por la naturaleza jurídica de los bienes que protege y tutela el Estado. El concepto de contrato económico encierra los contenidos: bancario, comercial, mercantil e incluso los de adición, también llamados contratos administrativos, como lo son los contratos de seguro con evidente contenido lucrativo. No podemos desconocer que la economía es la ciencia moderna que tiene como objeto de estudio a la administración eficaz y razonable de los bienes o conjuntos de bienes y actividades que integran la riqueza de una colectividad o individuo, y, en ese orden de ideas, examina los métodos más eficaces para satisfacer las necesidades humanas de los materiales y bienes escasos.

Por sus orígenes, el contrato económico resulta una importante palanca para el mecanismo jurídico en la dirección de la economía nacional en el modelo de economía socialista, habida cuenta que es un instrumento por naturaleza evaluador de los resultados de la actividad económica de las entidades y, al mismo tiempo, un instrumento para concebir los planes y las actividades que proyectan las entidades, siempre partiendo ante todo del cumplimiento de los planes anteriores, que no es otra cosa que el comportamiento de los contratos de compraventa, suministro, transporte, seguro, arrendamiento, y tantos otros que sostienen o soportan al plan de la empresa y a los distintos niveles de dirección empresarial; es por ello la estrecha relación del contrato económico y el plan de la empresa.

#### IV. EL SIGNIFICADO DE LA CONTRATACIÓN ECONÓMICA EN LA ECONOMÍA SOCIALISTA

El legislador cubano ha situado al contrato económico en el lugar merecido, con la promulgación del Decreto-Ley 304/2012 y del Decreto 310/2012, considerándolo como un instrumento de plani-

ficación y control del plan de la empresa en su constante lucha por encontrar su espacio en el mercado y colocar con métodos competitivos que garanticen el cumplimiento de los indicadores del plan de la empresa, sus productos o servicios a clientes. En ese orden, se ha dejado atrás la profusa y obsoleta legislación que respondió a una etapa superada, para integrarse ahora en dos normas legales; es decir, el nuevo régimen jurídico para la contratación económica en Cuba está conformado por la parte general del contrato económico a través del Decreto Ley 304/2012, y la parte especial mediante el Decreto 310/2012, que sagazmente ha tipificado por el momento a veintiséis contratos, dejando para la posterioridad la diligencia al Consejo de Ministros para que disponga la promulgación de futuros decretos que informen nuevos contratos según la exigencia de la comunidad jurídica.

Se trata ahora de reordenar el ámbito de aplicación y los principios de la contratación económica<sup>6</sup> para un escenario empresarial donde las relaciones patrimoniales se basan en dos métodos de aplicación jurídica en franca dicotomía, y que marcan a la legislación económica cubana en materias propias del derecho administrativo; es decir, *a)* el método vertical de subordinación entre las partes basado en el principio de orden y mando, y *b)* el método horizontal de igualdad entre las partes con los contenidos por otro lado del derecho civil. El primer método responde al carácter planificado de la economía cubana, en el que el legislador, desde mediados de la última década del siglo XX, ha implementado normas jurídicas para conformar un modelo económico de carácter descentralizado y desconcentrado en franco proceso de perfeccionamiento, y el segundo responde a la necesaria civilización del contrato económico al utilizarse los principios que caracterizan al derecho civil, como la autonomía de la voluntad, la buena fe, la igualdad entre las partes, la confidencialidad, la relatividad del contrato, la intangibilidad (que informa la hermenéutica necesaria del contrato) y, finalmente, el interés general

<sup>6</sup> Capítulo I, disposiciones generales, que informa el ámbito de aplicación y los principios de la contratación.

que debe prevalecer entre las partes para no contravenir o dañar el interés público. Si bien a partir de la promulgación del Código Civil, Ley 59, del 16 de julio de 1987, se comenzaron a usar formalmente las normas civiles en los asuntos de carácter económico en correspondencia con su artículo 8o.,<sup>7</sup> no fue hasta mediados de la última década del siglo XX cuando los actores del derecho económico comenzaron a utilizar en sus escritos de demandas, fundamentos del derecho civil, principalmente los contenidos del libro tercero, sobre derecho de obligaciones y contratos.

Además, resultaba muy común, desde la década de los ochenta del siglo XX, encontrar en las demandas económicas, fundamentos del derecho civil, consistentes en cesión de créditos y asunción de deudas, donde necesariamente el abogado o asesor legal de la empresa tenía que manejar el derecho civil positivo en materia de contratos, y conjugarlos con las dispersas normas sobre la contratación económica hasta su agotamiento en cuanto a los términos y otros elementos, e integrarlos, pues evidentemente la legislación económica por sí sola no estaba lo suficientemente preparada para enfrentar los embates que las relaciones jurídicas de la empresa le han deparado para insertarse en el mercado.

Positivamente, la integración del derecho civil y el derecho administrativo en la contratación económica es vital, y resulta trascendental para el desempeño de su papel como instrumento del derecho empresarial en la esfera de los negocios jurídicos. No es casual que el contrato sea celosamente reglamentado por los organismos de la administración central del Estado, en sus funciones como instrumento de planificación, por la vía de las normas económicas y financieras. Ciertamente, el contrato resulta la pieza idónea para concretar el plan de la empresa en sus relaciones con otras entidades, que por no estar subordinadas a la empresa requieren negociar cifras, cantidades, precios, formas de entrega, formas de pago y otras obligaciones propias del negocio jurídico, que en su conjunto, y llevadas al documento, son

<sup>7</sup> Artículo 8. Las disposiciones de este Código son supletorias respecto a materias civiles u otras reguladas en leyes especiales.

la garantía legal para el cumplimiento del plan, pues al tener su contraparte comprometida la empresa, tiene por tanto a una entidad a quien poderle exigir cualquier incumplimiento mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios por la vía de la responsabilidad material y otras garantías legales que ofrece la legislación vigente.

Hoy en día es difícil observar en una empresa cubana la comercialización de un producto o la prestación de un servicio sin la debida garantía legal de contar con los abastecimientos, de tal forma que resulta difícil conocer a una empresa que se obligue a comprar abastecimientos que no tendrían salidas en su producción o servicios que le ocasionen gastos por encima de sus ganancias. Si fuera el caso y existieran, estaríamos sin lugar a dudas ante una empresa con serios errores de planificación y subestimación del contrato económico.

Sin pretender realizar una plena exégesis al Decreto-Ley 304/2012, pues no es el objetivo de la presente y emergente obra, considero que estamos ante una legislación superior, con un amplio sentido integracionista del derecho civil, del derecho mercantil y del propio derecho administrativo, que a mi juicio la identifica como las normas más acabadas para la contratación económica que hoy en día requiere nuestra economía nacional, con independencia de los puntos de vista discrepantes sobre algunos términos que en la práctica podrían aflorar. Ciertamente, estamos ante una norma contractual con un acertado ordenamiento de las relaciones económicas, comerciales, financieras y crediticias que, además de contemplar los principios internacionalmente reconocidos en las doctrinas que prevalecen para nuestros tiempos, garantiza el régimen jurídico encaminado a sostener la política económica y social basada en la planificación con elementos del mercado presentes en la economía cubana. Me refiero también, entre otros elementos, a la formación del contrato bajo el principio de la autonomía de la voluntad entre las partes, aunque ciertamente con sus lógicas limitaciones, pues hoy ninguna nación soberana en sus normas civiles y mercantiles escapa de ciertas limitaciones de carácter público. Se respeta también, con toda

seguridad y con marcada medida, al contrato como acto y como norma, lo que permite, dentro del amplio campo de la justicia contractual, dar vía al principio de la buena fe y al justo equilibrio de las prestaciones, que son elementos tan importantes para la seguridad del negocio jurídico.

## V. EL CONCEPTO DEL CONTRATO ECONÓMICO EN LAS RELACIONES EMPRESARIALES

Las Normas Básicas para los Contratos Económicos de 1978, diseñadas para otra época y en condiciones económicas diferentes a las existentes en nuestras relaciones jurídicas vinculadas con la economía nacional, informaban que se trataba de un negocio jurídico que expresaba las relaciones monetarias mercantiles entre entidades comprometidas con el Plan Nacional (por supuesto que ese concepto aún tiene vigencia); el asunto estriba en que, en las condiciones actuales, el contrato económico tiene además otras misiones o funciones que el Decreto-Ley 304/2012 atribuye, por lo que esta legislación, al perfeccionar al contrato como instrumento importante para la materialización del plan de la empresa, considera al contrato económico, según su artículo 1o., como el acto jurídico mediante el cual se crean, modifican y extinguen las relaciones jurídico-económicas de naturaleza obligatoria, para la ejecución de una actividad productiva, comercial o de prestación de servicios, en la que intervienen tanto personas naturales y jurídicas nacionales como personas naturales y jurídicas extranjeras que estén domiciliadas, establecidas o autorizadas para operar en el país. Pasemos a un breve comentario del Decreto-Ley 304/2012, sobre la contratación económica:

Artículo 1.1. *Ámbito de aplicación:* El presente Decreto-Ley es aplicable al contrato entendido como acto jurídico mediante el cual se crean, modifican y extinguen relaciones jurídico-económicas de naturaleza obligatoria, para la ejecución de una actividad productiva, comercial o de prestación de servicios, en el que

intervienen tanto personas naturales y jurídicas nacionales como personas naturales y jurídicas extranjeras que estén domiciliadas, establecidas o autorizadas para operar en el país.

Artículo 1. 2. Las normas contenidas en este Decreto-Ley no se aplican a los contratos internacionales, salvo que las partes así lo acuerden voluntariamente.

Verdaderamente, esta norma nos sitúa ante un concepto más moderno, aun cuando no son aplicables a los contratos internacionales, salvo que las partes así lo acuerden voluntariamente, tales como sociedades civiles y mercantiles extranjeras, que incluso sin estar domiciliadas en el territorio nacional, en su afán de obtener avales para acreditarse ante la Cámara de Comercio, promueven contratos con empresas de comercio exterior cubana y se acogen en sus relaciones económicas al régimen jurídico nacional, renunciando de esa forma a su foro de origen.

Ciertamente, el Decreto-Ley 304/2012 le atribuye al negocio jurídico un carácter mercantil, al considerar relaciones jurídico-económicas para la ejecución de una actividad productiva, comercial o de prestación de servicios en el que intervienen tanto personas naturales y jurídicas nacionales como personas naturales y jurídicas extranjeras; pero ello en modo alguno significa que se desdeña el concepto de contrato económico sobre el término de contrato mercantil, habida cuenta de que los términos “mercantil”, “comercial”, “bancario” y “societario” están comprendidos en el término “económico”, incluso los términos “administrativo” y “civil” no escapan del término “económico”; por tanto, académicamente está respaldado el nombre que ha dado el legislador al considerar a las relaciones jurídicas que establecen nuestros agentes económicos como contratos económicos.

El legislador solventó el debate sobre los conceptos de contrato económico y de contrato mercantil con marcada inteligencia. En realidad, en las condiciones actuales de la economía cubana no dejarán de existir relaciones jurídicas económicas entre empresas estatales de un mismo organismo de la administración central del Estado, que no tengan carácter lucrativo y que obser-

ven el interés de colaboración y no de lucros ni ganancias, aun cuando existan obligaciones de cobros y pagos entre las partes (es decir, ante el tradicional contrato económico), no así cuando la relación contractual sea entre entidades con ánimo de lucro, que era uno de los elementos diferenciadores del contrato mercantil respecto del entonces contrato económico que nos informó el derogado Decreto-Ley 15/78.

En el caso de las relaciones económicas internacionales, estas normas no son aplicables, salvo que las partes así lo acuerden voluntariamente o cuando corresponda en aplicación de las normas de derecho internacional privado. Resulta necesario acotar que Cuba, como signataria de la Convención de Viena para la Contratación de Compraventa Internacional de Mercaderías, está obligada, en sus relaciones con otros Estados signatarios de la Convención de Viena, a acogerse a las normas de la referida convención como ley nacional; es decir, en esos casos no son aplicables estas normas, como tampoco lo son en los contratos de consumo personal, familiar o doméstico, lo cual confirma su condición de contrato empresarial, que también fue un término que estuvo en la mesa de algunos académicos, y que también se subordina al concepto “económico”, pues para toda empresa su visión y misión no escapan del término “económico”.

Artículo 2. Autonomía de la voluntad: Las partes en el proceso de contratación gozan de plena autonomía para concertar aquellos contratos y determinar su contenido, que garanticen sus necesidades económicas y comerciales, en correspondencia con las prioridades económicas y sociales que se establezcan por el Estado.

Artículo 3.1. Buena fe: Las partes en un contrato están obligadas a actuar de buena fe y a prestarse la debida cooperación en su concertación, interpretación y ejecución.

Artículo 3.2. Se considera contraria a la buena fe, cualquier conducta opuesta a los buenos usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, como el entrar en negociaciones o continuarlas sin la intención verdadera de llegar a la concertación del contrato, la reserva u ocultamiento de información y la declaración falta de seriedad, entre otras.

Artículo 4.1. Igualdad entre partes: Las partes en un contrato gozan de plena igualdad y ninguna puede imponer su voluntad a la otra.

Artículo 4.2. Son nulas las cláusulas abusivas en las que se obligue a una de las partes a someterse a condiciones gravosas o desproporcionadas, y que sean el resultado de una imposición de la otra parte derivada de su posicionamiento privilegiado en la relación.

Artículo 5. Confidencialidad: Las partes están obligadas a no revelar la información confidencial que recíprocamente se suministren con este carácter durante la etapa de negociación o ejecución ulterior del contrato, salvo las excepciones previstas en la ley.

Artículo 6. Relatividad del contrato: El contrato no genera obligaciones a cargo de terceros, ni los terceros tienen derecho a invocarlo para hacer recaer sobre las partes obligaciones que estas no han convenido, salvo pacto o disposición legal en contrario.

Artículo 7. Intangibilidad del contrato: Ninguna de las partes puede unilateralmente modificar o extinguir el contrato, salvo las excepciones previstas en la ley o pacto en contrario.

Artículo 8. Interés general: En la concertación, interpretación y ejecución de un contrato, las partes han de cumplir las regulaciones administrativas y no contravenir o dañar el interés público, la economía nacional, el medio ambiente y el orden social.

## VI. LAS PARTES Y LA CONCERTACIÓN DEL CONTRATO.

### LOS TRATOS PRELIMINARES, LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO

Los tratos preliminares entre las partes constituyen el momento inicial de la negociación, donde las partes entran a conocerse mutuamente, y, sin que existan necesariamente obligaciones, realizan actos tendentes a identificarse. Aquí nace el momento de la creación de las fichas para considerarlos en la cartera de clientes, con los datos generales de las partes, donde se solicitan credenciales tales como documentos que avalen la existencia de las personas jurídicas que realizarán la concertación; en el caso de las empresas

estatales, la resolución de creación; en el caso de empresas privadas, la escritura social y los estatutos; si son entidades extranjeras, estos documentos deben estar protocolizados ante notario público, lo que significa que debieron estar legalizados ante la embajada cubana del país donde está registrada la casa matriz.

Esta etapa es fundamental, ya que es el noviazgo entre las futuras partes que contraerán relaciones económicas, donde cualquier desconocimiento inicial puede traer posteriormente graves consecuencias en la fase de desarrollo del contrato; algunas legislaciones entran a normar estos menesteres —que ya han pasado a ser costumbre—, no obstante que nuestras normas de contratación establecen que las partes deben exhibir sus respectivas credenciales; es decir, los documentos que acrediten la capacidad legal y solvencia para el cumplimiento de sus respectivas obligaciones. Por citar un ejemplo, la identidad de los bancos y las cuentas bancarias de las partes son datos que no pueden faltar, pues resulta de extrema importancia dejar bien claro este aspecto, por tratarse de cobros y pagos que siempre se realizarán entre los bancos.

Artículo 9.1. Acreditación de las partes: Las partes durante la etapa de negociación deben acreditar su personalidad y capacidad jurídicas y cuando corresponda, la representación.

Artículo 9.2. Para la acreditación de la personalidad y capacidad de la persona jurídica, se exhiben los documentos de creación o constitución de esta y de la inscripción en el registro público correspondiente que le otorga personalidad jurídica. Se exceptúan de esta exigencia a los órganos y organismos del Estado y a las organizaciones políticas, de masas y sociales. Los ministerios de las Fuerzas Armadas Revolucionarias y del Interior determinan la forma en que las entidades que les están subordinadas acreditan su capacidad para estos actos.

Artículo 9.3. La personalidad y capacidad jurídicas de la persona natural se acreditan mostrando sus documentos de identidad y, si procede, las licencias que evidencien su condición de sujeto de estas disposiciones.

Artículo 9.4. El representante de cada parte en un contrato acredita tal condición mostrando el documento justificativo de la representación, de conformidad con lo dispuesto en las normas legales vigentes.

Artículo 10.1. Identificación de las partes en el contrato: En el contrato las partes deben estar identificadas.

Artículo 10.2. La identificación de las personas jurídicas comprende, entre otras, la denominación o razón social, el domicilio legal, nacionalidad, el Banco del cual es cliente, número de las cuentas bancarias en la moneda de pago, la inscripción en los registros correspondientes y los nombres y cargos de quienes las representan. En el caso de los representantes se consigna el documento que acredita tal condición.

Artículo 10.3. Las personas naturales deben consignar sus nombres y apellidos, domicilio, ciudadanía, número de identificación o pasaporte y, en su caso, los datos de las licencias correspondientes, Banco y número de cuenta con que operan.

Los trámites mediante los cuales los compradores y usuarios o clientes realizan las comparaciones de precios, calidad, surtidos, formas de entrega y demás asuntos que conforman o pueden trascender a los gastos y costos de las futuras obligaciones, es lo que en el argot o jerga comercial se denomina licitación, que al mismo tiempo constituye un acto de competencia entre los oferentes por lograr la aceptación de sus respectivas ofertas. Ninguno de estos trámites para las licitaciones o tratos preliminares, tendentes a la concertación de un futuro contrato, constituye en modo alguna una oferta; por tanto, cualesquiera de las partes es libre de abandonar unilateralmente los tratos preliminares sin incurrir en responsabilidad. No obstante, la entidad que ha negociado y ha interrumpido la negociación o tratos preliminares con mala fe, la legislación protege a la parte afectada, estableciendo que el responsable de los daños y perjuicios causados a la otra parte responde por la frustración del contrato. En este caso, se considera mala fe entrar en negociaciones o continuarlas sin la intención verdadera de llegar a la concertación del contrato; aun cuando la

licitación no es un compromiso precontractual, sus actos deben realizarse con verdadera profesionalidad.

La confidencialidad es un elemento esencial, por lo que las partes deben guardar respeto; en algunas legislaciones sobre contratación (como la nuestra) se le dedican preceptos que tutelan estos hechos y prohíben la revelación de la información confidencial que recíprocamente se suministren con ese carácter durante la etapa de negociación, independientemente de que se otorgue o no el contrato y sin perjuicio de la responsabilidad que se derive de dicha actuación.

Artículo 11.1. Tratos preliminares: Las partes pueden establecer negociaciones o tratos preliminares, dirigidos a la concertación del contrato.

Artículo 11.2. Cualquiera de las partes es libre de abandonar unilateralmente los tratos preliminares sin incurrir en responsabilidad. No obstante, la parte que ha negociado y ha interrumpido la negociación o tratos preliminares de modo contrario a la buena fe, es responsable de los daños y perjuicios causados a la otra por la no concertación del contrato.

### 1. *La oferta contractual*

La costumbre y los usos del comercio han servido de fuente; en algunas legislaciones modernas se contempla a la oferta como la propuesta de concertar un contrato si ella es suficientemente clara y precisa e indica la intención de trabar el vínculo en caso de aceptación. Se considera que la oferta es suficientemente clara y precisa cuando contiene todos los elementos que resultan necesarios para que con la sola aceptación del destinatario pueda perfeccionarse el contrato. Es decir, precio basado en la calidad, la cantidad, la forma de entrega y los documentos de pagos con sus respectivas condiciones.

Artículo 12.1. Oferta: Toda propuesta de concertar un contrato, para que constituya una oferta, debe ser suficientemente clara y

precisa e indicar la intención del oferente de quedar vinculado en caso de aceptación.

Artículo 12.2. Se considera que la oferta es suficientemente clara y precisa cuando contiene los elementos que resultan necesarios, de modo que con la sola aceptación del destinatario pudiera perfeccionarse el contrato.

Artículo 13. Manifestación de la oferta: El oferente debe dar a conocer la oferta en el domicilio del destinatario. La oferta puede hacerse llegar por cualquier medio de comunicación, oral o escrito, comprendidos los medios telemáticos.

Artículo 14. Deber de información: El oferente debe poner al alcance del destinatario de la oferta toda la información necesaria sobre hechos relativos al contrato que puedan influir sobre su aceptación.

Artículo 15.1. Vigencia de la oferta: En toda oferta el oferente debe establecer el plazo de vigencia de esta, en correspondencia con la naturaleza del contrato y el tipo de prestación de que se trate.

Artículo 15.2. En caso de que el oferente omita precisar ese plazo, este será de veinte días. El plazo de aceptación de una oferta del contrato, fijado por el oferente, comienza a decursar desde el momento en que la oferta llega al destinatario.

Artículo 15.3. La oferta puede ser revocada por el oferente antes de que se perfeccione el contrato, siempre que la comunicación de revocación llegue al destinatario antes de que este haya enviado la aceptación.

Artículo 15.4. Se entiende por vigencia de la oferta la permanencia de todos los elementos que se han hecho llegar al destinatario, necesarios para la aceptación y perfección del contrato.

El oferente debe entregar la oferta en el domicilio del destinatario. En ocasiones, el usuario o futuro cliente es quien la solicita en el propio domicilio del oferente, lo cual significa que la oferta es un acto versátil que puede realizarse en cualquier lugar y hacerla llegar por cualquier medio de comunicación, oral o escrito. En todos los casos el oferente está obligado, conforme con la presunción de buena fe, a poner al alcance del destinatario de

la oferta toda la información adecuada sobre hechos relativos al contrato que puedan influir sobre su decisión de aceptación y rechazo.

En la práctica internacional, la oferta debe establecer el plazo de vigencia de ésta en correspondencia con la naturaleza del contrato y el tipo de prestación de que se trate. El plazo de aceptación de una oferta de contrato fijado por el oferente comienza desde el momento en que la oferta llega al destinatario. Sin embargo, la oferta puede ser retirada por el oferente en cualquier momento, antes de que se perfeccione el contrato, debiéndolo comunicar al destinatario. Se entiende por vigencia de la oferta la permanencia de todos los elementos que se han hecho llegar al destinatario necesarios para la aceptación y perfección del contrato. No obstante, las partes podrán establecer adiciones, modificaciones y reservas a las condiciones generales y negociar las cláusulas de especial aplicación.

El destinatario de la oferta, una vez que la ha recibido, está en el deber de dar respuesta en el término de veinte días para aceptarla o rechazarla (en caso de que no se haya ofrecido plazo por parte del oferente), siempre en el lugar pactado o en su defecto en el domicilio del oferente; transcurrido el plazo, si no recibe respuesta la parte que oferta el contrato, puede éste considerarla rechazada.

La aceptación de la oferta del contrato ha de ser categórica y sin reservas, perfeccionándose el contrato desde el momento en que el asentimiento llegue al oferente. La aceptación puede hacerse llegar por cualquier medio de comunicación, oral o escrita. La aceptación puede realizarse también mediante cualquier acto que indique asentimiento a la oferta. Por otro lado, la oferta queda extinguida una vez rechazada por el destinatario. No pueden el silencio o la inacción, por sí solos, constituir aceptación. La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones esenciales constituye una contraoferta y dará lugar a una prórroga al periodo de negociaciones entre las partes.

## 2. *Las condiciones generales, los contratos de adhesión, las bases permanentes y los contratos marcos*

Las condiciones generales en la legislación económica constituyen cláusulas propuestas, preparadas o redactadas con antelación por una de las partes y presentadas por ésta a la otra, que pueden implementarse mediante proformas sujetas a modificaciones y negociar cláusulas de especial aplicación, lo que le imprime a estas nuevas normas sobre la contratación un mayor carácter al principio de la autonomía de la voluntad y la libertad de forma. También la oferta puede estar contenida en contratos predispuestos en los que el destinatario está precisado a declarar su adhesión, si quiere recibir la prestación que se le ofrece. En estricto sentido, lo toma o lo deja. Estos casos son muy comunes en los contratos de seguro que contienen las llamadas pólizas, así como en los contratos administrativos, o también llamados “de servicios públicos”.

Artículo 16.1. Condiciones generales de los contratos: La oferta puede realizarse a través de condiciones generales, entendidas estas como las cláusulas preparadas o redactadas con antelación por una de las partes y presentadas por esta a la otra parte. Estas condiciones generales pueden instrumentarse mediante proformas.

Artículo 16.2. Las partes pueden negociar las proformas, modificándolas y adicionando aquellas cláusulas particulares de especial aplicación para su relación contractual.

Artículo 17.1. Contrato concertado por adhesión: La oferta puede estar también contenida en contratos predispuestos en los que el destinatario está obligado a declarar su adhesión, si quiere recibir la prestación que se le ofrece.

Artículo 17.2. Son contratos por adhesión, los contratos de prestación de servicios públicos de agua, electricidad, gas, telefonía, los contratos bancarios, así como aquellos otros que por su naturaleza se definan como tales en la ley.

Artículo 17.3. Los contratos por adhesión, no obstante, no pueden contener cláusulas abusivas.

Artículo 18. Bases permanentes de contratación y contratos marcos: Las partes también pueden convenir sus relaciones económicas a través de bases permanentes de contratación o contratos marcos, de conformidad con los cuales se concierten los sucesivos contratos que se otorguen entre ellas. Se entiende por bases permanentes de la contratación aquellas indicaciones o líneas generales que se tendrán en cuenta para la contratación. Los contratos marcos son aquellos contratos cuyas cláusulas, ya definidas, exigen precisiones que se concretarán en el futuro.

Las partes pueden convenir libremente sus relaciones económicas a través de las firmas de bases permanentes de contratación o contrato marco, de conformidad con el cual se concierten todos los intereses generales con amplitudes de contenidos, que suelen ser complejos basados en el principio de la autonomía de la voluntad, sobre todo las diversas obligaciones de las partes, las formas o términos de entrega, las condiciones para los cobros y pagos, las garantías, la cláusula compromisoria, el periodo de duración y las formas para prorrogarlos. En ese sentido, se dejan los detalles sobre surtidos, cantidades, calidad y precios para contratos más ligeros y sucesivos con menos detalles, que suelen ser más diligentes, por la vía de presentaciones de solicitudes y entregas de facturas para los cobros y pagos, que en ocasiones se efectúan de inmediato o mediante conciliaciones. Estas bases permanentes son vínculos que suelen realizarse cuando se requiere cierta estabilidad en los negocios de obligaciones continuas durante periodos a mediano o largo plazo, y con esas bases permanentes las partes atienden el resto de las condiciones susceptibles de modificaciones o concreciones para tratarlas mediante el suplemento en relación con aquellas cuestiones del mismo contrato que puedan sufrir variaciones o requieran ulterior precisión.

### *3. La aceptación de la oferta y la perfección del contrato*

Formalmente, se dice que el contrato ha sido perfeccionado cuando las partes han hecho suyos los intereses comunes median-

te la firma del documento. Tal afirmación a la luz del artículo 20 del Decreto-Ley 304/2012, aparentemente carece de asidero, pero si analizamos con detenimiento el espíritu del legislador, hemos de concluir que la manera como ha sido redactado el concepto de perfección contractual es amplio y versátil acorde con las condiciones objetivas que demanda el tráfico mercantil y financiero, que procura siempre la circulación de valores patrimoniales. La actividad empresarial es por esencia gestora en el desplazamiento de cosas; es decir, servicios de un patrimonio a otro. En ese orden de ideas, la circulación asume diferentes formas, y cualquiera que sea encontrará en el contrato la forma que asumida por las partes tutele y proteja la debida perfección del negocio jurídico como instrumento eficaz para el desarrollo del plan de la empresa.

Artículo 19.1. Plazo para la aceptación: El destinatario de la oferta, una vez que la ha recibido, puede dar respuesta aceptándola, naciendo una contraoferta o rechazándola, en el plazo y lugar pactado o, en su defecto, en el domicilio del oferente.

Artículo 19.2. Transcurrido el plazo de la oferta o, en su defecto, el de veinte días, la parte que oferta el contrato, si no recibe respuesta, puede considerar rechazada la oferta.

Artículo 20.1. Aceptación de la oferta y perfección del contrato: La aceptación de la oferta del contrato ha de ser total y puede ser expresa o tácita, perfeccionándose el contrato desde el momento en que el asentimiento llegue al oferente.

Artículo 20.2. La aceptación expresa puede hacerse llegar por cualquier medio de comunicación, oral o escrito, comprendidos los medios telemáticos. Cuando la oferta es verbal, la aceptación debe ser inmediata, a menos que las circunstancias indiquen otra cosa.

Artículo 20.3. La aceptación tácita comprende cualquier acto que indique asentimiento a la oferta. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituyen aceptación.

Artículo 21. Contra oferta: La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones esenciales, constituye una contraoferta, la que equivale a una nueva oferta.

## VII. EL SUBCONTRATO Y LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS

El subcontrato y la intervención de terceros son figuras jurídicas tomadas del derecho civil que agilizan la ejecución contractual ante el creciente dinamismo económico que caracteriza el mundo empresarial actual, constituyendo una herramienta jurídica de gran utilidad. La presencia de estas figuras en la práctica contractual empresarial es incuestionable; en varios países como Francia, por la importancia que revisten estas figuras (sobre todo el subcontrato), han entrado en vigor diversas leyes para regular sus elementos esenciales; se acude a estas figuras en aras de cumplir con las obligaciones contractuales contraídas, además de que son objeto de tratados internacionales referentes a la contratación entre Estados.

Para la contratación empresarial, el subcontrato y la intervención de terceros adquieren una importancia aún más trascendental, porque permiten ejecutar con mayor celeridad las obligaciones contraídas por los sujetos del derecho económico, como actores indispensables en el desarrollo de la nación, y más en una economía como la nuestra, que ha sido blanco de fuertes transformaciones. Ambas figuras jurídicas constituyen un fehaciente ejemplo de la evolución que se vive y se observa en la realidad empresarial, habida cuenta de que han resultado en los últimos años, opciones de vital importancia para la ejecución contractual.

En cambio, en los ordenamientos jurídicos de las diferentes naciones latinoamericanas no puede hablarse de una teoría acabada respecto a esta figura en materia de contratación empresarial si tomamos como referencia lo que dispone la ley civil, aunque muchos países están realizando esfuerzos en este sentido.

En virtud del Convenio de Roma del 19 de junio de 1980, sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, se hace alusión a la intervención de terceros bajo las figuras de la cesión de créditos y la subrogación,<sup>8</sup> demostrando su presencia en la

<sup>8</sup> Artículo 12 (cesión de crédito) y artículo 13 (subrogación) del Convenio de Roma del 19 de junio de 1980 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales.

contratación internacional al determinar la ley aplicable cuando se acude a estas modalidades. Estas dos figuras han adquirido relevancia en el subcontrato, pues permiten que los agentes económicos confíen la gestión y desarrollo de su proceso productivo o de servicio a otras empresas independientes, estando presente esta figura en varias legislaciones.

En este sentido, en la comunidad europea se aprobaron una serie de condiciones generales<sup>9</sup> aplicables en particular a los contratos de adquisición de servicios y suministros de escasa cuantía, según el límite máximo establecido en el apartado 2 del artículo 129 de las normas de desarrollo del reglamento financiero. Entre las disposiciones contenidas en estas condiciones generales se incluye el subcontrato en el artículo 12, y la cesión de derechos, en el artículo 13, supeditándose su utilización a la autorización de la autoridad competente.

Así, estas condiciones tienen sus antecedentes en la Decisión del Consejo de las Comunidades Europeas, del 10 de diciembre de 1982, relativo al régimen aplicable, en materia de garantías y de financiación de la exportación, a determinados subcontratos en los que sean parte subcontratistas de otros Estados miembros o de países no miembros de las comunidades europeas.

En otros países se habla de subcontratación industrial,<sup>10</sup> que engloba a sectores muy diversos, como la fundición, mecanización, tratamientos térmicos, recubrimientos superficiales, matrices, moldes y modelos, utillajes, plásticos, caucho, electricidad, electrónica, entre otros. Este término no es un fenómeno nuevo, pero muchos países que todavía no han adquirido el reconocimiento que tienen, por ejemplo, Francia, Alemania, Reino Unido e Italia, existiendo datos que muestran la importancia que tiene esta actividad para la economía de un país.

<sup>9</sup> Condiciones generales del contrato (82/854/CEE), del 18 de junio de 2004, y revisadas en diciembre de 2007.

<sup>10</sup> Actualmente no existe una definición universal que integre y represente todas las formas que toma la subcontratación en los distintos contextos nacionales y normativos.

En otros países, como España, se habla de la subcontratación asociada a la construcción como fenómeno económico y de su creciente desarrollo en los últimos tiempos. Debido a las dimensiones y a la complejidad de las obras y a los múltiples elementos que con distintas especializaciones intervienen en la misma, la subcontratación ha sido objeto de escaso interés por parte de la doctrina civilista española, no así por parte de los tribunales, sobre todo a partir de los años noventa; por ejemplo, el Tribunal Supremo, el 23 de diciembre de 1999, en su RJ 1999, 9142, hizo referencia a la institución del subcontrato sobre un asunto de construcción inmobiliaria. En ese sentido, ofreció consideraciones al respecto.<sup>11</sup> Sin embargo, muy distinta es la situación de la figura del subcontrato en la realidad latinoamericana, en la que ésta se encuentra asociada al ámbito laboral y, dentro de éste, al suministro de recursos humanos, sobre todo por las grandes empresas y cadenas de tiendas. Lo anterior se pone en evidencia en Chile, por ejemplo, un país en el que el subcontrato está reconocido en el artículo 64 del Código del Trabajo, aunque con una parca regulación.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Con referencia a la construcción inmobiliaria, el subcontrato supone una relación contractual derivada de otra precedente, por virtud de la cual una de las partes, en lugar de ejecutar directamente y con sus propios medios las obligaciones asumidas en el pacto originario, contrata con un tercero su realización total o parcial; es decir, la figura del subcontratista se produce cuando el promotor o dueño de la obra encomienda su ejecución a un contratista y éste encarga a un tercero (subcontratista) dicha ejecución o parte de ella, de manera que sólo quien tiene la consideración de contratista puede subcontratar, pues el promotor o dueño de la obra, aunque ya hubiera convenido la realización de ésta con una persona (contratista), si pactara la plasmación de determinadas tareas o labores con otra, ésta se situaría jurídicamente como contratista y no como subcontratista.

<sup>12</sup> En Chile se desató una polémica legislativa en torno al subcontrato y al suministro de trabajadores debido a que el subcontrato está reconocido legalmente, por lo que se trata de una figura lícita. En nuestra legislación económica existen algunas lagunas jurídicas respecto al contrato económico de suministro de recursos humanos, que establecen nuestras empresas empleadoras para ofrecer los servicios laborales a entidades privadas y extranjeras domiciliadas en el territorio nacional.

En la Conferencia Internacional del Trabajo núm. 85, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la subcontratación fue una preocupación central; sin que la reunión pudiera alcanzar una resolución que convenciera a todas las partes y a todos los países representados, quedó en evidencia que la situación concreta de la subcontratación en las distintas regiones pone de manifiesto la importancia que este fenómeno tiene hoy en día en el sistema de relaciones laborales, y le incorpora nuevos elementos al debate actual sobre flexibilización, derechos individuales y derechos colectivos.

El cambio estructural que ha tenido la forma de producir bienes y prestar servicios en un modelo de mercado y de economía abierta se expresa en las nuevas formas de empresa, las cuales han pasado de ser una unidad nítida a una compleja trama de relaciones entre diversas pequeñas empresas o superempresas que se contratan y subcontratan entre sí. Se produce así, en la mayoría de las relaciones laborales, la aparición de uno o varios terceros para garantizar contratos mercantiles, lo que desperfila frecuentemente la figura del empleador tradicional, dificultándose a veces la identificación de las partes de la relación laboral y, por lo tanto, la responsabilidad que les atañe a cada una en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus derechos.

En el marco del régimen jurídico de nuestra contratación económica, los sujetos que actúan como partes pueden valerse del subcontrato y de la intervención de terceros para lograr el efectivo cumplimiento de las obligaciones contraídas, sobre todo para garantizar los recursos humanos y materiales necesarios para avalar su obligación como parte del contrato económico principal.

Las normas para los contratos económicos ya derogadas resultaron muy limitadas; no obstante, existió cierta regulación al respecto en el proceso inversionista por la vía de las condiciones generales que mediante decretos se establecieron con cierta ligereza. Tanto la Resolución 2253-05 como el anterior Decreto-Ley 15-1978 olvidaron tratar la efectiva intervención de terceros por la vía del subcontrato y la transmisión de la posición contractual, por lo que el operador del derecho estuvo restringido a la apli-

cación de las escuetas disposiciones establecidas. Por otro lado, en relación con el contrato de arrendamiento, el Código Civil se pronuncia de manera negativa en el artículo 395.<sup>13</sup>

Se deduce, entonces, que el subcontrato es prácticamente inexistente en sede del derecho civil, aun cuando las partes, al tratarse de una relación empresarial, pudieran acudir a esta institución en virtud de la autonomía de la voluntad.

Nuestro Código Civil no ofrece elemento alguno que pudiera auxiliar a las partes para la utilización de esta modalidad de ejecución contractual. En consecuencia, el legislador en materia de contratación económica ha sido —a mi modesto entender— lo suficientemente amplio como para dar apertura a esta institución en los negocios jurídicos empresariales que los momentos requieren.

Artículo 22.1. Subcontrato: El subcontrato es un nuevo contrato de idéntica naturaleza que el principal, mediante el cual la parte de un contrato con prestaciones pendientes (subcontratante), crea con un tercero (subcontratado), una nueva relación contractual derivada de la que aquel tiene en el contrato principal.

Artículo 22.2. No pueden subcontratarse las obligaciones que requieren la prestación personal del subcontratante por disposición legal, por la naturaleza de estas o por haberse pactado expresamente en el contrato.

Artículo 23. Acciones del subcontratado: El subcontratado puede ejercitar:

Las acciones derivadas del subcontrato contra el subcontratante; y salvo pacto en contrario, las acciones que corresponderían al subcontratante contra la otra parte del contrato principal, en la extensión en que esté pendiente el cumplimiento de las obligaciones de ésta, respecto del subcontratante. Estas acciones pueden ser ejercidas en nombre e interés propio del subcontratado.

Artículo 24.1. Acciones de la parte que no ha concertado el subcontrato: La parte que no ha concertado el subcontrato, man-

<sup>13</sup> Que el arrendatario no puede subarrendar ni ceder por título alguno el bien arrendado a un tercero, a menos que medie autorización expresa del arrendador.

tiene contra el subcontratante las acciones derivadas del contrato principal.

Artículo 24.2. Puede ejercer también, salvo pacto en contrario, las que corresponden al subcontratante contra el subcontratado y puede ejercerlas en nombre e interés propio.

Artículo 25. Terceros en la ejecución del contrato: La parte obligada a ejecutar la prestación objeto del contrato puede concertar con un tercero otros contratos de distinta naturaleza para realizar determinadas prestaciones que garanticen la ejecución de aquella, sin que ello implique su exención de responsabilidad frente a la otra parte contratante.

#### SECCIÓN TERCERA

Artículo 26.1. Contrato por persona a designar: Cualquier parte puede reservarse la facultad de designar ulteriormente a un tercero para que asuma su posición contractual, salvo si el contrato no puede ser concertado por persona distinta, o la determinación de los sujetos es indispensable.

Artículo 26.2. La asunción de la posición contractual se produce, con efectos retroactivos a la fecha del contrato, cuando el tercero acepta la nominación y su aceptación es comunicada a la otra parte contratante que no hizo la reserva. Esta comunicación debe revestir la misma forma que el contrato y ser efectuada dentro del plazo estipulado o, en su defecto, dentro de los quince días desde su concertación.

Artículo 26.3. Mientras no haya una aceptación válida del tercero, el contrato produce efectos solo entre las partes.

Es importante señalar que el escaso tratamiento formal del subcontrato no es un fenómeno exclusivo de Cuba en la región latinoamericana, habida cuenta de que el subcontrato sólo goza de regulación expresa en el derecho público, aun cuando es utilizado en los negocios privados, en los que aparece como una técnica teóricamente posible al no existir obstáculos legales para su admisión. Tanto en el subcontrato como en la cesión de créditos, que sí goza de un amplio tratamiento en los códigos civiles de América Latina, incluyendo a Cuba, se establece una relación entre tres sujetos, pero en cada una con sus particularidades. El subcontrato da origen a un nuevo derecho, en tanto en la cesión

se transfiere al cesionario el mismo derecho que corresponde al cedente. En la cesión de créditos, uno de los contratantes originarios transmite su posición a un tercero, desapareciendo éste de la relación contractual que a partir de ese momento subsiste entre el otro contratante y el tercero; no siendo así en el subcontrato, puesto que en él no desaparecen las relaciones entre las partes que han constituido el contrato originario, sino coexisten con el nuevo contrato.

La contratación y la subcontratación de obras y servicios entre empresas, y de éstas con trabajadores por cuenta propia, es una de las expresiones más particulares del proceso de descentralización productiva que puede observarse hoy en nuestras relaciones económicas, pues se observa un incremento de los sujetos en la economía cubana, por lo que es válido destacar la importancia del subcontrato en nuestra legislación actual con el incremento de las actividades de los trabajadores por cuenta propia, como otras personas que pueden acudir al subcontrato aun cuando no ostentan el estatus legal de empresarios, por lo que prácticamente es más acertado hablar, en materia de subcontratos, de sujetos de derecho económico en Cuba y no de empresas.

En este sentido, para la práctica actual, pueden fungir como contratistas no sólo las empresas, sino también trabajadores por cuenta propia vinculados a la construcción o al transporte de carga, o una cooperativa, por citar tan sólo tres ejemplos, pues en modo alguno estos contratos con la empresa pertenecen al régimen jurídico del derecho laboral. Se trata de un vínculo económico necesario para el cumplimiento del plan de la empresa con otra persona, natural o jurídica, que al no contar con los recursos necesarios, humanos o materiales, la entidad requiere de la prestación de servicios de un tercero, en este caso el trabajador por cuenta propia, porteador privado o la cooperativa.

El contratista, por razones económicas, puede acudir al subcontrato al considerar que la cantidad de trabajo justifica la intervención de terceros para garantizar los resultados y las actividades con la rentabilidad y calidad que las partes requieren, por lo que

ha sido una acertada inclusión de esta figura jurídica en nuestra legislación económica, sumamente importante para nuestro desarrollo empresarial, habida cuenta de que permite a las empresas, ganar en productividad, capacidad de adaptación y dinamismo en el mercado, además de que da la posibilidad de agilizar las estructuras empresariales y las dota de mayor flexibilidad, favoreciendo el acortamiento de los ciclos del negocio jurídico y la competitividad; asimismo, brinda mayores prerrogativas a los sujetos del derecho económico, favoreciendo de esta forma el desarrollo de la economía nacional.

Artículo 27.1. Promesa de la obligación o del hecho de un tercero: Puede pactarse por contrato la promesa que asume un sujeto (promitente) a favor de otro (promisario), de la obligación o el hecho que asumirá un tercero frente al promisorio.

Artículo 27.2. Si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido por el promitente, este último queda obligado a indemnizar al promisorio. La indemnización tendrá en todo caso naturaleza sustitutiva de la prestación principal.

Artículo 28.1. Contrato a favor de tercero: Se considera contrato a favor de tercero aquel en el que un sujeto denominado estipulante confiere a un tercero (beneficiario) los derechos o facultades de lo que ha convenido con otro sujeto denominado promitente, los que se entienden nacidos a favor del tercero desde que el contrato se perfecciona.

Artículo 28.2. La estipulación a favor del tercero puede agotar el contenido del contrato; en tal caso, todas las prestaciones derivadas del contrato se ejecutan a favor del beneficiario.

Artículo 29. Revocación o modificación de la estipulación a favor de tercero: El estipulante puede revocar o modificar la estipulación, mientras el tercero no declare aprovecharse del derecho ya nacido a su favor, pero no puede hacerlo sin la conformidad del promitente si este tiene interés en que ella sea mantenida. Igualmente puede pactarse la irrevocabilidad de la estipulación de la que resulta favorecido el tercero.

Artículo 30.1. Excepciones oponibles al tercero y resolución del contrato a favor de tercero: El promitente puede oponer al tercero

las excepciones derivadas del contrato básico y las fundadas en otras relaciones con él.

El estipulante, salvo pacto en contrario, tiene el derecho de poder exigirle al promitente el cumplimiento de la estipulación en provecho del tercero y, en su caso, interesar la resolución del contrato siempre que el tercero no haya declarado su voluntad de aprovecharse del derecho nacido a su favor en virtud de la estipulación. Asimismo, puede reclamarle el cumplimiento de dicha estipulación a su favor, si el tercero no ha declarado aprovecharse de ella o él la revoca.

### VIII. LA FORMA Y EL CONTENIDO DEL CONTRATO

Cuando la palabra “forma” es utilizada en el lenguaje de los juristas en relación con los contratos, se hace referencia a una serie de fenómenos que no siempre se distinguen con nitidez, pero cuya diferenciación es completamente necesaria.

Dentro de los elementos esenciales del negocio jurídico de carácter objetivo se encuentra la forma. Todo negocio requiere de ella, ya sea mediante cualquier signo verbal o escrito, o por la realización de una conducta determinada. Comprende la observancia de ciertas normas establecidas por el ordenamiento jurídico, o convenidas por las propias partes, porque de ella depende la existencia misma del acto.

La forma puede ser entendida en un sentido amplio y en un sentido estricto. Desde el primero de ellos, la forma se refiere al medio o mecanismo de expresión del que se sirven las partes para emitir una declaración de voluntad, dándola a conocer a sus destinatarios. La voluntad para manifestarse se puede revestir de los más variados ropajes: la palabra oral, la escritura, los signos, los gestos, las señales, las actitudes, los movimientos, hasta el silencio.<sup>14</sup> La forma, así entendida, es una cualidad inherente a todo negocio contractual. Toda declaración de voluntad tiene su

<sup>14</sup> Guglieri Sierra, José, “La forma en los negocios jurídicos. Su valor”, *Homage to Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Madrid, 1990, vol. VI, p. 253.

forma, y todos los medios de que la voluntad se vale para darse a conocer se consideran forma también.

En un sentido técnico jurídico o estricto, la forma se define como el mecanismo concreto y determinado que la ley o la voluntad de los particulares imponen para exteriorizar la voluntad contractual, mediante la que se alcanza la plena validez jurídica de dicha voluntad. Los contratos formales se caracterizan porque la forma ha de observarse para declarar su validez jurídica, no siendo suficiente una forma cualquiera entre las ya señaladas, sino una forma determinada, que se configura como un requisito esencial, integrándose en la estructura del contrato.

El entendimiento de la forma ha experimentado una constante evolución, que va desde la toma en consideración de sociedades caracterizadas por el predominio de un riguroso formalismo que, en principio, no incluye la escritura, sino la repetición de determinadas fórmulas o de conductas realizadas por los intervinientes, hasta la implantación del principio de espiritualidad de los contratos, alentada por la aparición de dos factores: la necesidad de dotar de agilidad al tráfico jurídico y el creciente valor que se atribuye a la voluntad personal, lo que conduce, no a la ausencia de forma indispensable para cualquier acto o negocio jurídico, sino a la libertad de forma.

De este modo, cabe afirmar que la forma no ha tenido siempre el mismo significado jurídico, sino que ha dependido del criterio que informase el ordenamiento jurídico en cada momento.

Al referirnos a la forma del contrato en función de tutelar derechos de la empresa, el antecedente más cercano resulta ser el derogado Decreto-Ley 15-1978, que fue la primera norma que en su artículo 6o. se pronunció sobre la forma del contrato económico;<sup>15</sup> debemos tener en cuenta el marco socioeconómico en que se puso en práctica la referida regulación. Actualmente no existe la Junta Central de Planificación (Juceplan); en su lu-

<sup>15</sup> Estableciendo que los contratos económicos se otorgarán por escrito. No obstante, la Junta Central de Planificación establecerá los casos excepcionales en que podrá prescindirse de este requisito.

gar funciona el Ministerio de Economía y Planificación, que dictó la también derogada Resolución 2253-05, que en su cláusula 3 hizo referencia a la forma del contrato<sup>16</sup> y limitó la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, pues estableció que el contrato debe constar por escrito y en idioma español, negando cualquier otra posibilidad al respecto; sin embargo, en las nuevas normas que informa el Decreto-Ley 304/2012 se ofrecen varias alternativas, ya que se establece que el contrato puede ser verbal o escrito, bien sea manuscrito, en forma documental impresa o en soporte electrónico, sin sujeción a otro tipo de formalidad, salvo las excepciones que en su caso se establezcan en correspondencia con la naturaleza y complejidad de las relaciones económicas que pretenda regular. No obstante ello, la relación jurídico-contractual puede probarse por cualquiera de los medios existentes en el derecho. La prueba debe evidenciar el acuerdo suficiente de las partes sobre la prestación que constituye el objeto de la relación contractual.

Un aspecto muy interesante del formato de la contratación empresarial lo constituye el anexo, pues mediante este documento, la lectura del contrato se hace más potable, al sacar de sus cláusulas una gran carga de datos económicos, que suelen entorpecer el formato contractual, lo cual no es común en un contrato civil, donde las partes precisan contenidos concretos sobre asuntos muy domésticos. En cuanto al anexo, si bien es limitada su expresión, al no ofrecerse definiciones, se entiende que el legislador se refirió a los documentos que pueden simplificar los contenidos de las diferentes cláusulas. Resulta necesario destacar que los contratos empresariales, por su contenido económico, mercantil y administrativo, son complejos, y mediante los anexos, que deben estar ordenados numéricamente, ayudan a la interpretación del contrato; se trata de tablas, gráficos, programaciones y proyectos que por su volumen, al momento de referirlos en la respectiva cláusula

<sup>16</sup> El contrato debe contar por escrito y en idioma español, sin sujeción a otro tipo de formalidad, a menos que las partes así lo acuerden o la ley lo exija. Como parte del contrato, al momento de su otorgamiento, se pueden adjuntar anexos que precisen y complementen sus cláusulas.

contractual, es más viable hacerlo en su orden de prelación. Por ejemplo, en un contrato de suministro es viable dejar un anexo para agrupar los surtidos por calidad, precio y fecha de entrega; en un contrato de ejecución de obra referirse al proyecto en anexo independiente al cronograma de entrega de las diferentes fases del proceso constructivo.

Artículo 31.1. Expresión del contrato: El contrato puede ser verbal o escrito. Como regla debe ser escrito, bien sea manuscrito, en forma documental impresa o en soporte electrónico, sin sujeción a otro tipo de formalidad, salvo las excepciones que en su caso se establezcan en correspondencia con la naturaleza y complejidad de las relaciones económicas que pretenda regular.

Artículo 31.2. El contrato puede contener anexos, entendidos como los documentos adjuntos a este al momento de su otorgamiento que precisan o complementan las cláusulas contractuales y que forman parte integrante de aquel.

Artículo 31.3. El original del contrato que redacten las partes es en idioma español, salvo las excepciones establecidas, con independencia de que se haya acordado la existencia de otras versiones idiomáticas del contrato, cuya fidelidad en la traducción garantizan las partes por los medios que de común acuerdo estimen pertinentes. En cualquier caso, existirán tantos ejemplares idénticos como partes concurran al contrato.

Artículo 31.4. Cuando las condiciones o características así lo aconsejen, las partes pueden concertar contratos verbales, observando en lo pertinente las reglas establecidas con carácter general para su concertación.

Sin embargo, el suplemento se refiere a las distintas actualizaciones o perfeccionamientos del contrato; si bien el anexo nace con el contrato, el suplemento no. El contrato no puede convertirse en una camisa de fuerza. El principio de hermenéutica no está divorciado del principio de la voluntad de las partes y sus respectivos derechos de reclamarse mutuamente y de llegar a cambios necesarios posteriores a la firma del contrato sin tener que volver a realizar nuevas concertaciones. El suplemento permite la

necesaria versatilidad que requieren los contratos empresariales en función de las leyes del mercado y su correspondencia con la producción y los servicios. No considerar el valor instrumental del suplemento significa estrangular la funcionalidad del contrato empresarial.

Por otro lado, en la práctica se firman contratos marco que luego son ejecutados por suplementos, que se asemejan a pequeños contratos, pues se trata de ir concretando las distintas tareas de los planes de las respectivas empresas partes del contrato. Por ejemplo, en un contrato de suministro cada entrega, independientemente del valor y funciones de la factura, suele y debe estar acompañada de un suplemento. Por otra parte, sin querer desestimar el objetivo contable de la factura que resulta imprescindible para exigir el cobro, el suplemento permite relacionar las cantidades con mejor detalle de los surtidos y la calidad recibida, pues la simple firma de la constancia de recibo de la factura no significa la aceptación del servicio. La factura es la información del servicio prestado para solicitar el correspondiente cobro, mientras que el suplemento puede ser el documento probatorio del recibo de la mercancía y su conformidad con la cantidad, la calidad, el surtido y los precios. Éstas son mis consideraciones al concepto de suplemento en correspondencia con el articulado de las nuevas normas sobre la contratación.<sup>17</sup> Resulta oportuno destacar que si bien por el carácter interno que poseen las nuevas normas sobre la contratación el idioma aplicable es el español, con respecto a la forma del contrato económico, nada prohíbe que de ser necesario se permita la posibilidad de existencias de copias literales en otros idiomas.

En cuanto al contenido, este asunto es la esencia del contrato; su sustancialidad está dada por la reglamentación privada de

<sup>17</sup> Artículo 31.2. Anexo del contrato. Se entiende por anexo, el documento adjunto al contrato al momento de su otorgamiento que precise o complemente las cláusulas contractuales. Mientras que el suplemento del contrato es el documento que se une al contrato, después de otorgado, para dejar constancia de cualquier modificación o concreción de su contenido, prorrogar su vigencia o declarar su extinción.

los intereses de las partes. Los teóricos del derecho han discutido y cuestionado el verdadero contenido del contrato e, inmersos en esa discusión, han planteado que el contenido lo constituyen las obligaciones que tienen las partes. Otros, en cambio, consideran como contenido a la voluntad, fundamentándose en el hecho de que si es inexistente la voluntad no existe contrato. En este sentido, no podemos confundir el contenido del contrato con las obligaciones contractuales que se derivan de él, ya que éstas son las consecuencias jurídicas que produce la perfección del contrato. La voluntad es el requisito *sine qua non* para que se perfeccione el contrato, pero no es su esencia.

Los elementos esenciales del contrato y sus presupuestos no son contenido de él, sino los ingredientes para su perfección, y por su parte, los presupuestos son las situaciones previas a la perfección, necesarias para que tenga plena validez y eficacia, como son la licitud, la posibilidad y la determinación del objeto del contrato o la capacidad de los contratantes.

Por consiguiente, debemos buscar el contenido del contrato en su composición; es decir, en sus cláusulas y pactos. Las cláusulas son las disposiciones negociales concretas de las partes sobre determinados aspectos del contrato y aluden más al documento en el cual el contrato se refleja, que al contrato mismo. Los pactos son disposiciones del contrato y están presentes sólo en negocios jurídicos bilaterales, a diferencia de las cláusulas, que son el contenido de los actos unilaterales dada su naturaleza jurídica.<sup>18</sup>

El contenido del contrato no es lo que las partes han querido, sino lo que las partes han declarado querer; pero éstas, al declarar su voluntad, no se limitan a manifestar cuál es, sino que dan a su declaración una vigencia jurídica.

Nuestro Código Civil, haciendo eco de que las reglas de conducta se corporizan mediante los pactos, cláusulas y estipulaciones, preceptúa en su artículo 312, que en los contratos las partes

<sup>18</sup> Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 4a. ed., Madrid, Civitas, 1995, vol. 1, pp. 331-334.

pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, salvo disposición legal en contrario.

En otros ordenamientos jurídicos se agrega la denominación “estipulaciones”, entendida en la actualidad como sinónimo de pacto, y que se encuentra en el Código Civil en los artículos 316.1 y 337.2.

Las cláusulas que componen el contenido del contrato pueden ser esenciales, accidentales o accesorias. El contenido esencial está constituido por aquellos pactos o cláusulas que son imprescindibles para que el contrato surta sus plenos efectos y realice la función económica, prevista para el tipo contractual. El contenido mínimo del contrato viene determinado por la ley.<sup>19</sup> Cuando la ley no determina expresamente cuál es el contenido del contrato, éste será no esencial o natural, estando implícito que constituyen un complemento del que pueden servirse las partes en cada contrato. En este sentido, es menester precisar que si es anulado algún pacto o cláusula que no tiene carácter de contenido esencial, subsiste el contrato con respecto a aquellas cláusulas o aquellos pactos que mantengan su vigencia. El contenido es accidental cuando éste no es necesario para lograr los fines del contrato y se encuentran en el contrato porque las partes así lo han determinado.

El contenido del contrato se basa en la *lex contractus* al estar integrado por las normas que reglamentan la conducta de las partes contratantes y que enumeran lo que pueden hacer, de acuerdo con sus intereses particulares, sin soslayar las normas imperativas.

Artículo 32. Objeto del contrato: El objeto del contrato debe describirse de forma tal que aparezcan claramente formuladas las prestaciones que lo conforman.

Artículo 33. Objeto de las prestaciones derivadas del contrato: Los bienes y servicios objeto de las prestaciones derivadas del contrato, deben ser descritos exhaustivamente, cumpliendo los requisitos de posibilidad, licitud y determinación.

<sup>19</sup> En un contrato de préstamo, por ejemplo, el contenido esencial es la entrega del bien, y el contenido accesorio sería el pago de intereses, en los casos que proceda.

Artículo 34. Plazos para el cumplimiento de las obligaciones: Las partes deben acordar los plazos para el cumplimiento total o parcial de sus respectivas obligaciones. En tal sentido, pueden convenir plazos esenciales, transcurridos los cuales cesa la obligación de aceptar la prestación contratada, sin perjuicio de la responsabilidad que se derive del incumplimiento.

Artículo 35. Términos o reglas internacionales: Cuando proceda, las partes pueden referirse en el contrato a términos y reglas internacionales comerciales, marítimas, arancelarias, tecnológicas o de cualquier otro tipo, conforme a sus acepciones técnico-jurídicas.

Artículo 36. Precios y tarifas: Los precios y tarifas se prevén por las partes en el contrato, teniendo en cuenta, en los casos que proceda, lo establecido en la legislación vigente.

Artículo 37. Pago: La forma, medio, plazo, tasas de interés, lugar y cualquier otra condición del pago, se acuerdan por las partes atendiendo a las disposiciones jurídicas vigentes.

Artículo 38.1. Efectos de la falta de pago: Como regla, si durante la ejecución de un contrato la parte obligada al pago incumple su obligación, la otra parte no está obligada a la ejecución de las obligaciones pendientes.

Artículo 38.2. No obstante, las partes pueden establecer en el contrato los supuestos en que la falta de pago no conlleva la suspensión de la prestación objeto de este, sin perjuicio del derecho a exigir la responsabilidad que corresponda.

Artículo 39.1. Parámetros de calidad: En el contrato se pactan de forma expresa los parámetros de calidad requeridos, así como los métodos y procedimientos a emplear para su comprobación.

Artículo 39.2. Cuando la calidad no ha sido pactada ni puede ser determinada basándose en el contrato, la prestación debe ser de una calidad razonable y en ningún caso inferior a la media generalmente aceptada de acuerdo con el uso o aplicación de la mercancía o utilización del servicio.

Artículo 40.1. Plazos de garantía comercial: Las partes acuerdan en el contrato los plazos de garantía comercial atendiendo a la naturaleza de la prestación que constituye el objeto del contrato, o en su caso, de acuerdo con las normas vigentes. De la misma forma, las partes acuerdan el momento a partir del cual este plazo

comienza a decursar. En su defecto, se entiende que el mismo comienza a contarse desde que la prestación es ejecutada.

Artículo 40.2. Asimismo, cuando proceda, también acuerdan todos los aspectos relacionados con la documentación técnica y comercial a entregar.

Artículo 41. Del seguro: En el contrato, cuando corresponda, debe determinarse la parte que debe obtener el seguro en virtud de los términos del contrato y de los riesgos contra los cuales se establece. El contrato de seguro que se firme se registrará por la legislación correspondiente.

Artículo 42. Soluciones alternativas para el cumplimiento: En el contrato las partes pueden acordar las opciones que tienen en caso de reclamación por incumplimiento de determinadas obligaciones, como soluciones alternativas para garantizar el cumplimiento específico de estas.

Artículo 43. Exclusividad: En el contrato pueden establecerse cláusulas de exclusividad a favor de una de las partes. La exclusividad debe hacerse constar de forma expresa, no se presume.

Artículo 44. Aviso: Como medida preventiva, las partes deben establecer en el contrato las formas de aviso ante la eventual posibilidad de un incumplimiento en su ejecución.

Artículo 45. Limitación o exención de la responsabilidad: Las partes pueden establecer en los contratos, en los casos que proceda, las causas de limitación o exención de responsabilidad, así como el modo de proceder cuando concurren tales causas.

Artículo 46. Solución de controversias: En el contrato debe pactarse el órgano judicial o arbitral ante el que se resolverán las controversias. No obstante, las partes deben negociar y solucionar amigablemente sus controversias previamente, debiendo agotar todas las posibilidades de arribar a acuerdo llegado el momento.

Artículo 47. Modificación y terminación del contrato: En el contrato las partes deben prever las circunstancias que pueden dar lugar a la modificación del contrato y el modo en que tal modificación debe realizarse. Asimismo, pueden establecer las causas de terminación del contrato.

Artículo 48. Vigencia del contrato: Corresponde a las partes, en su caso, determinar el término de vigencia del contrato o la prórroga de este, en defecto de lo cual se considera su expiración

cuando finalicen o se cumplan las obligaciones de las partes establecidas en el contrato.

Artículo 49. Otros pactos: Además de los elementos regulados en este capítulo, las partes pueden establecer en los contratos otras cláusulas, pactos y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no contradigan la legislación vigente.

## IX. LAS FORMAS DE GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS

El desarrollo y la utilización de las diferentes formas de garantías han estado determinados por el grado de desarrollo social y económico en estrecha relación con lo que en cada momento histórico se ha considerado como una obligación; de manera que, en un primer momento, se conocieron las garantías personales<sup>20</sup> y, en un momento posterior, las garantías reales.<sup>21</sup> La aparición de las garantías reales marca una etapa decisiva en la historia del crédito, sólo ellas son susceptibles de dar al acreedor una seguridad completa.

Desde las garantías constitucionales hasta las garantías procesales, o en la sustantividad de las garantías reales o personales, se encuentra en todo momento un principio fundamental: el de protección. De tal forma que resulta posible confirmar que la finalidad perseguida por la garantía no es otra que la de suministrar una seguridad, una protección o una defensa que como desdoblamiento de aquel concepto general reconforta las instituciones jurídicas.

La legislación cubana reconoce la conexión garantía-responsabilidad, y se entiende derivada de la norma del artículo 111 del

<sup>20</sup> Confieren al acreedor un derecho de naturaleza personal, que no se dirige hacia un bien concreto, sino hacia el mismo deudor o a un tercero.

<sup>21</sup> Son en las que el deudor, o un tercero a favor del primero, afecta bienes de su propiedad gravándolas con el objetivo de que sirva para el pago de sus obligaciones en provecho de sus acreedores; éstas, en consecuencia, conceden al acreedor un poder jurídico que recae sobre bienes concretos y determinan o atribuyen a éste, un derecho de naturaleza real que puede ejecutarse *erga omnes*.

Código Civil. Significa que en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor podrá instar ejecución forzosa sobre los bienes que efectivamente formen parte del patrimonio del deudor y obtener el cumplimiento con cargo a ellos. Ésta es la responsabilidad genérica del deudor, que sirve de garantía a todas las obligaciones; en otras palabras, es el sistema normal de responsabilidad establecido por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, esta garantía general no alcanza los bienes o derechos que hayan salido del patrimonio del deudor para formar parte de otro patrimonio no obligado (salvo fraude de acreedores).

Las garantías del crédito en sentido estricto son las medidas que el acreedor adopta para asegurar la efectividad de su derecho (no debe confundirse con el crédito que afianza); éstas refuerzan la posición jurídica del acreedor, pues aseguran la responsabilidad del deudor frente a éste; determinan el modo en que se resarcirá al acreedor del incumplimiento del deudor, y tendrán, según la garantía acordada, características jurídicas propias, en cuanto a su forma de realización y alcance en cada caso.

La accesoriedad implica subsidiariedad en la garantía; es por ello el carácter imprescindible que tiene el incumplimiento de la obligación principal como condición *sine qua non* para que actúe el mecanismo garante. Por ello hay que destacar dos fases en las relaciones de garantía: una potencial, anterior al vencimiento de la obligación garantizada, que consiste en asumir el riesgo del posible incumplimiento del deudor, y otra actual, que se inicia con la presencia objetiva del comportamiento incumplidor del mismo. Es en este preciso momento en el que la función de garantía se convierte en obligación de pago o de ejecución de la prestación debida.

Para los derechos reales de garantía, dicho control se realiza por el principio de *numerus clausus*, razón por la que resulta la imposibilidad de admitir otros derechos reales de garantía que no sean los admitidos expresamente por la legislación. Díez-Picazo argumenta su posición en este sentido partiendo de que el problema no radica en si existe o no la posibilidad de creación de nuevos derechos reales, sino cómo determinar los límites de esa creación,

afirmando el imperio del *numerus clausus* para los derechos reales de garantía, por entrañar un derecho de realización de valor y, sobre todo, una suerte de privilegio o de prelación, que les confiere carácter excepcional, pues tal suerte supone una particular derogación del principio de la *par conditio creditorum*.

Los límites que impone el control de legalidad a los derechos de garantías personales están determinados por la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, rector de las relaciones obligacionales. Los únicos acotamientos que en este sentido pueden hacerse se refieren a la validez del contrato.

Los derechos de garantías establecidos en nuestro Código Civil, aplicables a la contratación económica, son ratificados por los artículos 50 al 54 de las nuevas normas que informa el Decreto-Ley 304/2012. El artículo 50 establece que para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato pueden emplearse cualquiera de las garantías reconocidas por la legislación vigente. Este contenido estuvo muy restringido en la legislación anterior, por lo que, a modo de antecedente, resulta interesante destacar que la Resolución 2253-2005 del MEP legisló de manera muy escueta las garantías como forma de protección de los contratos económicos. La Resolución hace referencia a la garantía comercial sólo en su artículo 14, y el Decreto Ley 15-78 se refirió solamente a la sanción pecuniaria en el capítulo VII, artículos 37 al 40, denominado “De la responsabilidad”. No obstante, el carácter supletorio del Código Civil indica que las partes en una relación jurídica económica entre personas jurídicas, cualquiera que fuera, podrían aplicar las siguientes garantías, que pasaremos a identificar: la sanción pecuniaria, la prenda, la retención, la fianza, el anticipo, la autorización de descuentos, la hipoteca naval y las garantías bancarias o financieras.

Artículo 50. Garantías: Para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, puede emplearse cualquiera de las garantías reconocidas por la legislación vigente, así como cualquier otra válida, acordada por las partes.

## SECCIÓN SEGUNDA

### DE LA SANCIÓN PECUNIARIA

Artículo 51.1. Sanción pecuniaria: Las partes pueden pactar el pago de sanción pecuniaria por mora o por incumplimiento total o parcial de una obligación del contrato.

Artículo 51.2. Se entiende por sanción pecuniaria la suma de dinero pactada por las partes en el contrato, expresada en una suma alzada, porcentualmente o mediante otro indicador en relación con el valor de la prestación que se garantiza, cuya cuantía la parte infractora está obligada a pagar a la perjudicada con motivo del incumplimiento contractual.

Artículo 52. Cumplimiento de la obligación: El pago de la sanción pecuniaria no exime al infractor del cumplimiento de la obligación, salvo que expresamente se pacte lo contrario.

Artículo 53.1. Carácter de la sanción pecuniaria: La sanción pecuniaria sustituye la reparación de daños e indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento, salvo pacto en contrario, en cuyo caso las partes pueden acordar el resarcimiento de daños y la indemnización de los perjuicios solo en la cuantía en que estos no estén cubiertos por la sanción pecuniaria pactada.

Artículo 53.2. El pago de los intereses moratorios en las obligaciones pecuniarias excluye la sanción pecuniaria.

Artículo 53.3. El tribunal o el órgano arbitral está facultado para adecuar la sanción pecuniaria atendiendo al grado de cumplimiento de la obligación o en los supuestos en que esta resulte desproporcionada o abusiva.

Artículo 54.1. Garantías financieras: Las partes, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del contrato, pueden exigir la contratación de garantías con las instituciones financieras.

Artículo 54.2. Las garantías referidas en el numeral anterior constituyen contratos accesorios distintos del contrato principal, y como servicio financiero implican costos adicionales al solicitante.

#### 1. *La sanción pecuniaria*

Los artículos del 51 al 53 de las nuevas normas sobre la contratación reglamentan lo concerniente a la sanción pecuniaria y

ofrecen los detalles fácticos de su significado. La sanción pecuniaria es una forma de reparar los daños y perjuicios causados a la parte perjudicada por el incumplimiento de las obligaciones contractuales; cuando se trate de daños y perjuicios en una cuantía superior a la establecida como sanción pecuniaria (es decir, que ésta no cubra la cuantía del resarcimiento de daños y la indemnización de los perjuicios) deberá haber estado pactado en el contrato cualquier pago por encima de ella. Si bien es cierto que los términos “garantía” y “responsabilidad” están totalmente ligados, no se debe perder de vista que la responsabilidad como institución jurídica es distinta a la garantía. En el concepto de responsabilidad, el patrimonio del deudor se vincula al incumplimiento de sus obligaciones; en el concepto de garantía se sujetan específicamente algunos de los bienes del deudor o de un tercero al cumplimiento de las obligaciones.

Nuestro Código Civil se refiere a las garantías en el libro tercero, título I, capítulo III, artículos 268 y 269. La primera garantía que regula nuestro derecho común es la sanción pecuniaria, también conocida en la doctrina como cláusula penal, como es el caso de la República de Ecuador, en los artículos 1551 al 1560 de su Código Civil, o también conocida en otras legislaciones como “cláusula penal convencional”. La concertación de esta institución es muy útil para las obligaciones de hacer y no hacer, precisamente por la dificultad que posee reproducir o deducir las consecuencias concurrentes del daño o el lucro cesante, pues en ocasiones resulta muy difícil cuantificar el valor económico con la requerida relación causal sobre el cumplimiento específico de las obligaciones de estas clases. El acuerdo previo de la sanción pecuniaria posibilita mayor seguridad a la parte afectada de obtener al menos determinada cuantía para la obtención en alguna medida la indemnización de daños y perjuicios.

La sanción pecuniaria es aquella prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor, en caso de incumplimiento, de cumplimiento defectuoso o de retardo de la obligación principal. Constituye una garantía personal y convencional, cuya estipulación puede ser considerada como una garantía de la obligación

en cuanto a que su existencia asegura al acreedor el cumplimiento y facilita la exigibilidad del crédito. La sanción pecuniaria se establece por medio de una disposición que se incorpora al negocio constitutivo de la relación obligatoria, y que se encuentra en una relación de dependencia con la obligación principal.

Esta garantía puede cumplir diferentes funciones según se organice el sistema de intereses de la relación jurídica que las partes constituyan. Puede cumplir con la función de previa liquidación de daños, que es cuando el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación, pero la pena absorbe la indemnización de los daños, o sea que lo que exigirá el acreedor es el cumplimiento en forma específica y el pago de la sanción pecuniaria que contiene la indemnización de daños y perjuicios; o con la función sancionadora con carácter rigurosamente penal, que es cuando el acreedor exigirá el cumplimiento de la obligación, el resarcimiento de los daños y perjuicios que el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso le haya ocasionado y el pago de la pena.

Dicha garantía es exigible en los casos de incumplimiento total o parcial del contrato, pero también puede establecerse en los casos de mora del deudor en la ejecución de la obligación. Es decir, que las partes son libres para vincular esta garantía a todos los eventos mencionados o a cualquiera de ellos.

## 2. *La prenda*

A partir del artículo 270.1 del Código Civil aparece regulada la prenda, que puede ser realizada por el deudor o por un tercero mediante la constitución de un derecho real sobre un bien que pertenece a uno u otro. Ella faculta al acreedor para proceder directamente sobre el bien dado en garantía y satisfacerse con el producto de su valor. Esta forma de garantía tiene como efecto la constitución de un derecho real sobre un bien que se entrega como garantía del cumplimiento; por ello es una garantía real.

La prenda puede ser con desposesión; es decir, que el acreedor de ella está obligado a no usar el bien que se le ha entregado,

así como a conservarlo adecuadamente y responder por su pérdida o deterioro, salvo que esto se haya producido por culpa del deudor y sin desposesión, que es cuando el acreedor tiene derecho a usar el bien, e incluso cambiarlo de lugar (esto último con el consentimiento del deudor). No podrán ser objeto de prenda los bienes inembargables (la determinación de éstos se encuentra en el artículo 463 de LPCALE) conforme a lo dispuesto en el artículo 272 del Código Civil; esta prohibición se comprende si consideramos el efecto principal de esta garantía, que se extiende no sólo al valor del bien, sino que incluye la sanción pecuniaria o indemnización del daño, los gastos y los intereses. En caso de incumplimiento, el acreedor tiene derecho a enajenar el bien en subasta pública. Si es así, ha de entregarse al deudor el saldo que resulte de la satisfacción del acreedor, que comprende, además del valor del crédito, los gastos, los intereses, la indemnización de daños o la sanción pecuniaria. De no existir comprador, o el precio ofrecido no cubre el valor del bien, el acreedor puede adjudicarse al bien. Por su parte, si la prenda se constituyó a favor de una entidad estatal de crédito, aquélla se hace efectiva mediante la venta del bien a otras entidades estatales o cooperativas por el valor que tenga el bien al momento de producirse la venta. En estos casos no procede la subasta pública. Si el deudor cumple su obligación, la prenda se extingue.

La constitución de la prenda implica una limitación a la responsabilidad del deudor, debido a que el artículo 277 del Código Civil establece que cuando la obligación es garantizada con prenda, el acreedor sólo puede satisfacer su crédito con el bien gravado, de manera tal que el acreedor no podrá hacer efectivo su crédito sobre otros bienes del deudor; sólo tiene una acción real, estando prohibido el ejercicio de la acción personal cuando la garantía resulte insuficiente. Esto no significa un detrimento en la protección del acreedor, pues mientras no quede totalmente satisfecho su crédito en caso de cumplimiento defectuoso, la prenda no se extingue, dado el carácter indivisible de esta garantía.

### 3. *La retención*

Es la facultad concedida por ley a un acreedor, permitiéndole continuar con la detentación de un bien más allá del tiempo en que debió entregarlo a su deudor hasta obtener la satisfacción del crédito del que es titular; aparece regulada en el artículo 278.1 del Código Civil.

El redentor tiene preferencia con respecto a otros acreedores (en caso de colisión entre ellos) para cobrar su crédito sobre el valor del bien en el que recae su derecho de retención, siendo eficaz su derecho frente a otros acreedores, así como frente a sucesores singulares y a los terceros. Dicha garantía no se extingue hasta que no se pague totalmente la obligación.

La retención es una garantía especial, en tanto su finalidad no es la de satisfacer el crédito que se ostenta, sino la de constreñir al deudor de cumplir si quiere recuperar el bien. Por ejemplo, el caso del taller que arregla un auto, y al interesarse el dueño por su extracción, deberá pagar el arreglo, o de lo contrario el taller puede retener dicho bien. La retención es un medio coercitivo que tiene el acreedor sobre el deudor, que no se ejecuta normalmente sobre el bien, como ocurre en el caso de la prenda; sin embargo, el Código Civil autoriza a la entidad estatal que ejerce el derecho de retención a proceder a la enajenación del bien por medio de la red comercial para satisfacer su crédito; en otro caso sólo procede la vía judicial, en la que podrá realizarse la subasta y remate del bien, y con esto la satisfacción del crédito.

El ejercicio de esta garantía permite que su titular prolongue la detentación de una cosa ajena por su título y no por el que se detentaba anteriormente. El redentor no puede usar, disfrutar o disponer del bien, y si el deudor cumple su obligación, está obligado a entregar los frutos que origine el bien durante su posesión.

Puede producirse también la extinción de este derecho cuando el bien retenido se destruye físicamente, cuando se pierde la posesión del bien, o cuando el redentor renuncia a la garantía establecida a su favor, ya sea de forma tácita o expresa.

#### 4. *La fianza*

Se encuentra legislada a partir del artículo 280.1 del Código Civil. En virtud de ella, una persona distinta del deudor y del acreedor en una determinada obligación se obliga con este último a cumplir dicha obligación en caso de que el primero no lo haga. Es un tipo especial de garantía que se produce cuando un tercero se compromete a ejecutar la prestación debida por el deudor al acreedor. Así, el fiador garantiza el cumplimiento de una deuda ajena, obligándose personalmente; a su vez, se obliga de inicio a garantizar el cumplimiento de la obligación sin afectar su patrimonio. Para la perfección de esta garantía no es necesaria la concurrencia del deudor, pues ésta ocurre entre fiador y acreedor.

Ésta es una obligación subsidiaria, habida cuenta de que el fiador solamente interviene en caso de que el deudor incumpla, y el acreedor no puede compeler al fiador sin antes haber requerido al deudor para que cumpla.

Aunque para la constitución de la fianza no se requiere la presencia del deudor, en la práctica éste concurre a la perfección de la fianza. El fiador tiene ciertos derechos que hace valer en contra del deudor principal: la acción de reembolso y la acción subrogatoria. La fianza desaparece cuando se extingue la obligación principal, pero además existe una causa especial de extinción de la fianza que no produce la extinción de la obligación principal y que sucede cuando el acreedor, pasados tres meses de la fecha estipulada para el cumplimiento de la obligación principal, no demanda al fiador para que la haga efectiva. Así lo dispone el artículo 285.2 del Código Civil.

#### 5. *El anticipo*

En las relaciones contractuales donde resulta necesario realizar previamente determinados gastos por una de las partes, es

conveniente que se acuerde en la cláusula sobre los cobros y pagos, el aporte previo de determinada cantidad por adelantado. Por ejemplo, cuando en una compraventa la entrega depende de gastos de transporte, seguro y flete por parte del vendedor, es usual acordar determinado porcentaje como anticipo; también en los contratos de ejecución de obra, donde el ejecutor o constructor debe garantizar el suministro de determinados materiales para la ejecución de la obra.

Esta institución de garantía contractual, que está regulada en el artículo 286 del Código Civil, resulta de la entrega de una suma de dinero o de cualquier otro bien que un contratante hace al otro con el fin de asegurar una promesa de un contrato, confirmarlo, garantizar su cumplimiento o facultar al otorgante para poder resolverlo libremente consintiendo en perder la cantidad entregada.

Esta forma de garantía se produce en el momento de concertación del contrato, por lo que este convenio de garantía tiene un carácter real al ser esencial para su existencia y eficacia la transmisión posesoria de los bienes o la suma en que consista el anticipo. Esta característica lo distingue de la sanción pecuniaria, pues en el anticipo no hay una promesa de prestación futura para el caso de incumplimiento, sino una entrega efectiva de dinero.

En los apartados 2 y 3 del propio artículo 286 se reconocen los efectos que esta garantía produce respecto al que ha entregado el anticipo, de manera que si la parte que entregó el anticipo cumple la obligación que le corresponde, éste se imputa el precio de la prestación, manifestándose en este caso una función confirmatoria; en tanto si incumple su obligación, el apartado 3 dispone que el anticipo queda a favor del que lo recibió, cumpliendo así una función penal como garantía. En el apartado 4 del artículo establece que si la parte que incumple es la que recibió el anticipo, debe devolver éste duplicado. En este caso tampoco se exonera a esta parte a no cumplir la obligación que le corresponde.

## 6. *La autorización de descuentos*

La autorización de descuentos, regulada en el artículo 287.1 de nuestro Código Civil, resulta el mecanismo mediante el cual, si la parte incumplidora es un trabajador asalariado, la parte afectada podrá ascender a la afectación del salario mediante el cobro de la deuda por la vía de los canales establecidos en las disposiciones bancarias; en tal sentido, el deudor confiere a su acreedor la facultad para que efectúe descuentos de su salario y de otros ingresos periódicos para garantizar, mediante esta forma, el cumplimiento de su obligación.

Esta forma de garantía se establece a favor de las instituciones bancarias u otras entidades estatales, con la excepción que dispone el artículo 287.2 del Código Civil para el pago extrajudicial de obligaciones alimentarias. El deudor siempre será una persona natural, y la característica de esta forma de garantía es que recae en los salarios de la persona, garantizándose el cumplimiento de la obligación y la facilitación del pago. El acreedor podrá hacer efectivo su derecho al presentar al encargado de realizar los pagos de los salarios u otros ingresos la constancia fehaciente del contrato.

## 7. *La hipoteca aérea o naval*

Es la última de las garantías que regula nuestro Código Civil. Aparece en el artículo 288; aquélla se rige por disposiciones especiales, como el Decreto-Ley 1559, del 4 de agosto de 1954; además, se aplican los convenios internacionales de los que Cuba es signataria, como la Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas Relativas a los Privilegios e Hipotecas Marítimas, firmada en Bruselas, Bélgica, el 10 de abril de 1926.

En virtud de la hipoteca, se sujeta el bien al cumplimiento de una obligación principal; se constituye a favor del acreedor hipotecario un derecho real, que lo autoriza a promover la venta

del bien en caso de incumplimiento, para cobrar de esta forma su crédito, los intereses (si se pactaron) y la indemnización por daños y perjuicios. Ambas formas de hipoteca se constituyen sin que se produzca el desplazamiento de la posesión a favor del acreedor hipotecario del bien gravado, pues ésta se mantiene en poder del deudor.

Es interesante y halagadora la aplicación del derecho civil al ejercicio o desempeño de los contratos económicos, y el hecho real de saber que muchos de nuestros asesores legales, consultores jurídicos y abogados de bufetes colectivos que asesoran empresas utilizan las instituciones de las garantías para el cumplimiento de las obligaciones de pagos de sus clientes deudores, tales como la figura de la prenda, la retención, el anticipo, como forma de asegurar sus derechos de cobro como acreedoras de entidades irresponsables y, en esa dirección, agotar las gestiones de cobro ante el conformismo de la condonación de la deuda, mediante el expediente, para pasar la deuda a gastos de la empresa, trámite que conlleva a la formación de un expediente y a la consecuente pérdida económica para la empresa.

### 8. *Las garantías financieras*

Las nuevas normas sobre la contratación establecen en su artículo 54 lo referido a las garantías financieras. En la práctica son muy utilizadas en las relaciones de cobros y pagos, por lo general median los bancos y en algunos casos son emitidas por las instituciones financieras. Estos tipos de garantías se observan con mayor frecuencia en los contratos internacionales. Básicamente, existen tres grandes tipos de garantías financieras o bancarias en el comercio internacional: las garantías de oferta o licitación; las de reembolso, reintegro de pago o pago adelantado, y las de cumplimiento.

La garantía de licitación es aquella que pretende asegurar el compromiso de la parte que acude a una licitación para firmar el contrato de acuerdo con la oferta, si ésta es aceptada. Este tipo

de garantía siempre es exigida cuando la contratación se realiza mediante concurso o licitación. El banco garante se compromete a pagar al beneficiario a la primera solicitud, todo o parte del importe de la garantía en caso de que el licitador, después de haber sido declarado adjudicado, rehusara o no estuviera en condiciones de firmar el contrato o de emitir las garantías previstas en el pliego de condiciones.

La garantía de reembolso o reintegro de pago tiene la finalidad de asegurar al beneficiario de la misma, la devolución de los pagos anticipados por él en el caso de que el principal no cumpla con sus obligaciones o no se ajuste a los términos del contrato. Este plazo inicial será transferido definitivamente al exportador en la medida de los pagos del contrato; es decir, proporcionalmente a las entregas efectuadas o al avance de los trabajos.

La garantía de cumplimiento tiene como objetivo prevenir el eventual incumplimiento por el principal (o ejecutor de contrato) de las obligaciones contraídas en el contrato hasta la fecha o las fechas previstas para el cumplimiento de las mismas. Tiene como objeto el suministro o la entrega de bienes, la prestación de todo tipo de servicios y de la calidad técnica de los bienes e incluso, por ejemplo, el funcionamiento y el rendimiento técnico de una instalación después de su puesta en marcha, durante el tiempo previsto.

En nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto a las garantías bancarias, se observa que las instituciones financieras prestan en muchas ocasiones su aval o firma a las operaciones y contratos que realizan sus clientes para garantizar su cumplimiento. Se trata de operaciones bancarias activas en las cuales, en lugar de conceder al cliente dinero en efectivo en forma de crédito o préstamo, se le presta la fianza bancaria o el aval de la institución financiera para que pueda acceder a otros medios de financiación o para realizar operaciones o concluir contratos en donde se exija la garantía bancaria para asegurar las obligaciones contraídas por el cliente.

Los créditos de firma son las llamadas garantías bancarias; aquéllos suponen un compromiso por parte del banco, de hacer frente a una obligación de pago en caso de no hacerlo el cliente al

que se le presta la garantía bancaria. La prestación de la garantía bancaria requiere una relación de confianza del banco que concede su aval hacia el cliente que lo solicita.

Muchos autores señalan que el préstamo de firma es una operación compleja de carácter triangular que integra una relación subyacente establecida entre el cliente y el beneficiario, un mandato del cliente al banquero para otorgar la garantía a favor del beneficiario, y una relación de garantía que surge cuando el banquero se obliga con el beneficiario de conformidad con el encargo recibido del cliente; en otras palabras, hay una comisión mercantil vinculada a la concesión de una garantía personal.

Es un contrato de garantía personal en virtud del cual una institución financiera se posiciona como deudora subsidiaria de un tercero, ante el que se presta la firma, reforzando así la posición del deudor principal, que es el cliente bancario, avalado o garantizado. Si llegado el vencimiento de la operación garantizada no fuera satisfecha la obligación pecuniaria por el cliente bancario garantizado, será la institución financiera como deudora subsidiaria la que deberá hacer frente a dicha obligación pecuniaria, garantizada hasta el límite del crédito de firma o aval prestado. La institución financiera se convertirá así en acreedora del cliente garantizando que no ha hecho frente a sus compromisos garantizados.

Las modalidades del crédito de firma son básicamente el aval y la fianza bancaria, las garantías a primer requerimiento, las cartas de crédito o de confort y las garantías autónomas del comercio internacional.

Se denomina aval o fianza bancaria a la garantía personal prestada por una institución financiera para el cumplimiento de una obligación, que se constituye comprometiéndose la entidad crediticia a cumplir la obligación garantizada en caso de no hacerlo el deudor principal, no pudiendo extenderse a más de lo convenido en el contrato de afianzamiento.

En el aval existen tres partes intervinientes: el avalista o fiador, que es la institución financiera que presta su garantía personal como persona jurídica hasta el límite establecido en el do-

cumento de aval; el avalado, que es el cliente bancario que se beneficia de la prestación del aval bancario, y que es el obligado principal de la obligación garantizada, y el acreedor, que es ante quien se presta el aval o la fianza y ante el que la entidad crediticia asume la obligación cuando incumpla el avalado. Se perfecciona con el consentimiento, aunque debe ser formalizado por escrito, y es oneroso porque implica, por parte del cliente avalado, el pago de comisiones de formalización del aval y el riesgo asumido en la operación avalada. Existen varios tipos de avales, como los de carácter público<sup>22</sup> y los de carácter privado.<sup>23</sup>

También se han creado los denominados contratos de cobertura de riesgos por prestación, o contratos de cobertura de riesgo de líneas de avales, mediante los cuales una institución financiera pacta con un cliente una línea de crédito de firma hasta un límite garantizado. Resulta necesario destacar que dentro del límite garantizado, la institución financiera emitirá avales o fianzas singularizados e individualizados; el cliente paga una comisión de formalización de cada aval y una comisión de riesgo de cada operación. El contrato de líneas de avales es un contrato consensual, y por su connotación potencial de carácter internacional se recomienda que sea protocolizado por notario.

Las garantías a primer requerimiento se denominan también garantías o fianzas a primera demanda; avales a primer requerimiento o garantía, o fianzas a primera solicitud o aviso. Son garantías personales que presta un fiador, que es una entidad financiera, obligándose a pagar una suma pecuniaria al beneficiario de la garantía en el mismo momento en que éste lo requiera y se la reclame en la forma y término estipulados. El garante no podrá oponer excepciones derivadas de la relación causal o subyacente.

Es un contrato de garantía autónomo, por el que un tercero (institución financiera normalmente) intercede ante el acreedor

<sup>22</sup> Son exigidos para garantizar determinadas situaciones jurídicas de carácter público o administrativo, o ligadas al ejercicio privado de funciones públicas.

<sup>23</sup> Exigen un aseguramiento bancario de una operación o contrato privado formalizado entre particulares o instituciones privadas.

garantizando el cumplimiento de determinadas obligaciones de un deudor principal, con la única particularidad de que la obligación de pago del garante se funda y se vence por la sola reclamación de pago hecha por el acreedor, sin que el garante pueda discutir la corrección material de esta reclamación desde la perspectiva del deudor principal ni oponer al pago las excepciones que este deudor pudiera oponer al acreedor.

Se ha considerado que las garantías autónomas o independientes constituyen una modalidad de garantías personales surgidas al amparo del principio de autonomía de la voluntad. En ella la banca garante asume una obligación distinta, autónoma e independiente de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza. La banca garante no puede oponer al beneficiario que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la relación de garantías, ya que la obligación es abstracta e independiente del contrato inicial garantizado.

Del contrato de garantía autónoma surge una obligación líquida, determinada en el contrato y pagadera a su mera reclamación. Del pago de la garantía surge el derecho al regreso del garante frente al ordenante de la garantía prestada.

Las cartas de confort o patrocinio nacen en el ámbito de las relaciones financieras entre los grupos de sociedades, las empresas madres y sus empresas componentes, subsidiarias o filiales, y tienen por objeto reforzar la financiación de esas empresas filiales, dependientes o integrantes del grupo. La relación de patrocinio se produce cuando la sociedad matriz, solvente de un grupo societario o empresarial, emite una declaración escrita dirigida a una institución financiera, comunicando su propia posición en la relación de influencia o el dominio que ejerce sobre una de sus sociedades filiales; ello como un medio de apoyo para la financiación cuyo beneficiario es la sociedad filial.

La sociedad emisora asume una serie de compromisos más o menos onerosos y vinculantes en relación con el acreditante, con lo que se involucra de alguna manera el patrocinador. La eficacia de la carta de patrocinio depende directamente de los contenidos que forman este instrumento, de manera que el juicio de valor a

emitir en cada caso queda condicionado de manera especial por las concretas declaraciones y cláusulas adoptadas. Existen varias clasificaciones de las cartas de patrocinio; entre ellas se encuentran las débiles<sup>24</sup> y las fuertes. Desde el punto de vista interno de la sociedad patrocinada, con la carta de patrocinio se logra el ahorro de trámites en la estipulación social de garantías, puesto que generalmente se acepta la suscripción de la declaración concreta de patrocinio por un administrador.

En la realidad bancaria cubana también existen algunos mecanismos de pago que hoy día desempeñan, en mayor o menor medida, dicha función de garantía. En este contexto, existe un mecanismo de pago que ha ganado gran favor en el tráfico jurídico: la operación de crédito documentario; así lo afirma Guerrero Lebrón.<sup>25</sup>

Consideramos que la naturaleza contractual del crédito documentario viene implícita en la definición que de los mismos realizan las Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios de la Cámara Internacional de Comercio, RRUU 600, artículo 2o., al concebirlos del modo siguiente:

...el contrato es en esencia un acuerdo de voluntades expresado a través del consentimiento, cualquiera que sea su denominación o descripción, por lo que el banco (banco emisor), obrando a petición y de conformidad con las instrucciones de un cliente (ordenante) o en su propio nombre se obliga a hacer un pago a un terce-

<sup>24</sup> Las cartas débiles son aquellas en donde la sociedad matriz comunica a la entidad financiera su conocimiento y aprobación de la operación de financiación, mientras que las fuertes son en las que la sociedad madre se compromete a garantizar la financiación o en las que simplemente adquiere el compromiso de mantener su presencia accionarial en la sociedad filial financiada.

<sup>25</sup> El crédito documentario surge como consecuencia de una necesidad sentida en el tráfico comercial internacional, la de dar una solución al problema de la desconfianza que puede existir entre los sujetos establecidos en plazas diferentes cuando realizan transacciones comerciales, pues el vendedor, al desprenderse de la mercancía, no tiene la seguridad de que éstas vayan a ser recogidas y pagadas por un comprador desconocido; asimismo, el comprador que paga la mercancía antes de recibirla y comprobar su estado no tiene certeza de que el vendedor la remita efectivamente.

ro (beneficiario) o a su orden, o a aceptar o pagar letras de cambio (instrumentos de giro) librados por el beneficiario, o autoriza a otro banco para que efectúe el pago, o para que acepte y pague tales instrumentos de giro o autorice a otro banco a que negocie, contra la entrega de los documentos exigidos, siempre y cuando se cumplan los términos y condiciones del crédito.

A partir de la definición ofrecida en las RRUU sobre los créditos documentarios, se colige la intervención de tres sujetos, al menos en la forma más elemental de esta figura; esto es, el ordenante, que es quien emite las instrucciones al banco; el banco emisor, que paga contra el examen de los documentos, y el tercero beneficiario, que es el destinatario de la prestación.

El ordenante y el beneficiario se encuentran ligados por una relación jurídica contractual, normalmente una relación de compraventa internacional, en la que el crédito documentario no es más que el medio que aquéllos eligen para realizar el pago o cumplimiento; en este sentido, queda designado el crédito documentario como forma de pago y se engrana al mecanismo de la compraventa, o al de otro negocio jurídico subyacente entre las partes, una nueva relación contractual; es decir, la relación entre el ordenante y el banco emisor, a la que la doctrina mayoritaria le señala el carácter de una comisión mercantil que encauzará el cumplimiento del contrato base por canales bien específicos.

La selección del crédito documentario como forma de pago obliga al beneficiario a adoptar todas las medidas necesarias para poder cobrar el crédito abierto a su favor, al cual se obliga el banco. El crédito documentario constituye un medio a disposición de las partes para la satisfacción de un derecho de crédito, surgido en el marco de la llamada relación de voluntad o relación base, la cual generalmente se trata de un contrato de compraventa internacional, que también es perfectamente aplicable para otras modalidades de negocios jurídicos. La entrega de los documentos determina que el vendedor cumpla, no respecto al comprador, sino a un banco; la sola presentación de éstos, aun cuando las mercancías efectivamente no hayan llegado a manos del comprador, determina el cumplimiento, cargando este último con el ries-

go comercial de la falta de calidad de las mismas. Esta característica distintiva se halla también comprendida legislativamente en las RRUU, artículo 4o.<sup>26</sup>

El crédito documentario se inserta como mecanismo de pago a un contrato base entre el ordenante y el beneficiario, de la que se desprende una nueva relación jurídica entre dicho ordenante y el banco, que se obliga a la apertura del crédito (banco emisor), y que también puede dar pie al nacimiento de una tercera relación contractual entre el banco emisor y una entidad intermediaria, que puede fungir como banco avisador o notificador; banco designado, o banco pagador o confirmador, a lo que habría que añadir la relación entre el banco emisor o la entidad intermediaria y el tercero beneficiario.

En estos últimos diez años, el sistema bancario cubano, básicamente, ha trabajado intensamente en la práctica de las cobranzas para garantizar la ejecución de los cobros y pagos derivados de la compraventa de mercancías o de la prestación de los servicios entre personas jurídicas. Anterior a la legislación vigente; es decir, la Resolución del Banco Central de Cuba 101, denominada Normas para los Cobros y Pagos, existieron dos resoluciones: la Resolución 56-2000 y la Resolución 64-2000, que fueron perfeccionadas por la Resolución 245-2008, denominada Normas Bancarias para los Cobros y Pagos, que estuvo vigente solamente tres años, hasta la promulgación de la referida Resolución 101/11, que regula los instrumentos de pago y títulos de crédito, tales como el dinero en efectivo; billetes y monedas en circulación; la transferencia bancaria;<sup>27</sup> el cheque nominativo;<sup>28</sup> la

<sup>26</sup> Todas las partes intervinientes en un crédito negocian con documentos y no con mercancías, servicios y/u otras prestaciones que a tales documentos puedan referirse.

<sup>27</sup> La realiza el banco siguiendo instrucciones de su cliente. Mediante esta operación, el banco debita la cuenta del cliente por la cantidad objeto de la transferencia y acredita la cuenta del beneficiario.

<sup>28</sup> Mandato de pago en el que se consigna el beneficiario y no se permiten endosos. Este tipo de cheque puede adoptar las modalidades de cheque certificado, cheque vouchers y cheque de gerencia.

orden de cobro;<sup>29</sup> la tarjeta plástica;<sup>30</sup> la carta de crédito local;<sup>31</sup> la letra de cambio,<sup>32</sup> y el pagaré.<sup>33</sup> La integración de estos instrumentos de cobro y pago, muy útil en la práctica empresarial, significa un paso importante dentro de la contratación económica cubana, tanto para la economía nacional como para el ejercicio del comercio exterior.

## X. LA INTERPRETACIÓN, LA CALIFICACIÓN Y LA INTEGRACIÓN DE LOS CONTRATOS ECONÓMICOS

Una de las funciones más importantes del operador del derecho empresarial es la interpretación jurídica de la norma, y dentro de este campo de acción la referida a la integración con los contratos empresariales, que permite, entre otras cosas, descubrir la posible colisión entre las reglas jurídicas y analizar su clasificación en correspondencia con el régimen legal aplicable, con el fin de estar en condiciones de dilucidar la problemática que se desee examinar.

Muchos criterios se han manejado en materia de interpretación contractual, a partir del análisis de las diferencias que existen entre la interpretación en su sentido gramatical y en el ámbito jurídico. Para el tratadista Díez-Picazo, la interpretación de un contrato supone una ardua y compleja labor del intérprete, quien, además de eliminar las eventuales dudas y ambigüedades del contrato, ha de tratar de encontrar la concreta voluntad de las par-

<sup>29</sup> Se utiliza para debitar regularmente cuentas según la demanda del beneficiario de los fondos a extraer, previa autorización por una vez de los titulares de las mismas.

<sup>30</sup> Medio de pago electrónico utilizado en conjunción con sistemas de autorización y liquidación de las transacciones realizadas con su ayuda.

<sup>31</sup> Es la emitida y avisada por los bancos cubanos. Se rige en su emisión y tramitación por la Reglas y Usos Uniformes para las Cartas de Créditos, emitidas por la Cámara Internacional de Comercio.

<sup>32</sup> Título valor que obliga a pagar una deuda a su vencimiento en un lugar determinado a favor de quien resulte su legítimo tenedor.

<sup>33</sup> Título valor que constituye un reconocimiento de deuda por escrito o promesa de pago de una suma de dinero, hecha a la persona del acreedor.

tes.<sup>34</sup> Al decir de Lacruz Berdejo, interpretar un contrato es declarar cuál es la virtualidad de las palabras en que se ha expresado la voluntad de las partes. Interpretar un contrato es observar las manifestaciones negociales y las cláusulas o estipulaciones para determinar su sentido y alcance.<sup>35</sup>

En el orden de la doctrina judicial, la jurisprudencia argentina ha dicho que “interpretar, es decir, reconstruir la intención, significa colocarse en un punto de vista que esté por encima del interés de cada una de las partes y efectuar una investigación definitiva, la única apta para reconstruir, en sus términos efectivos, el contenido del contrato”.<sup>36</sup>

En la doctrina patria se ha definido como “una compleja actividad encaminada a indagar y reconstruir el comportamiento que ha de atribuirse a una declaración dentro de la órbita social en que se expresa; por lo que debe ir encaminada a obtener la idea que se le atribuye en el ambiente social, para así determinar el contenido del supuesto negocio jurídico”.<sup>37</sup>

La doctrina científica aproxima la labor del intérprete del contrato, a la que despliega el intérprete de la norma jurídica. A la postre, se dice que el contrato también es una norma, pero de alcance más particular, que sólo compromete, en principio, a las partes contratantes, no así a terceros.<sup>38</sup> Lo cierto es que en todo momento la interpretación contractual debe apreciarse tanto en

<sup>34</sup> Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato*, 4a. ed., Madrid, Civitas, 1993, vol. I, p. 367.

<sup>35</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1997, p. 301.

<sup>36</sup> Ghersi, Carlos Alberto, *Contratos civiles y comerciales*, 4a. ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1999, pp. 257 y 258.

<sup>37</sup> Pérez Fuentes, Gisela, *Separata de derecho civil. Parte general*, La Habana, ENPES, 1989, pp. 64-67.

<sup>38</sup> Según Spota, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1975, vol. II, pp. 88 y 89, la función de las reglas de interpretación contractual es precisamente “...la de establecer el genuino sentido del consentimiento contractual, o sea, de hechos comprobados y de los cuales resulte la intención de uno y otro contratante”.

su aspecto objetivo como subjetivo, pues tanto una como la otra buscan la aplicación de la ley o del contrato.

Para que exista una mayor comprensión de la ley deben tenerse en cuenta las palabras del legislador, aunque en ello no puede tener lugar la interpretación gramatical, pues traería como consecuencia que se perdiera el sentido de la norma que se busca, y el intérprete dejaría de ser un operador del derecho. Las expresiones literales de las palabras de los contratantes deberán ser tomadas como la genuina declaración de su voluntad, pero siempre teniendo en cuenta que hay que atenerse, más que a lo literal de la expresión de la voluntad, a la voluntad real y común de los contratantes.

Existen diferencias entre la interpretación de una norma y la interpretación de un contrato. Interpretar una norma constituye darle un sentido y alcance a un fenómeno que por su naturaleza se presenta como una formulación abstracta de una obligación existente en el ámbito jurídico; en tanto que la interpretación de un contrato es, por el contrario, la interpretación de un comportamiento humano, de un supuesto de hecho concreto. Teniendo en cuenta los conceptos anteriormente expuestos, se puede plantear que interpretar un contrato implica descifrar la voluntad de las partes que pretenden desarrollar un negocio jurídico contractual, tomando como referencia los elementos esenciales del mismo y destacándose en ellos el consentimiento manifiesto en la propia declaración de voluntad.

Como se mencionó con anterioridad, la interpretación contractual no sólo se evidencia en el ámbito subjetivo, sino que se requiere la existencia de condiciones objetivas que se presentan al momento de implementarse el negocio jurídico en cuestión.

### 1. *Los tipos de interpretación. Interpretación subjetiva e interpretación objetiva*

Realizando una contextualización extensiva del concepto que nos ofrece el profesor Leonardo Pérez Gallardo sobre la interpre-

tación de los contratos civiles, se pueden trasladar al campo de los contratos económicos las siguientes reflexiones. La doctrina científica diferencia los tipos de interpretación de los contratos a los que llama respectivamente subjetiva y objetiva.

La primera tiende a buscar la voluntad o intención común de los contratantes, *voluntas spectanda*. Con este tipo de interpretación se parte de la búsqueda de la intención de los contratantes, prevaleciendo ésta sobre la literalidad de los términos empleados en el contrato. La segunda es aquella operación que trata de eliminar las dudas y ambigüedades de la declaración contractual, atribuyéndole un sentido y significado obtenido a través de criterios objetivos, con independencia de lo que los declarantes pudieran querer.

El profesor Leonardo, haciendo un análisis sobre los tipos de interpretación del Código Civil (artículo 52), llega a la conclusión de que en éste se combinan ambos tipos de interpretación: la subjetiva y la objetiva. La primera se pone de manifiesto cuando establece que los términos de una manifestación de voluntad que no son suficientemente claros deben ser interpretados teniendo en cuenta la voluntad presumible del que la emitió. La segunda se evidencia en la última parte del artículo, cuando refiere al significado generalmente aceptado de las palabras y las demás circunstancias concurrentes, y concluye planteando que no hay una prevalencia de un tipo de interpretación sobre el otro.<sup>39</sup>

En este orden de ideas, resulta obligado señalar que el Código Civil cubano (CCC) hace referencia escasamente a la interpretación en el citado artículo 52 y no aborda algunos aspectos que ofrece la interpretación de las condiciones generales, que de cierta forma abundan en el régimen jurídico de los contratos económicos, sobre todo en el proceso inversionista. Por ello se suscitan mayores problemas para descifrar la voluntad de las partes, reflejada en el contrato, y esto puede encontrar una solución en las reglas para la interpretación. Se pueden citar como ejemplos: la regla

<sup>39</sup> Pérez Gallardo, Leonardo B., *Derecho de contratos*, Editorial Félix Varela, 2003, t. I, pp. 235-237.

de permanencia, la regla de la condición más beneficiosa, la regla de la condición más importante, la regla de interpretación contra *proferentem* y la regla de interpretación restrictiva.

En cuanto a la regla de permanencia, se pone de manifiesto cuando existen discrepancias entre el contenido de una condición general, el de una cláusula particular y cuya solución se encuentra en lo que disponga la última. Según Jesús Alfaro, en caso de divergencia entre una condición general y una particular, se aplicará la que resulte más beneficiosa para el adherente. En el caso de que no pueda determinarse cuál es la más beneficiosa, prevalecerá la cláusula particular sobre la general.<sup>40</sup>

Este criterio es muy atinado, y contribuye a que el contrato sea redactado de una forma coherente y sin omisiones. Esta regla guarda estrecha relación con la *interpretatio contra proferentem* y se emplea mayoritariamente en los contratos por adhesión. La regla de la condición más importante se evidencia en los casos en que existan divergencias entre dos condiciones generales, cuestión que debe resolverse a favor de aquella que se corresponda con el tipo y la causa del contrato concertado.

Con independencia de los tipos de interpretación que se susciten en el ámbito empresarial, se debe tener en cuenta que descifrar de forma eficiente la voluntad de las partes contratantes trae como resultado que los contratos se califiquen correctamente y se aplique la legislación adecuada al caso en cuestión. Pero se debe destacar que interpretar y calificar dicho instrumento jurídico no constituyen términos que requieran de un tratamiento similar; sino que una actúa como presupuesto de la otra. Esta temática será abordada en el siguiente epígrafe.

## 2. Interpretación y calificación del contrato

En algunos casos pudiera resultar un poco confuso el empleo de los términos de interpretación y calificación, que a pesar de

<sup>40</sup> Alfaro Águila-Real, Jesús, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 312 y 313.

tener una notoria relación, es necesario distinguirlos al momento de su aplicación en el ámbito de la contratación económica. Para Puig Brutau, mientras que la primera sirve para determinar, a través de la conducta de cada parte, lo que una y otra han querido, la segunda supone clasificar el contrato a fin de atribuirle efectos jurídicos.<sup>41</sup> La interpretación persigue determinar lo que efectivamente han querido las partes, es una investigación de hecho. En tanto la calificación se inclina al terreno de los fundamentos de derecho, se intenta buscar la naturaleza jurídica del contrato, para que a partir de ahí se determine en qué tipo legal se subsume el supuesto fáctico que se presenta. O sea, se buscan las normas jurídicas que resulten aplicables al contrato.

La calificación es un quehacer fundamental para clasificar al contrato entre las categorías jurídicas existentes en el sector empresarial, bien sea en la ley, bien sea en la propia doctrina, para acertar en su integración. La calificación se convierte así en un presupuesto mismo de la interpretación.

La calificación es el resultado de las disposiciones legales que definen y caracterizan la figura contractual. Para Mosset Iturraspe, los problemas de calificación se suscitan entre las partes contratantes, principalmente cuando una de ellas intenta evadir una reglamentación legal de la figura jurídica que no se acomoda a sus intenciones o necesidades.<sup>42</sup>

Para que tenga lugar la interpretación contractual por parte de algunos hombres de negocio y la consiguiente calificación, es necesario que se regulen en la legislación sustantiva, reglas que esclarezcan o brinden una solución efectiva a una situación determinada. El Código Civil cubano regula de forma deficiente y muy general la temática interpretativa, lo que trae consecuencias nefastas para muchos operadores del derecho empresarial.

Hasta la promulgación del Decreto-Ley 304/2012 no existían normas que contemplaran las reglas de interpretación contrac-

<sup>41</sup> Puig Brutau, José, “Fundamentos del derecho civil”, *Doctrina general del contrato*, Barcelona, Bosch, 1954, vol. I, t. II, p. 294.

<sup>42</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, *op. cit.*, p. 315.

tual que nuestra legislación económica requiere. El capítulo VII, sección primera, dedica los artículos 55 al 62 a esta interesante institución que nos ha legado el derecho civil. En el artículo 55.1 se hace alusión a la regla *in claris nom fit interpretatio* al reflejar que la interpretación debe ajustarse al sentido literal de las palabras de las partes contratantes.

En el apartado 2 del propio artículo 55 hace referencia al respeto a la voluntad de las partes, al expresar que por generales que sean los términos de un contrato no pueden comprenderse cosas distintas y casos diferentes a los que los sujetos del contrato se propusieron contratar. Especial protección se le confiere a la voluntad común de los contratantes, debido a que, para el caso en que las palabras que aparecen en el contrato sean contrarias a lo que previeron los contratantes, prevalece su voluntad sobre aquéllas.

Es bueno destacar que para determinar la intención de las partes debe tenerse en cuenta la naturaleza del contrato y el fin para el cual éste se concertó. Estos elementos permiten al intérprete, determinar ante qué tipo de contratos se encuentra y, por ende, proceder a su correcta calificación, atendiendo a las normas que constituyen el presupuesto para la contratación.

Artículo 55.1. Disposición general: La interpretación del contrato se ajusta al sentido literal de sus cláusulas, cuando sus términos son claros y no dejan dudas sobre la intención de las partes contratantes.

Artículo 55.2. Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deben entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes a aquellos respecto a los cuales las partes se propusieron contratar.

Artículo 55.3. Si las palabras en el contrato son contrarias a la intención común de los contratantes, prevalece esta sobre aquellas.

Artículo 55.4. Para determinar la intención de las partes deben tenerse en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso; en particular, la naturaleza y finalidad del contrato, las negociaciones previas, cualesquiera prácticas que las partes hayan establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de estas.

El artículo 56 hace alusión a la calificación, al regularla de la siguiente manera: “La calificación del contrato ha de descansar en su contenido, con independencia de la denominación que las partes asignen a aquél”.

Se considera que el artículo 50.4, que se expuso con anterioridad, se contrapone con lo preceptuado en el presente, al plantear que la calificación ha de descansar en su contenido, con independencia de la denominación que las partes asignen a aquél. Si con anterioridad se tuvo en cuenta que la interpretación tiene lugar atendiendo a la naturaleza del contrato, la denominación que las partes asignen al contrato no debería apreciarse de forma alejada a la interpretación, pues esto constituye el resultado de dicha labor hermenéutica, que no debería apreciarse como una actividad esquemática y carente de un análisis por parte de dichos actores.

El hecho de que las partes califiquen y nombren un contrato de forma adecuada posibilita que se pueda aplicar la legislación correspondiente al caso, y si existiera algún litigio, indica el foro competente para la solución del mismo. Aun cuando en los contratos de compraventa y de suministro se presente el traslado de la propiedad de un bien, se diferencia sustancialmente en la forma de entrega y otros elementos, así como de determinar en un mismo tipo de contrato el origen de las partes y la jurisdicción aplicable.

“Artículo 56. Calificación del contrato: La calificación del contrato ha de descansar en su contenido, con independencia de la denominación que las partes asignen a aquél”.

El artículo 57 hace referencia a la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato, que va en contra de quien ocasione tal oscuridad. El artículo siguiente trata la interpretación desde la óptica de las palabras con distintas acepciones, las que se entienden en relación con la naturaleza y objeto del contrato.

El artículo 59 se acoge a la regla del canon hermenéutico de la totalidad al plantear que las cláusulas y expresiones se interpretan en función del contrato en su conjunto o de la disposición en la cual se encuentren.

La conservación del contrato es tratada en el artículo 60, cuando establece que las cláusulas del contrato se interpretan en el sentido de que todas produzcan algún efecto, antes que privar de efectos a alguna de ellas. Se considera que es necesario que se redacte con mayor claridad el precepto, pues pudiera generar dudas al momento de su aplicación. El Código Civil de la República de Ecuador refiere en su artículo 1578 que el sentido en que una cláusula puede sufrir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de sufrir efecto alguno.

El artículo 61 hace alusión a la prevalencia de las condiciones particulares cuando se evidencian contradicciones entre las condiciones generales y particulares que están previstas en el contrato, debiendo prevalecer las últimas sobre las primeras. Este artículo hace referencia a la regla *interpretatio contra proferentem*, la cual está basada en el principio de autorresponsabilidad de quien redacta las cláusulas, pues regula como excepción que sean reconocidas las condiciones particulares, el hecho de que las condiciones generales resulten más beneficiosas para la parte que no las propuso o no las redactó. En este caso se les da mayor valor a las condiciones generales.

Artículo 57.1. Interpretación de las cláusulas oscuras: La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato debe favorecer a la parte que no haya propuesto o redactado tal cláusula.

Artículo 57.2. Si existen dudas que recaen sobre circunstancias accidentales y el contrato es gratuito, se interpreta a favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato es oneroso, debe interpretarse a favor de la mayor reciprocidad de prestaciones.

Artículo 58. Interpretación conforme con la naturaleza y objeto del contrato: Las palabras con distintas acepciones son entendidas en aquella que sea más conforme con la naturaleza y objeto del contrato.

Artículo 59. Interpretación sistémica del contrato: Las cláusulas y expresiones se interpretan en función del contrato en su conjunto o de la disposición en la cual se encuentren.

Artículo 60. Conservación del contrato: Las cláusulas de un contrato se interpretan en el sentido de que todas produzcan algún efecto, antes que privar de efectos a alguna de ellas.

Artículo 61.1. Prevalencia de las condiciones particulares: Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecen estas sobre aquellas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas que las particulares para la parte que no las redactó.

Artículo 61.2. La contradicción entre una cláusula general y una especial se resuelve siempre a favor de esta última, en tanto sea más favorable al cumplimiento de la obligación principal.

Artículo 62. Discrepancias entre las versiones idiomáticas de un contrato: En caso de interpretación acorde con la versión del idioma en que fue redactado originalmente el contrato discrepancia entre varias versiones idiomáticas del mismo contrato, se prefiere la. En caso de que existieran varias versiones originales, se prefiere la interpretación acorde con la versión en idioma español.

Examinadas las instituciones de la interpretación y calificación del contrato, resulta necesario tener en cuenta el estudio de otra institución que ayuda a los hombres de negocio a concebir la hermenéutica contractual, y es precisamente la integración.

### 3. *La integración de los contratos*

Los problemas que se evidencian en materia de interpretación contractual pueden darse por un deficiente examen de la voluntad de las partes o porque no se puede descifrar la misma. Pero se da el caso en que no sólo se trata de la falta de comprensión del intérprete sobre el contenido del contrato, sino que en ocasiones dicho instrumento presenta lagunas, dudas, ambigüedades, o simplemente hay ausencia de una norma en la que consten las reglas o parámetros a tener en cuenta para realizar dicha labor hermenéutica. Aquí aparece la integración contractual.

Artículo 63.1. Fuentes de integración del contrato: Son fuentes de integración del contrato el derecho imperativo, la voluntad de las partes, el derecho dispositivo, así como los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados.

Artículo 63.2. Suscrito el contrato, cuando las partes hayan omitido una disposición importante para la determinación de sus derechos y obligaciones, se considera integrada al contrato aquella disposición que resulte más apropiada a las circunstancias.

Artículo 63.3. Para determinar cuál es la disposición más apropiada, se tienen en cuenta, entre otros factores, la intención de las partes, la naturaleza y finalidad del contrato, la buena fe, la lealtad negocial y el sentido común.

La integración del contrato es aquella actividad encaminada a completar las lagunas que surgen en la confección del mismo, a través de fuentes normativas de naturaleza objetiva, para suplir el vacío que conlleva que las partes no regulen determinados aspectos, ya sea porque no lo previeron o porque no lo quisieron.

La doctrina se inclina por considerar que la integración del contrato atañe a su eficacia.<sup>43</sup> La integración contractual afecta a cuestiones sobre las regulaciones que las partes, en el momento de la declaración, no adoptaron; o sea, situaciones en que las partes no pensaron en el problema, ya sea porque no existía en aquel momento o los partícipes no sabían nada de él o les ha pasado inadvertida su regulación.

Una vez expuestos los elementos conceptuales en materia de integración, se pueden establecer diferencias entre ésta y la interpretación, la cual se presenta en sus dos modalidades: interpretación propiamente dicha e interpretación integradora.

Las diferencias entre la integración, la interpretación y la interpretación integradora están dadas debido a que la interpretación trae consigo una actividad intelectual encaminada a descifrar la voluntad de las partes manifiesta en el contrato, en tanto la

<sup>43</sup> Puig Brutau, José, *op. cit.*, pp. 297 y 298; Mosset Iturraspe, Jorge, *op. cit.*, pp. 316 y 317.

integración se evidencia, en los casos en los que hay una omisión por las partes, la regla contractual en concreto.

La interpretación se dirige a fijar el sentido y el alcance de las declaraciones negociales de voluntad, debido a la falta de comprensión armónica de los partícipes. La integración, por el contrario, se refiere a cuestiones en las que no se adoptó regulación alguna, o en las que resulta parcialmente omisa. La interpretación se dirige a discernir las dificultades de expresión de la voluntad de los contratantes; la integración, por otro lado, a resolver las dificultades planteadas por la falta de voluntad respecto a un problema concreto. La interpretación es una operación intelectual de la voluntad de las partes; la integración se dirige a completar las lagunas del contrato acudiendo a fuentes normativas de naturaleza objetiva: la ley, los usos y la buena fe.

La interpretación tiene en cuenta las circunstancias del caso; las posibilidades de que las partes comprendan y estén de acuerdo con lo que desean y manifiestan, y las particularidades de sus relaciones vitales. Por ende, intenta averiguar el significado individual de una declaración. La integración, por el contrario, tiene en cuenta lo que es propio a un caso; busca una regulación de éste y la obtiene, o bien de una norma legal específica, o en la aplicación de los usos del tráfico y en el criterio de la buena fe. La interpretación vale sólo para el caso concreto, la misma palabra puede ser interpretada de otra forma en otro caso. La integración, por el contrario, pretende establecer una regulación que valga también para otros casos.<sup>44</sup>

De la interpretación integradora podemos distinguir la integración, pues la primera trae consigo la existencia del derecho dispositivo, mientras que la segunda presupone su inexistencia. Si bien, como hemos apuntado, en ambos casos el juez realiza una valoración equilibrada de los intereses de las partes, dicha valoración en la interpretación integradora la hace desde la posición de las partes, en tanto en la integración, desde la posición del legislador, posiciones que parten de expectativas normativas diferentes.

<sup>44</sup> Según Larenz, *op. cit.*; Alfaro Águila-Real, Jesús, *op. cit.*, pp. 376 y 377.

Al decir de Larenz, la interpretación integradora cubre todos aquellos efectos o consecuencias del negocio que se derivan necesariamente del conjunto y del contexto del negocio, resultando no de una valoración psicológica, sino de una valoración estrictamente jurídica.<sup>45</sup>

Pocos códigos civiles dedican una regulación acabada a la figura, resultando significativo el Código Civil portugués, que le dedica su artículo 239, ubicado en la parte general;<sup>46</sup> si bien artículos como el 1258 del Código Civil español han sido la sede en la que la doctrina española sitúa la integración del contrato.<sup>47</sup> En relación con el nuestro, nada se indica en este sentido, por lo cual resulta omiso.

Hoy día los Principios de Unidroit manifiestan cuestiones importantes en la regulación de la integración del contrato. Su artículo 4.8 constituye un modelo normativo a tener en cuenta por los derechos nacionales con vista a futuras modificaciones de los códigos civiles. En el Decreto-Ley 304/2013 se evidencia la presencia de estos principios, si tenemos en consideración el citado precepto:

(1) Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de una disposición importante para la determinación de sus derechos y obligaciones, se considerará integrada al contrato aquella disposición que resulte más apropiada a las circunstancias. (2) Para determinar cuál es la disposición más apropiada, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes: (a) la intención de las partes; (b) la naturaleza y finalidad del contrato; (c) la buena fe y la lealtad negocial; (d) el sentido común.

<sup>45</sup> *Idem*.

<sup>46</sup> “Artículo 239. Na falta disposição especial, a declaração negocial deveres integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissio, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta”.

<sup>47</sup> “Artículo 1258. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

A modo de conclusión parcial se puede plantear que la interpretación presupone la existencia del material hermenéutico, mientras que la integración se pone de manifiesto en el caso en que hay una omisión de las partes de la regla contractual.

La interpretación fija el sentido y alcance de las declaraciones negociales de voluntad cuando los partícipes no se han puesto de acuerdo, mientras que la integración se refiere a cuestiones en las que no se adoptó regulación alguna o resulta parcialmente omisa. La interpretación da la posibilidad de discernir las dificultades de expresión de la voluntad de los contratantes, y la integración resuelve las dificultades planteadas a falta de voluntad respecto a un problema concreto.

En cuanto a la interpretación integradora y la integración, la primera supone la existencia del derecho dispositivo, mientras que en la segunda no existe tal derecho. La valoración del juez en la primera se evidencia desde la posición de las partes, mientras que en la segunda desde la posición del legislador.

Después de haberse realizado el análisis de los aspectos teóricos y doctrinales que existen en materia de interpretación, en el que se pudieron apreciar las reglas que sobre esta materia han sido diseñadas con el objetivo de indagar en la voluntad común de las partes contratantes, y partiendo de las regulaciones que sobre esta temática recogen los códigos civiles latinoamericanos, se puede exponer, a modo de conclusión parcial, que nuestro Código Civil regula ligeramente a la interpretación al referirse solamente a la búsqueda de la común y real voluntad de las partes, a la interpretación literal de las palabras, y deja un espacio abierto a los demás hechos que en la vida contractual puedan darse, lo que impide que en algunas ocasiones se realice una correcta interpretación de los contratos, situación que atenta contra la subsistencia y el respeto a la voluntad de quienes desean que se desarrolle un negocio jurídico que proteja sus intereses.

Sería útil apreciar que, a pesar de la regulación que contribuye a la mejor interpretación del contrato, ninguna ley suple las previsiones que sólo corresponden a la función reguladora del contrato, el cual es ley entre las partes. Además, ninguna ley ade-

lanta todos los criterios de interpretación de riesgos ni contempla los supuestos de la contratación ni asegura el equilibrio contractual, pero sí se debe valorar la existencia en la legislación nacional de las reglas que contemplen, lógicamente, de forma general y no de forma abstracta, como aparece en el vigente Código Civil, aquellos supuestos de interpretación contractual.

## XI. LA MODIFICACIÓN Y TERMINACIÓN DEL CONTRATO

Todo lo que nace se desarrolla y finalmente muere, y la relación jurídica obligatoria también se extingue cuando las partes en el negocio jurídico dan por terminada la relación obligatoria, o cuando se cumplieron las acciones que originaron la relación y no existe voluntad de continuarlas. El Decreto-Ley 304/12, en su artículo 65, establece las causales para la terminación o extinción del contrato.

Esta facultad de terminar la relación de obligación puede ser enteramente libre o estar en una justa causa previamente contemplada por la ley como fundamento del ejercicio de la facultad de extinguir la relación. En el primer caso podemos hablar de una denuncia de desistimiento unilateral o receso de la obligación. En el segundo, se habla de la resolución de la obligación cuando se ha logrado plenamente la finalidad económica pretendida, se han agotado todos los efectos buscados, y han quedado plenamente satisfechos los intereses de ambas partes y cumplidas todas las obligaciones. También pueden confundirse los derechos de las partes, lo que significa la reunión de los conceptos de acreedor y deudor en una misma figura, que es la figura del artículo 300 del Código Civil, conocida como la confusión. Ciertamente, toda relación obligatoria se establece entre dos sujetos, por lo que se extingue la obligación cuando en un mismo sujeto se reúnen las condiciones del acreedor y las del deudor, extinguiéndose automáticamente la relación jurídica obligatoria.

Por su parte, la compensación encuentra su fundamento en la conveniencia de simplificar la operación matemática de extin-

ción de las obligaciones entre personas que son recíprocamente acreedoras y deudoras, y consiste en dar por pagada la deuda de cada uno en cantidad igual a la de su crédito que se da por cobrado. La doctrina distingue varias clases de compensación teniendo en cuenta su origen: legal,<sup>48</sup> convencional,<sup>49</sup> facultativa<sup>50</sup> y judicial.<sup>51</sup> De acuerdo con sus efectos puede ser total<sup>52</sup> y parcial.<sup>53</sup>

La condonación es el acto mediante el cual el acreedor dimite voluntariamente el derecho de exigir a su deudor, total o parcialmente, el pago de la prestación debida. En principio, la condonación es la renuncia pura y simple a la deuda; se encuentra en el artículo 304 del Código Civil. No se exige el consentimiento del deudor para que surta plenos efectos; es un acto de carácter unilateral que no precisa de la voluntad del deudor; el acreedor, como titular de un derecho subjetivo, puede renunciar a su ejercicio. No debe confundirse la renuncia y la condonación, ya que entre ellas existe una relación de género y especie.

La resolución es uno de los efectos que pueden producirse en las obligaciones bilaterales. El incumplimiento genera para la parte perjudicada el nacimiento de una facultad resolutoria, la cual puede ser considerada como un derecho potestativo o como una facultad de configuración jurídica. Nuestro Código Civil, en el artículo 306, admite la posibilidad de la resolución por incumplimiento, y la facultad de resolver la obligación se otorga para aquellos casos de obligaciones recíprocas, cuando la parte perjudicada por el incumplimiento ha cumplido la prestación que le compete. Declarada la resolución por incumplimiento

<sup>48</sup> Tiene lugar por ministerio de la ley

<sup>49</sup> Se produce por voluntad de las partes.

<sup>50</sup> Aquella en la que falta algún requisito para que pueda producirse.

<sup>51</sup> Se dan los requisitos legales y se ordena por el juez en la sentencia al estimar la pretensión del actor y lo alegado por el demandado. La compensación convencional, la facultativa y la judicial no tienen efectos retroactivos. Para nosotros la compensación legal no existe, según el artículo 302 la parte interesada en que se produzca la compensación debe notificarlo a la otra.

<sup>52</sup> Cuando ambas deudas se extinguen quedando liberados ambos sujetos.

<sup>53</sup> Cuando se extingue totalmente una de las deudas quedando subsistente en parte la otra deuda.

de la obligación, ésta produce efectos retroactivos, debiéndose reintegrar a cada contratante las prestaciones que hubieran sido ejecutadas. Si se solicita el resarcimiento de daños, es necesario probar que éstos se han causado efectivamente.

La rescisión es el remedio jurídico para la reparación de un perjuicio económico que el contrato origina a determinadas personas, consistente en hacer cesar su eficacia, por lo que es un supuesto de ineficacia sobrevenida. El contrato es válido, pero en razón de aquel perjuicio, y siempre que no haya otro remedio para repararlo, se concede a las personas perjudicadas la acción rescisoria.<sup>54</sup> Nuestro Código Civil regula la rescisión en su parte general, en los artículos 76 y 77, de escaso alcance en la contratación económica.

El Decreto-Ley 15 se refirió a la terminación del contrato económico en los artículos 35 y 36, expresando que los contratos planificados se rescinden cuando se modifiquen los planes, y los contratos económicos no planificados podrán rescindirse por acuerdo de las partes. Estos supuestos, cuando la referida norma derogada se encontraba vigente, en cuanto a la ejecución de los planes, aún para su tiempo, resultaron obsoletos. Este Decreto-Ley sólo previó la rescisión como forma de terminación del contrato económico, obviando las otras causas que podían ocasionar la terminación del mismo. En este sentido, consideramos que reguló desacertadamente la rescisión, puesto que ésta operaba solamente por imperio de la ley y no por voluntad de las partes contratantes. Por su parte, la Resolución 2253-2005 del MEP no hizo referencia alguna a las posibles causas de terminación del contrato económico; en esa dirección, dejó la vía expedita al Código Civil.

En la práctica de la contratación económica, resulta necesario que exista un régimen legal para la terminación, extinción y resolución del contrato, que permita a las partes el requerido acercamiento legal para esgrimir cualquiera de las causas de extinción

<sup>54</sup> Valdés Díaz, Caridad, *Derecho civil. Parte general*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2001, p. 270.

de las obligaciones, dejando sentada la obligación material que tiene la parte del contrato que lo terminó, sin haber cumplido la obligación correspondiente, excepto en los casos de fuerza mayor.

El Decreto-Ley 304/2012, al regular la modificación del contrato, presta marcada atención a los principios de obligatoriedad y al de equidad, en tanto que establece que la modificación del contrato sólo puede ser entendida por las partes libremente acordada para que tenga fuerza vinculante.

El Decreto-Ley 15/1978 se refirió a la modificación del contrato económico en los artículos 35 y 36, clasificando los contratos en planificados y no planificados; esta clasificación nunca tuvo fundamentación lógica alguna, habida cuenta de que todos los contratos, antes o después de constituido el plan, responden al mismo; es decir, debió identificarse a los contratos anteriores y posteriores al plan. En el caso del contrato planificado, se restringieron sus causas de modificación a la preexistencia de cambios en los planes que hayan servido de base a ese contrato, lo que limitó excesivamente la autonomía de la voluntad de las partes contratantes. La Resolución 2253-2005 del MEP hizo referencia a la modificación del contrato en su artículo 3.5,<sup>55</sup> y ahora las nuevas normas, en su artículo 66, ratifican el carácter modificativo del contrato económico, lo que significa que la voluntad del legislador de expresar la necesaria flexibilidad de la contratación económica para que en cualquier momento se ajustara a los cambios del plan de la empresa y atendiera a las fuentes de modificación contractual.

### 1. *La modificación*

En las nuevas normas sobre la contratación, el legislador, en el capítulo VIII, trata a la modificación conjuntamente con la

<sup>55</sup> “Para dejar constancia de cualquier modificación o concreción del contenido del contrato, prorrogar su vigencia o declarar su extinción por mutuo acuerdo de las partes, se suscribe un suplemento, que es el documento que se une al contrato después de otorgado, pasando a formar parte integrante de éste”.

terminación del contrato. Atendiendo a un orden metodológico, abordaremos primero a la modificación hasta agotar todo su contenido; en ese sentido, el artículo 64, al referirse a las fuentes de modificación contractual, considera que el contrato se modifica por acuerdo de las partes, por disposición legal o por decisión judicial; en el caso de acuerdo entre las partes o entre sus respectivos representantes, debe constar, cuando corresponda, en un suplemento del contrato. Posteriormente, en sucesivos artículos deja abierta la posibilidad de otras causales de modificación en correspondencia a los distintos tipos de contratos; pero nunca un organismo de la administración central del Estado podrá decidir al respecto, lo cual refuerza el principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

Artículo 64. Fuentes de modificación contractual: El contrato se modifica por acuerdo de las partes, por disposición legal o por decisión judicial. La modificación del contrato por acuerdo de las partes debe estar aprobada por sus contratantes o sus respectivos representantes.

Artículo 65.1. Terminación del contrato: El contrato puede terminar por las causas siguientes:

- a) Acuerdo de las partes;
- b) Declaración judicial; o
- c) Cualquier otra de las causas de extinción de las obligaciones, reconocidas en las normas jurídicas.

Artículo 65.2. La parte causante de la terminación de un contrato responde, en su caso, de los daños y perjuicios que se deriven de esta para la otra parte, excepto por causa de fuerza mayor o caso fortuito.

Artículo 66.1. Eficacia modificativa o extintiva del contrato: La modificación o extinción del contrato por acuerdo de las partes constituye un nuevo contrato con efectos modificativos o extintivos, según sea el caso.

Artículo 66.2. La modificación o extinción de un contrato por acuerdo de las partes, puede hacerse constar en suplemento, entendido este como el documento que se une al contrato después de otorgado. El suplemento también puede utilizarse para concretar el contenido del contrato o prorrogar su vigencia.

## 2. *La transmisión de la posición contractual*

Las nuevas normas sobre la contratación contemplan la figura de la cesión de créditos y asunción de deudas en los artículos del 67 al 75, regulada en los artículos 256 al 265 de nuestro Código Civil y definida por la doctrina clásica,<sup>56</sup> existen tres sujetos: el cedente, que es quien transmite la posición contractual; el cesionario, que es el tercero que adquiere la condición de nuevo acreedor al adquirir el crédito, y el cedido, que es el deudor primitivo y quien debe pagar el crédito al nuevo acreedor.

Artículo 67.1. Transmisión de la posición contractual: En los contratos con prestaciones pendientes, cualquiera de las partes puede transmitir a un tercero su posición contractual, con arreglo a lo dispuesto en esta Sección, salvo que esa transmisión esté prohibida por acuerdo de las partes, por la naturaleza del contrato o por disposición legal.

Artículo 67.2. Se denomina contrato básico al contrato transmitido, cedente a quien es parte en él y realiza la transmisión, cesionario al tercero, y cedido a la otra parte del contrato básico.

Artículo 68.1. Efectos: La transmisión de la posición contractual coloca al cesionario en la situación jurídica del cedente en el contrato básico, con asunción de sus derechos y facultades, y sus obligaciones y deberes, salvo reserva expresa sobre alguno de ellos.

Artículo 68.2. El cesionario no puede valerse de las garantías personales o reales otorgadas por quienes no han sido parte en el contrato básico sin la conformidad expresa de estos.

Artículo 69.1. Conformidad del cedido: En la transmisión de la posición contractual, la conformidad del cedido:

a) Puede ser anterior, simultánea o posterior a la cesión. La conformidad anterior es ineficaz respecto del cedido que no es parte en el contrato de transmisión, en tanto no sea notificado

<sup>56</sup> Un negocio jurídico celebrado por el acreedor cedente con otra persona, cesionario, con la finalidad de producir la transmisión de la titularidad del crédito entre uno y otro. Es una transmisión del crédito que se realiza por actos *inter vivos* y que cumple una función económica de circulación de los créditos dentro del tráfico o comercio jurídico.

de la cesión, no tome noticia de ella, o si ha sido prestada en un contrato celebrado por adhesión;

b) No produce la liberación del cedente del cumplimiento de las obligaciones resultantes del contrato básico, salvo si el cedido admite expresamente esa liberación o el cesionario le da garantía de que cumplirá;

c) Incluye al contrato accesorio, si es dada respecto de la transmisión del contrato principal; y

d) Debe ser prestada por todos si en la parte cedida hay pluralidad de sujetos. No obstante, la conformidad de uno de ellos es suficiente a su respecto si sus obligaciones resultantes del contrato básico son separables de las de sus coobligados, y el cesionario da garantía de cumplimiento a los demás.

2. La transmisión es ineficaz respecto al cedido en tanto este no preste su conformidad, salvo si:

a) El contrato básico es de ejecución instantánea y contiene obligaciones que no requieren la prestación directa del cedido;

b) Lo que se transmite es un contrato con prestaciones pendientes y el cedido posteriormente acepta la prestación ofrecida por el cesionario; y

c) El contrato concertado mediante un instrumento que contiene todos sus elementos particulares es transmisible manualmente o por endoso, y esta transmisión se produce efectivamente.

Artículo 70. Responsabilidad por incumplimiento del cesionario frente al cedente y el cedido: Si el cedente no ha quedado liberado y el cesionario incurre en un incumplimiento que motiva la resolución del contrato básico conforme con lo establecido en el presente Decreto-Ley:

a) El cedido debe comunicarlo al cedente en un plazo de quince días contados desde que conoció o debió haber conocido el incumplimiento. Esto solo se aplica en los casos en que la eficacia de la cesión está supeditada a la conformidad del cedido;

b) El cedente puede subrogarse en las acciones del cedido contra el cesionario; y

c) El cedente responde ante el cedido como un fiador simple, sin acción de regreso contra el cesionario.

Artículo 71. Responsabilidad del cedente frente al cesionario: El cedente responde frente al cesionario, salvo estipulación en contrario:

a) Por la existencia y la validez de la posición contractual transmitida.

La estipulación en contrario es ineficaz si el cedente conoció o debió haber conocido la inexistencia o la invalidez o actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde el contrato básico, a menos que el cesionario también se desempeñe profesionalmente en esa actividad; y

b) Por el cumplimiento de las obligaciones del contrato básico, si actúa como garante del cedido frente al cesionario. En este caso responde como un fiador simple del cedido.

Artículo 72. Excepciones del cedido: El cedido puede oponer al cesionario:

a) Las excepciones derivadas del contrato básico; o

b) Las excepciones fundadas en otras relaciones con el cedente en el caso en que haya hecho reserva expresa sobre todas o algunas de ellas.

Artículo 73. Transmisión singular: La transmisión singular de derechos o de obligaciones emergentes de un contrato en curso de ejecución está regida por las disposiciones del Código Civil referidas a los contratos de cesión de créditos y de asunción de deudas.

Artículo 74. Transmisiones por imperio de la ley: Las transmisiones de la posición contractual por imperio de la ley quedan sujetas a las normas especiales que las regule y, supletoriamente, a lo previsto en esta Sección.

Artículo 75. Aplicación supletoria: Las disposiciones del Código Civil referidas al contrato de cesión de créditos y a la asunción de deudas, se aplican al contrato de transmisión de la posición contractual, en cuanto no se opongan a esta Sección.

La transmisión de la posición contractual supone la transferencia a un tercero de la totalidad de derechos y obligaciones que eran de aquél. Se produce una subrogación personal oponible al primer contratante y, en consecuencia, se sustituyen las relaciones, pero según lo establecido en el articulado, en buena técnica jurídica, el cesionario no puede aprovecharse de las garantías personales o reales otorgadas por quienes no han sido parte en el contrato básico sin el consentimiento expreso de los mismos, y

como es de suponer, el deudor cedido tiene derecho a oponer al cesionario todas las excepciones y medios de defensa que ostentaba contra el cedente, dado que el crédito se transmite tal como era y porque el negocio de cesión no puede empeorar jurídicamente su condición.

Igualmente, el cedente es responsable frente al cesionario, salvo estipulación en contrario, por la existencia y la validez de la posición contractual transmitida. La estipulación en contrario es ineficaz en varias legislaciones, si el cedente conoció o pudo haber conocido la inexistencia o la invalidez, o actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde el contrato básico, a menos que el cesionario también se desempeñe profesionalmente en esa actividad, y por el cumplimiento de las obligaciones del contrato básico, si actúa como garante del cesionario. En este caso responde como un fiador simple del cedido.

Se evidencia la utilidad del Código Civil para estas relaciones económicas, dando una mayor amplitud o alternativas para la solución de las cuentas por cobrar, que los empresarios conocen como la cadena de impagos, ocasionada por la delicada situación financiera que está presentando el mundo globalizado. Aun cuando la deuda que se está cediendo es producto de un vínculo contractual de tipo económico o mercantil, en el caso que nos ocupa procede aplicar las normas civiles en cuanto a la cesión de créditos y a la asunción de deudas; de esta forma, en la práctica se han liquidado muchas cuentas por pagar y por cobrar entre empresas donde acreedores y deudores se pueden complementar adecuadamente, aunque por imperio de la ley la transmisión de la posición contractual no queda sujeta a la autonomía de la voluntad y se rige expresamente por las disposiciones establecidas y generalmente asumidas por la doctrina, referidas a que los créditos se pueden ceder sin el consentimiento del deudor y éste tiene que asumir el pago al nuevo acreedor. *Los créditos se ceden y las deudas se asumen.* Es necesario tomar en cuenta que la cesión de créditos es idónea para la efectiva circulación del crédito debido al móvil especulativo que trae apare-

jado, siendo su naturaleza estrictamente negocial. En cambio, la subrogación tiene como función la recuperación del desembolso patrimonial que ha realizado un tercero.

En otros ordenamientos jurídicos, en asuntos referidos a trámites inversionistas, la transmisión de la posición contractual depende de una autorización, como es el caso de la Unión Europea, en la que el contratista no podrá ceder la totalidad o parte de los derechos y obligaciones dimanantes del contrato sin previa autorización del inversionista.

La transmisión de la posición contractual en las nuevas normas sobre la contratación resulta un paso de avance significativo para la contratación entre los sujetos del derecho económico que operan en la economía cubana, habida cuenta de que esta institución ofrece mayor operatividad en la gestión empresarial junto a la cesión de créditos y la asunción de la deuda presente en nuestro derecho civil, tanto en lo sustantivo como en lo procesal; me refiero al proceso ejecutivo que informa el libro tercero, título II, sobre los títulos de créditos que generan ejecución, perfeccionado por la Instrucción 215 de 2012 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. Este proceso ofrece dinamismo, rapidez y calidad en la ejecución de las obligaciones, principalmente para el cobro de las deudas.

### 3. *La modificación o terminación de la relación contractual por excesiva onerosidad*

Las consecuencias que ocasionaría la excesiva onerosidad del contrato puede equivaler al espíritu protector que tutela la cláusula *rebus sic stantibus* prevista en el artículo 80 de nuestro Código Civil. El legislador no fija plazo alguno para que las partes resuelvan el asunto, sólo se refiere a que la parte interesada en la modificación debe comunicarlo a la otra en un plazo suficiente que permita a las partes el requerido análisis, sin perjuicio de la responsabilidad material que resulte exigible.

Sobre la base del principio de obligatoriedad, el contrato, desde el momento en que se perfecciona, debe ejecutarse en los términos en que fue pactado, aunque los acontecimientos empresariales durante el periodo entre su perfección y su consumación pueden cambiar el escenario del plan que dio origen al contrato, y entonces resultaría necesario modificarlo. El contrato puede sufrir alguna modificación sin que ello signifique la violación del principio *pacta sunt servanda*, y en este aspecto se hace necesario recurrir a las definiciones que han otorgado algunos tratadistas, como la del reconocido español Albaladejo, que sostiene que “...la modificación tiene lugar, no cuando una obligación se extingue por el mero nacimiento de otra, sino cuando se introducen cambios en una obligación que aunque modificada, continúa subsistiendo”.<sup>57</sup> Resulta evidente reconocer que estamos ante la institución del derecho romano conocida como la *novatio* modificativa, conocida por la doctrina moderna como la novación modificativa de las obligaciones, que por cierto nuestro Código Civil no contempla.

Por su parte, la doctrina moderna ha entendido que la imprevisión es uno de los supuestos por el cual se hace necesaria la modificación de las circunstancias. La modificación del contrato está dada por hechos ulteriores a su concertación, que introducen cambios en el acto válidamente celebrado. Se debe a circunstancias posteriores a la firma del contrato que no se previeron con anterioridad, afectando la equivalencia de las contraprestaciones, siendo necesario reformar sus cláusulas, ya sea por voluntad de las partes contratantes o por revisión judicial.

Expresa la doctora Delgado Vergara<sup>58</sup> que una modificación de la relación obligatoria aparece cuando se altera uno o varios de los elementos estructurales o funcionales del vínculo jurídico exis-

<sup>57</sup> Albaladejo, Manuel, *Curso de derecho civil español, derecho de obligaciones*, 3a. ed., Barcelona, Librería Bosch-Ronda Universidad 11, vol. II, p. 174

<sup>58</sup> Delgado Vergara, Teresa, *Modificación convencional de las obligaciones. Transmisión de créditos y deudas. Teoría general de las obligaciones: comentarios al Código Civil cubano*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2005, p. 188.

tente entre el acreedor y el deudor. Para determinar los tipos de modificaciones, hay que atender a los elementos estructurales o funcionales, y en este sentido, encontramos la modificación convencional y la modificación por revisión judicial.

La modificación convencional es consecuencia de un acto jurídico unilateral o bilateral por medio del cual varían los elementos o contenidos del contrato o se priva de algunos de sus efectos para el futuro a otro acto anterior plenamente válido y quedan subsistentes los demás por razones de conveniencia. Dicha modificación puede producir un cambio en los elementos objetivos, en los subjetivos o en los circunstanciales, en el contenido o en los efectos del contrato.

La modificación subjetiva se presenta cuando varía el sujeto activo o pasivo de la relación, ya sea por medio de la sustitución, adición o supresión. En este tipo de modificación se hace referencia a la novación subjetiva, que está presente cuando cambia la figura de cualquiera de las partes, pudiendo ser las características que identifican a la persona natural del representante legal de algunas de las entidades partes del contrato o cuando varían algunas de las generales de la persona jurídica, como pueden ser el domicilio, el número de la cuenta bancaria o la subordinación o asociación a otra entidad.

La modificación objetiva se da cuando se perturba el objeto de dicha relación obligatoria; es decir, cuando cambia la naturaleza de la prestación, por reducción o aumento de la misma o por su calidad. Es muy frecuente que el comprador, luego de aceptar una determinada cantidad, requiera modificarla; también puede darse el caso en un contrato de ejecución de obra en el que el inversionista pretenda modificar el proyecto inicial.

La modificación circunstancial ocurre cuando se afectan las circunstancias accidentales del contrato y de la ejecución de la obligación; esto no es más que una afectación en el tiempo, en el lugar o en las condiciones a las que se encuentre sometida la obligación. A su vez, este tipo de modificación adopta tres subclasifi-

caciones: la modificación temporal,<sup>59</sup> la modificación especial<sup>60</sup> y la modificación del régimen de condiciones.<sup>61</sup>

La modificación del contrato por revisión judicial se realiza ante un contrato de prestaciones recíprocas en virtud de circunstancias posteriores, imprevisibles al momento del pacto, y que rompa el equilibrio patrimonial entre las prestaciones que cada parte asumió en virtud del contrato; supone que una vez solicitada la modificación por alguna de las partes, la otra no la aceptó, y al no observarse voluntad negociadora se requiere acudir a la vía contenciosa, que no tiene por qué ser necesariamente judicial, asunto que puede ser resuelto por la vía de los medios alternativos para la solución de conflictos económicos; es decir, la conciliación o la mediación.

La revisión del contrato se fundamenta en diferentes teorías, como la teoría de la imprevisión, que es la aparición de circunstancias que las partes no previeron al momento de la concertación del contrato (la doctrina francesa sostiene que es similar al supuesto de fuerza mayor); la teoría de la excesiva onerosidad, que es la situación que se presenta cuando el equilibrio de las prestaciones se altera de manera fundamental, siempre que esa alteración ocurra después de la celebración del contrato y que no pudo ser prevista por la parte en desventaja; la teoría de la base del negocio o modificación del contenido, lo cual ocurre cuando se alteran o afectan los deberes y derechos de las partes, por medio de la supresión o adición de pactos, cláusulas o estipulaciones que rigen y ordenan el negocio en sí mismo y que poseen fuerza obligatoria; la teoría del vicio funcional de la causa o modificación causal o funcional, que es cuando la modificación altera la función económico-jurídica de la relación, y por tanto a la cláusula *rebus sic stan-*

<sup>59</sup> Cambian o varían los términos o plazos a la que está sometida la *obligatio*, cuando ocurre, por ejemplo, que una obligación de entregar la mercancía cambie de fecha o el cambio de algunos de los términos establecidos.

<sup>60</sup> Se produce un cambio en el lugar del pago o en el lugar de entrega de la mercancía.

<sup>61</sup> Se aprecia cuando una obligación condicional se transforma en pura o viceversa, o si se sustituye el contenido del acontecimiento futuro e incierto.

*tibus* por virtud de la cual, si sobrevénía un cambio en el estado de hecho contemplado por las partes, al celebrarlo, podía el obligado resolver el negocio jurídico que se había hecho demasiado oneroso, o sea, un remedio al desequilibrio patrimonial.

## XII. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

El artículo 78.1 de las nuevas normas sobre la contratación económica establece la resolución unilateral del contrato por incumplimiento esencial. Sólo en los casos en los que no se afecte el interés general, una parte puede dar por terminado el contrato si la falta de la otra parte al cumplir una de sus obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial, debiendo comunicarle tal determinación. Esta modalidad de la terminación del contrato tiene sus orígenes en el artículo 306 del Código Civil, como una de las figuras de la extinción de las obligaciones.

Ahora, el legislador introduce nuevas condiciones para considerar la resolución del contrato. En el inciso 2 del artículo 78 se especifica que para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial, se debe tomar en cuenta, en particular:

- a) Si el incumplimiento recae en algunas de las obligaciones principales y priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato.
- b) Si el incumplimiento le otorga a la parte perjudicada razones objetivas y fundadas para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra.

Finalmente, establece en su artículo 79 que las partes unilateralmente pueden considerar como resolución del contrato, ante una situación de reincidencia en la mora, y siempre que no se afecte el interés general, dar unilateralmente por terminado el contrato, y comunicar a la otra parte su determinación. Esta situación, en ocasiones, constituye un potencial conflicto.

### SECCIÓN TERCERA

#### MODIFICACIÓN O TERMINACIÓN POR EXCESIVA ONEROSIDAD

Artículo 76. Modificación o terminación contractual por excesiva onerosidad: El contrato puede modificarse o darse por terminado en caso de excesiva onerosidad, entendida esta cuando ocurren sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato, ya sea por el incremento en el costo de la prestación a cargo de una de las partes, o bien por una disminución del valor de la prestación a cargo de la otra, y si se cumplen todos los requisitos siguientes:

1. Dichos sucesos ocurren o son conocidos por la parte en desventaja, después de la celebración del contrato;
2. Dichos sucesos no pudieron ser razonablemente previstos por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato, y
3. Dichos sucesos escapan al control de la parte en desventaja.

Artículo 77. Actuación de la parte perjudicada por excesiva onerosidad: En caso de excesiva onerosidad, la parte en desventaja puede solicitar a la otra parte la renegociación del contrato. Tal solicitud debe formularla sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en que se basa. En tal sentido:

1. La solicitud de renegociación no autoriza en sí misma a la parte en desventaja a suspender el cumplimiento de sus obligaciones.
2. En caso de no llegarse a un acuerdo en un plazo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir al tribunal competente.
3. Si el tribunal determina que se presenta una situación de alteración del equilibrio, y siempre que lo considere razonable, puede:
  - a) Adaptar el contrato, de modo que se restablezca su equilibrio, o
  - b) Dar por terminado el contrato en una fecha determinada y en los términos que a tales efectos establezca.

### SECCIÓN CUARTA

#### DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Artículo 78.1. Resolución unilateral del contrato por incumplimiento esencial: La parte que ha cumplido o esté presta a cumplir su obligación puede, salvo que se afecte el interés general, dar unilateralmente por terminado el contrato si la falta de la otra

parte al cumplir una de sus obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial, debiendo comunicarle expresamente tal determinación.

Artículo 78.2. Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tiene en cuenta, en particular:

a) Si el incumplimiento recae en algunas de las obligaciones principales y priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato; y

b) Si el incumplimiento le otorga a la parte perjudicada razones objetivas y fundadas para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra.

Artículo 79. Resolución unilateral por mora: Si una de las partes incurriera en mora y la otra le concediera un plazo adicional para el cumplimiento, y este también fuera incumplido, la parte que ha cumplido o esté presta a cumplir su obligación puede, siempre que no se afecte el interés general, dar unilateralmente por terminado el contrato, comunicando expresamente a la otra parte su determinación.

Artículo 80. Efectos de la resolución: La resolución del contrato libera a las dos partes de sus obligaciones, salvo la reparación del daño y la indemnización de perjuicios que pueda ser debida. La resolución no afecta a las estipulaciones del contrato relativas a la solución de controversias ni a ninguna otra estipulación del contrato que regule los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución.

### XIII. LA RESPONSABILIDAD MATERIAL POR EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

La responsabilidad material por el incumplimiento del contrato económico es un tema complejo y de gran importancia para el derecho de los contratos económicos, pues constituye para las partes contratantes la seguridad jurídica para el caso de algún incumplimiento que pueda afectar el desarrollo del plan técnico-económico y financiero de la empresa.

La institución jurídica de la responsabilidad civil constituye el fundamento legal para la exigencia de la responsabilidad material en la contratación económica. La profesora Valdés Díaz<sup>62</sup> la define con marcada calidad, y para la contratación empresarial reviste un interés especial, al tratarse de incumplimientos de tareas o actividades vinculadas con el plan de la empresa, por lo que la entidad perjudicada tendrá el derecho de exigir al incumplidor la obligación de satisfacer materialmente la pérdida o daño que hubiera causado, según lo previsto en las estipulaciones del contrato, o que se deduzca de la ley y los hechos acaecidos. Puede considerarse que la responsabilidad jurídica civil es la obligación que corresponde a una persona de reparar el daño o perjuicio causado a otra, con el fin de tratar de colocar a la perjudicada en una situación similar a la que se encontraba con anterioridad de producirse el daño.

La responsabilidad jurídica civil puede asumir dos variantes fundamentales: la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, también llamada aquiliana. En igual sentido, Ojeda Rodríguez y Delgado Vergara,<sup>63</sup> al abordar ambas variantes de la responsabilidad jurídica civil, consideran que el acto dañoso puede darse entre personas ligadas por una obligación concreta y determinada al incumplirse ésta, la cual es denominada responsabilidad contractual, institución tratada en el capítulo IX, artículos 81 al 90, del Decreto-Ley 304/12.

## CAPÍTULO IX

### DE LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Artículo 81.1. Disposición general: El mero incumplimiento de una obligación preestablecida constituye un ilícito civil.

<sup>62</sup> Valdés Díaz, Caridad, *Derecho civil. Parte general*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2001, p. 246.

<sup>63</sup> Ojeda Rodríguez, Nancy de la Caridad y Delgado Vergara, Teresa, *Teoría general de las obligaciones. Comentario al Código Civil cubano*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2002, p. 71.

Artículo 81.2. La parte que incumpla un contrato asume la responsabilidad derivada de dicho incumplimiento, salvo que este tenga por causa la fuerza mayor o el caso fortuito.

Artículo 81.3. La parte infractora no queda liberada del cumplimiento de su obligación, salvo por acuerdo de las partes o por declaración judicial.

Artículo 82. Limitación, exoneración o agravamiento de responsabilidad: Las partes no pueden pactar cláusulas de limitación, exoneración o agravamiento de la responsabilidad por incumplimiento que sean contrarias a derecho o que sean manifiestamente inequitativas de acuerdo con la finalidad del contrato, salvo los casos previstos en la ley.

Artículo 83.1. Actuación frente al incumplimiento: Ante la posibilidad de incumplimiento del contrato, las partes deben comunicarse de inmediato y, conforme con el principio de buena fe contractual, adoptar medidas efectivas que tiendan a disminuir el efecto del incumplimiento.

Artículo 83.2. Es deber de las partes velar y reclamar por el estricto cumplimiento de todas las cláusulas del contrato, y no solamente por aquellas que se refieren a las obligaciones de cobros y pagos.

Artículo 84. Responsabilidad universal por deudas: El deudor responde por sus obligaciones con todos los bienes, derechos y acciones que integran su patrimonio, salvo las limitaciones establecidas en la ley.

Artículo 85.1. Contenido de la responsabilidad: La responsabilidad contractual comprende:

- a) El cumplimiento de la obligación;
- b) La reparación del daño;
- c) La indemnización de perjuicios, y
- d) El pago de los intereses moratorios, en el caso de las obligaciones pecuniarias.

Artículo 85.2. A estos efectos se entiende por:

a) Cumplimiento de la obligación: La ejecución por la parte obligada de las obligaciones contractuales conforme con lo pactado, o de no ser posible, el cumplimiento por equivalente.

b) Daño: La afectación que realmente se ocasiona al patrimonio del perjudicado, por incumplimiento de obligaciones contractuales.

c) Perjuicios: Los beneficios dejados de percibir con motivo del incumplimiento de obligaciones contractuales.

Artículo 86. Presupuestos de la responsabilidad: La responsabilidad a título de daño, perjuicios o ambos, es exigible cuando se demuestre lo siguiente:

- a) La existencia de una acción u omisión antijurídica;
- b) Que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño o perjuicio ocasionado, y
- c) Su cuantificación.

Artículo 87. Concurrencia de responsabilidad: Para la imputación de responsabilidad de una parte, se tiene en cuenta si existió mora, culpa o dolo de la otra parte.

Artículo 88. Responsabilidad del propio perjudicado: Cuando el daño se deba en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro evento cuyo riesgo ella asumió, la cuantía de su reparación se reduce en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, tomando para ello en consideración la conducta de cada una de las partes.

Artículo 89.1. Exención de responsabilidad por imprudencia del perjudicado: La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en cuanto esta podía haberlo reducido o evitado adoptando medidas razonables que no adoptó, o cuando su conducta provocó el incumplimiento.

Artículo 89.2. La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto en que incurrió razonablemente, tratando de reducir o evitar el daño.

Artículo 90. Responsabilidad por asunción de actos de terceros: Salvo que otra cosa se haya acordado o dispuesto, la parte que haga participar a un tercero en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, responde ante la otra parte por los incumplimientos del tercero como si se tratara de sus propios actos.

Por su parte, los daños y perjuicios entre entidades sin vínculo contractual alguno hasta el momento de producirse el evento causante del daño se fundamenta por los artículos 81 al 88 del Código Civil. Ambas legislaciones se complementan, y en lo fundamental garantizan al perjudicado la reparación del daño

material, la indemnización de los perjuicios ocasionados y el pago de la sanción pecuniaria.

Se han seguido dos criterios para establecer la responsabilidad, sea ésta contractual o extracontractual, los cuales son la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva. En la responsabilidad subjetiva el presupuesto esencial es el daño causado y la negligencia inexcusable que lo provocó, habiendo podido ser evitado por el causante. Según el derecho procesal, la víctima del daño debe probar solamente la existencia de la relación jurídica entre las partes y el hecho que causó el daño; por otro lado, la parte infractora deberá correr con la carga de la prueba para demostrar que no fue por culpa imputable, con independencia del dolo o la culpa, lo importante es la relación causal entre el hecho y el daño causado por la negligencia del actor, bien por la acción o por la omisión sobre el resultado que haya provocado el daño moral o patrimonial.

El principio que rigió en nuestra legislación económica para determinar la responsabilidad por el incumplimiento de la contratación económica se basaba en el principio de la subjetividad jurídica, pues el artículo 40 del Decreto-Ley 15-78 plantea que sólo se contrae responsabilidad material cuando exista culpa imputable a la parte infractora, ya sea intencional o por imprudencia.

Ciertamente, la responsabilidad contractual es el resultado del incumplimiento de una relación jurídica previa entre sujetos, y cuya finalidad es llevar a la víctima, de manera ideal, a una posición jurídica y económica igual a aquella en que se encontraría si lo estipulado entre dichos sujetos hubiera producido todos sus efectos, o sea, si los términos del contrato se hubieran cumplido según lo acordado y previsto por las partes; de ahí que el autor del daño responde y queda en la obligación de indemnizar o reparar los perjuicios causados a la víctima.

El daño es el eje central del sistema de responsabilidad; puede tratarse de un daño material o de un daño moral. Es así que para Díaz Pairó el daño es “la diferencia entre la situación de la víctima

antes de sufrir el acto ilícito y la que tiene después”.<sup>64</sup> Para Ojeda Rodríguez, debe considerarse como daño a toda situación desventajosa en que el acreedor se ve colocado como consecuencia de la lesión de su derecho.<sup>65</sup>

Sin embargo, visto el concepto de daño en sentido amplio, el término incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante, constituyendo éstos los elementos configurativos del daño contractual o extracontractual, que en el caso del derecho empresarial se observa con marcada frecuencia en las relaciones comerciales, donde se observan conductas desleales o actos ilícitos; en ambos casos, a juicio de las profesoras Ojeda Rodríguez y Delgado Vergara,<sup>66</sup> constituyen la disminución de los valores patrimoniales que el perjudicado tenía en su haber, o sea, el efectivo daño sufrido, e incluye también, al decir de algunos autores, la previsión de efectos futuros de un daño presente. En virtud de estos argumentos, consideramos que el daño emergente equivale a la pérdida positivamente sufrida en el patrimonio del acreedor, que será ocasionado por el deudor con el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación contractual.

El lucro cesante comprende los beneficios o ganancias dejados de percibir por el acreedor como consecuencia de no cumplirse con la obligación dimanante del acuerdo entre las partes. Para el derecho empresarial es fundamental esta valoración, pues se trata de afectaciones al plan técnico y económico de la empresa. Un breve incumplimiento de la entrega de un producto, como en modo alguno puede considerarse la afectación producida sólo por falta del producto, genera que ese faltante, o lo incompleto de la entrega o la mala calidad o la avería, repercuta en el proceso productivo o en los servicios que aspiraba o pretendía cumplir la

<sup>64</sup> Díaz Pairó, Antonio, *Teoría general de las obligaciones*, México, Publicaciones y Materiales Educativos, 1997, vol. II, p. 61.

<sup>65</sup> Ojeda Rodríguez, Nancy y Delgado Vergara, Teresa, *Teoría general de las obligaciones. Comentarios al Código Civil cubano*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2002, p. 141.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 75.

entidad afectada, y es aquí lo más importante. Si los neumáticos no llegaron a la empresa en la fecha indicada, ese incumplimiento puede ser la causa real y efectiva del incumplimiento del plan de transportación de la empresa, sólo por citar un ejemplo. En el caso extracontractual, podemos citar como ejemplo la promoción de una marca sin el permiso o licencia por parte del titular para que sea comercializada por otra entidad ajena, lo cual puede causar pérdidas en las ventas de los productos, pues los puntos de compra de la referida mercancía pueden haber sido hechos por entidades fraudulentas en detrimento del titular. Bastaría comprobar las ventas y las entregas realizadas del producto, con las dejadas de vender por el titular según su plan de entrega, para que pudiera, entre otras, ser la prueba de las afectaciones económicas; estamos ante un clásico hecho de lucro cesante por conducta desleal, prevista y sancionada por el artículo 742 del Decreto-Ley 241, sobre el procedimiento económico.<sup>67</sup>

Para el daño emergente no existen mayores problemas de prueba, comparado con cualquiera de los otros hechos constitutivos de la demanda. Para probar el lucro cesante existe un problema añadido, que resulta del hecho de que tal daño es potencial, es decir, no se ha materializado, sino que normalmente se debería materializar en el futuro. Esa dificultad se concreta en la imposibilidad de llegar a conseguir el mismo grado de certeza en una u otra prueba, pues como se ha estado analizando, mientras en el daño emergente es exigible la certeza, en el lucro cesante es preciso contentarse con la probabilidad, siendo así que mientras el daño emergente se podrá exigir totalmente, el lucro cesante sólo será una cifra estimatoria, que como prueba no deja de tener su carácter precario e inseguro.

La responsabilidad material, por los resultados de la actividad económica, representa un elemento muy importante del

<sup>67</sup> “Artículo 742. Las salas de lo económico conocen asimismo de los litigios de carácter extracontractual que surjan con motivo de los daños y perjuicios originados a terceros en su actividad económica por persona jurídica o natural, cubana o extranjera, en ocasión del desarrollo de su actividad productiva, comercial o de servicios en territorio nacional”.

cálculo económico y un factor esencial de la dirección de la economía. De conformidad con nuestra legislación, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios se compensan con la sanción pecuniaria, por lo cual sólo se resarcan en la cuantía no cubierta por ésta. Consideramos que esta concepción, si bien tiene una respuesta objetiva y compensatoria, le resta el sentido de sanción, pues si con su pago se resarcan los daños y perjuicios, entonces no hay tal sanción; el legislador pudo haberle denominado “cláusula penal”.

La obligación de reparar el daño ocasionado presupone la existencia de una relación de causa y efecto entre el daño causado y el hecho que la origina, por lo que sólo es procedente la reparación de aquellos daños que constituyen una consecuencia de los hechos que los producen y que obligan su reparación. Ciertamente, para la parte afectada en ocasiones lo más importante es el cumplimiento del contrato, pues sucede que no siempre la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios resuelven los intereses de la empresa afectada; en ese sentido, se deberá pronunciar también por el cumplimiento del contrato, aspecto que deberá constituir la pretensión constante en cada demanda.

Durante la década de los ochenta hasta la extinción del sistema de arbitraje estatal (SAE), la vigencia del contrato y, por tanto, la responsabilidad material por el incumplimiento del contrato, estuvo determinada durante el desarrollo del año fiscal; en ocasiones algunos empresarios suministradores dejaban para el último trimestre del año los renglones que le eran más difíciles de entregar, y de esa manera, en el caso de no cumplirse determinada entrega de un producto o la prestación de un servicio, sólo se reparaban e indemnizaban los perjuicios de las obligaciones pactadas en ese año, pagando así solamente la sanción pecuniaria. Por ello, en la etapa de concertación, los compradores exigían plazos de entrega en correspondencia con fechas lógicas, preferentemente en el primer trimestre, con el fin de no permitir estrategias burdas para el cumplimiento de los planes, que se extinguían al vencer el plan para el año fiscal, principio de existencia

que sustentaba al contrato económico; es decir, al extinguirse el contrato se extinguía la responsabilidad material. Esta situación la perfeccionó la Resolución 2253-05 del Ministerio de Economía y Planificación, que declaró la vigencia del contrato económico en correspondencia con la voluntad de las partes.

En cuanto al principio para determinar la responsabilidad por los incumplimientos contractuales, las nuevas normas sostienen una posición ecléctica, pues en ocasiones está presente el principio de la verdad subjetiva, presente en la derogada legislación, y en otras ocasiones está presente el principio de la verdad objetiva. Resulta necesario destacar que estos principios toman como basamento instrumental a quien corresponde la carga de la prueba. En la doctrina basada en la verdad subjetiva corresponde la carga de la prueba a la parte infractora, quien debe probar que no es culpable de los hechos que se le imputan, bien sea intencional o por imprudencia. Este aspecto ha sido objeto de debate en la concepción de las normas para la contratación económica, habida cuenta de que se requiere determinar a cuál de los principios estudiados debe responder la responsabilidad en las normas para la contratación económica; en ese contexto, se plantea por algunos tratadistas<sup>68</sup> que con el resultado del desarrollo económico y científico-técnico se multiplican los riesgos existentes en la sociedad, y en esta realidad resulta necesario un sistema que se encamine no a castigar los comportamientos negligentes o reprobables, sino a lograr que las víctimas sean resarcidas y el daño reparado; es por ello que es importante la objetivación de la responsabilidad material, cuestión muy debatida en el derecho procesal, al determinar a quién debe corresponder la carga de la prueba por el incumplimiento. Éste es un tema muy polémico de carácter procesal que no está entre los objetivos de la presente obra.

<sup>68</sup> Valdés Díaz, Caridad del Carmen, *Derecho civil. Parte general*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2001, p. 247.

#### XIV. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

En los contratos entre personas nacionales se suele denominar a la cláusula compromisoria con el título de “reclamaciones y solución de conflictos”, pero cuando se trata de redactar un contrato empresarial con una entidad extranjera, la cláusula compromisoria resulta de marcada importancia, habida cuenta de que en ella se plasmarán los intereses de las partes para la solución de un posible conflicto ante una corte de arbitraje comercial internacional. Mucho se ha escrito sobre la redacción de la cláusula compromisoria.<sup>69</sup> Numerosos artículos analizan los componentes esenciales de una cláusula de arbitraje internacional para concluir, en algunos casos, con la presentación de una que sea capaz de solucionar casi todos los problemas inherentes al arbitraje. Sin embargo, la puesta en práctica de la mayor parte de dichas cláusulas presenta un sinnúmero de dificultades debido a la naturaleza eminentemente consensual del arbitraje y a los diversos requisitos de los que depende la validez de la cláusula compromisoria, pues si se desea recurrir al arbitraje como método de solución de conflictos, la redacción de dicha cláusula es necesaria. Es evidente que varias de las dificultades que con mayor frecuencia complican y demoran el proceso arbitral y la posible ejecución del laudo pueden evitarse o reducirse gracias a una cláusula de arbitraje bien redactada.

Sin el ánimo de ofrecer la mejor fórmula, pues en materia de redacción de cláusulas compromisorias existen variados criterios o modelos, no debo abandonar el asunto, y por el momento sólo pretendo dejar claro que estos contenidos merecen un tratamiento diferenciado, pues si bien son parte del derecho sustantivo, su repercusión está presente en el derecho procesal, aspecto que sitúa a la cláusula compromisoria, a mi modo de ver, en los asun-

<sup>69</sup> Craig, Laurence *et al.*, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2a. ed., 1990; Ulmer, Nicolas, “Drafting the International Arbitration Clause”, *The International Lawyer*, vol. 20, núm. 4, 1986; Redfern, Alan, “Drafting the Arbitration Clause/Forum Selection”, discurso no publicado, pronunciado en el seminario del Instituto Nacional de la ABA sobre la Solución de Conflictos Comerciales Internacionales, 1987.

tos referentes a la solución de conflictos; no obstante, en correspondencia con Craig y Paulsson, les presento los elementos que considero no deben faltar al momento de redactar una cláusula compromisoria eficaz:<sup>70</sup>

- a) El lugar o fuero para resolver el conflicto.
- b) El derecho aplicable.
- c) La composición del tribunal arbitral, fundamentalmente en el arbitraje *ad hoc* o institucional.
- d) El idioma del arbitraje.
- e) La renuncia a todas las posibilidades de recurso contra el laudo y la forma de homologar el laudo.

## XV. LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Con el capítulo X del Decreto-Ley 304/12, el legislador deja a consideración de las partes la determinación de los plazos cortos y fatales para establecer las reclamaciones comerciales y accionar ante los órganos solucionadores de conflictos contractuales; me refiero a las comisiones internas de los organismos de la administración central del Estado y a la sala de lo económico de los tribunales provinciales populares, pues según la legislación derogada, las partes estaban obligadas a considerar los términos cortos y obligatorios que establecían las Condiciones Generales y Especiales para los Contratos Económicos; me refiero a los siguientes decretos: Decreto 53-79, Decreto 80-81, Decreto 87-81, Decreto 88-81; sobre los contratos de suministros; de compraventa especial de productos agropecuarios; de transporte de carga, y los decretos sobre el proceso inversionista, 94-81, 95-81, 96-81 y 97-81, entre otros, que pertenecieron a la generación del sistema de dirección de la economía con un método altamente centralizado.

<sup>70</sup> Craig, Laurence *et al.*, *op. cit.*, parte II, sección 6.03, p. 111.

Ciertamente, si bien el mercado es una actividad dinámica, la situación de la economía nacional en la actualidad no justifica la obligación de las partes de acogerse a los cortos términos que se requerían cuando fueron dictadas, a finales de la década de los setenta, las vetustas Condiciones Generales y Especiales para la Contratación Económica. Evidentemente, y para ser justo, cumplieron con su rol histórico.

La nueva legislación establece que el plazo general de prescripción para las acciones derivadas del incumplimiento del contrato es de un año, si no se dispone otro plazo en la legislación con respecto al tipo de contrato, como es el caso del contrato de transporte terrestre de carga, que establece, en el artículo 129.1, cinco días para que el cargador o destinatario le notifique al porteador el incumplimiento de la entrega de la carga en el destino. En el caso de faltantes o varias, según el artículo 129.2, el plazo es de diez días. Los plazos de prescripción comienzan a transcurrir desde que la acción pudo ser ejercitada y no puede ser cambiado por voluntad de las partes, salvo los casos previstos en ley. Sin embargo, nada prohíbe que las partes acuerden términos cortos para garantizar sus respectivas gestiones económicas mediante plazos prudenciales, pero siempre dentro del plazo de prescripción de un año.

## CAPÍTULO X

### DE LA PRESCRIPCIÓN

Artículo 91.1. Plazo de prescripción: El plazo general de prescripción para el ejercicio de las acciones derivadas del incumplimiento del contrato o para la declaración de su ineficacia es de un año.

Artículo 91.2. El plazo de prescripción comienza a transcurrir desde que la acción pudo ser ejercitada y no puede ser cambiado por la voluntad de las partes, salvo los casos previstos en la ley.

Artículo 91.3. La legislación especial puede establecer plazos de prescripción distintos al dispuesto en este artículo.

Artículo 92. Prescripción de la acción de saneamiento sobre bienes muebles: Las acciones para exigir saneamiento por vicios ocultos o evicción, sobre bienes muebles, prescribe a los seis meses.