



IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas  
de Puebla A.C.

ISSN: 1870-2147

revista.ius@hotmail.com

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.  
México

Tejeiro Morcate, Carlos Adrián

El sistema de contratación jurídica: un auténtico problema social, de la ciencia y la tecnología  
IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., vol. VI, núm. 29, enero-junio, 2012, pp.  
187-215

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.  
Puebla, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222991011>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica  
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## El sistema de contratación jurídica: un auténtico problema social, de la ciencia y la tecnología\*

*The legal contracting system: an authentic  
social, scientific and technologic problem*

Carlos Adrián Tejeiro Morcate\*\*

### RESUMEN

*El autor aborda la institución del contrato y el fenómeno de la contratación jurídica contemporánea no sólo desde el punto de vista de la ciencia del derecho, sino desde una dimensión social y axiológica. Se evidencia la importancia que tiene hoy el contrato para todas las esferas de la sociedad moderna y civilizada y de ahí la necesidad de que en el sistema de contratación jurídica estén presentes deberes jurídicos como los de buena fe, cooperación en la interpretación y en la modificación de la relación jurídica por causas fundadas, claridad y precisión en el contenido, y ética en la observancia de la obligatoriedad contractual. Se afianza la idea de que la tecnología al servicio del sistema de la contratación jurídica constituye una herramienta invaluable para el mejor control de ésta y para lograr un mayor rendimiento de recursos.*

**PALABRAS CLAVE:** Contrato, contratación jurídica, deberes jurídicos, ciencia, tecnología.

### ABSTRACT

*The legal contracting system: an authentic social, scientific and technologic problem, analyses the institution of contract and the phenomenon of the contemporary legal contracting, not just from the point of view of the science of law, but also, and first of all, from a social and axiological dimension. This article shows the importance that contract has today in all spheres of modern and civilized society; hence the need to include legal duties in the legal contracting system. It strengthens the idea that technology at the service of the legal contracting system is an invaluable tool to achieve a good control and a better yield of resources, capacities and contractual relationships that law operators systematically formalized.*

**KEY WORDS:** Contract, legal contracting, legal duties, science, technology.

\* Recibido: 16 de diciembre de 2011. Aprobado: 20 de enero de 2012.

\*\* Profesor asistente a tiempo parcial en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba.  
(adriantejeiro@yahoo.es).

## Sumario

1. Una introducción necesaria
2. El carácter social del contrato y de la contratación jurídica
3. Principios jurídicos y valores axiológicos del sistema de contratación en la sociedad contemporánea
  - A) Deberes jurídicos inspirados en el principio de la *bona fide* o buena fe
  - B) El deber jurídico de la confidencialidad
  - C) Deberes jurídicos relacionados con la forma de los actos
  - D) Deber jurídico de evitación de cláusulas abusivas
  - E) El deber jurídico de cooperación en la interpretación
  - F) El deber jurídico de establecer contratos claros y precisos en cuanto a su contenido
  - G) El deber jurídico y ético del cumplimiento del contrato u observación de la obligatoriedad contractual (*pacta sunt servanda*)
  - H) El deber jurídico de colaborar oportunamente con la modificación contractual por causas fundadas
4. La contratación jurídica, la ciencia y la tecnología: sistema de relaciones
5. A manera de conclusión

## 1. Una introducción necesaria

Aceptando a los efectos de esta contribución la definición de *sistema* como aquel conjunto de preceptos jurídicos normativos reunidos entre sí con el objetivo de formar un marco jurídico positivo sistémico, coherente y completo, del cual además pueda formarse un cuerpo de doctrina y jurisprudencial, podemos decir que a la luz de nuestro ordenamiento jurídico actual, el sistema de contratación se encuentra marcadamente disperso; forman parte de él normas jurídicas materialmente obsoletas, contradictorias en cuanto a su contenido y su nivel jerárquico, y por demás se nos presenta omiso en aspectos generales y tipos contractuales especiales.

Antes que jurídico, la contratación es un fenómeno social que por su importancia en el tráfico, circulación y distribución de bienes y servicios entre los diferentes sujetos de derecho que operan en la sociedad, no puede estar ajeno a la tecnociencia,<sup>11</sup> mucho menos en la era moderna donde las transacciones se caracterizan por su dinamismo y complejidad.

Los primeros sistemas de contratación surgidos desde la edad primitiva estuvieron marcados formalmente por los juramentos y ceremonias de carácter reli-

<sup>11</sup> "El término tecnociencia es precisamente un recurso del lenguaje para denotar la íntima conexión entre ciencia y tecnología y el desdibujamiento de sus límites". NÚÑEZ JOVER, JORGE. *La ciencia y la tecnología como procesos sociales. Lo que la educación científica no debería olvidar*, OEI, disponible en: <http://www.oei.es/salactsi/nunez00.htm#a>.

gioso celebrados frente a íconos familiares, altares de dioses o las reliquias de los santos, todo ello como apoyo al hábito de respetar los compromisos contraídos.

La contratación civil comienza a manifestarse en la sociedad esclavista romana y germana. En Roma, en un inicio, se aprecian pocas normas sobre la materia, motivado por la poca trascendencia de la contratación en una sociedad donde las transacciones eran pocas, debido por su incipiente economía doméstica. Sin embargo, la ocupación romana de vastos territorios mediterráneos generó una expansión de su comercio que contribuyó al surgimiento de la contratación, concretándose ésta en contratos verbales, literales y reales.

Es en la época medieval que se proclama y desarrolla el principio de la consensualidad, motivado fundamentalmente por la obra de los canonistas, que otorgaron un valor fundamental al consenso y establecieron la idea de que la voluntad es la fuente de la obligación.

En los siglos <sup>xvii</sup> y <sup>xviii</sup> la escuela del derecho natural y el pensamiento de la Ilustración destacaron la idea de la voluntad individual, dando paso al arraigado principio de la autonomía de la voluntad como eje central creador de obligaciones; principio que hoy se encuentra limitado de diversas formas tanto en el derecho latino como en el anglosajón.

La evolución económica, industrial y tecnológica ha generado un aumento nacional e internacional de las transacciones, creando una contratación en masa que cada vez más se aparta de aquel sistema de transacciones esporádicas e individuales. Todas las personas naturales o jurídicas con los atributos legales necesarios para ello —personalidad jurídica, capacidad legal, representación—, que desde la perspectiva del derecho denominamos como “sujetos”, necesitan contratar<sup>22</sup> para adquirir bienes y servicios que suplan sus necesidades personales, domésticas y hasta de consumo industrial con el fin de transformar y comercializar mercaderías para obtener un lucro.

La contratación se caracteriza hoy por ser un fenómeno social masivo necesario, en el cual intervienen entre sí, creando, transformando o extinguiendo relaciones jurídicas, desde las simples personas físicas (actuando como simples consumidores o como empresarios individuales) hasta los llamados empresarios sociales, sea la forma jurídica que adopten: empresas estatales, sociedades mercantiles y civiles, unidades presupuestadas, cooperativas, organismos o instituciones estatales, entre otros.

Las normas jurídicas que hoy forman parte de nuestro sistema de contratación tienen la peculiaridad de haber sido dictadas en épocas muy diferentes. Tenemos

<sup>22</sup> “El contrato es una institución, lo que significa que es un fenómeno social permanente, reconocido y regulado por el ordenamiento jurídico, con efectos obligatorios en la dinámica de la vida social”. RAPA ÁLVAREZ, VICENTE. *Manual de obligaciones y contratos*, Enpes, La Habana, 1991, p. 126.

por ejemplo el Código Civil, que actúa como norma general de carácter supletorio, que fue dictado (1987) en época en que nuestro país pertenecía al CAME e imperaban las relaciones económicas internacionales con países socialistas, todo lo cual también marcaba las características de la contratación civil, económica y la escasa mercantil interna. De esa misma época, incluso unos años más atrás (1978), había sido dictado el Decreto Ley No. 15 que puso en vigor las Normas Básicas de los Contratos Económicos, imbuido en una concepción ampliamente centralizada y planificada de la economía nacional.

De 1885, y vigente en Cuba desde 1886, aún constituye actualmente norma jurídica positiva el Código de Comercio, otrora Código de Comercio español, heredero de la tradición codificadora francesa (Código de Napoleón de 1804) y del Código Civil español de 1829. Como se supondrá, este Código, dictado en época de la Colonia, está desactualizado tanto en técnica jurídica como en aspectos terminológicos.

Más recientemente fue dictada una Resolución del Ministerio de Economía y Planificación, No. 2253, de 2005, sobre Indicaciones para la Contratación Económica, en la cual se tratan de perfilar desde una perspectiva metodológica nuevos principios de la contratación ausentes en la norma general común (Código Civil). Sin embargo, esta norma no tuvo el alcance ni la jerarquía normativa esperada.

Por otro lado, el Ministerio del Comercio Exterior ha legislado sobre varios contratos (comisión, consignación, agencia), todos en sede de comercio exterior, con lo cual muchos de estos tipos contractuales no tienen una regulación dirigida a la contratación nacional, a pesar de existir posibilidades y necesidades en este orden.

En sede de técnica jurídica, nuestra sociedad precisa de un sistema de contratación en el que estén presentes principios de contratación ampliamente reconocidos en legislaciones nacionales de otros países y en normas de carácter internacional, principios ausentes hoy o no suficientemente abordados, tales como: la buena fe, la evitación de cláusulas abusivas, la confidencialidad, la libertad de forma, la cooperación en la interpretación, claridad y precisión del contenido del contrato, el derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato, así como el derecho a solicitar la modificación del contrato ante circunstancias especiales.

Sin duda, los sujetos contratantes en la sociedad contemporánea, bien sean empresarios individuales o sociales, incluso aquellas instituciones estatales de carácter público que tienen una función rectora y controladora de la contratación por motivos fiscales, aduanales, registrales, estadísticos u otras, requieren de un apoyo tecnológico que brinde las herramientas necesarias para hacer dicho sistema más transparente, confiable y ágil.

Las herramientas tecnológicas en el sector de la informática, por ejemplo, son sumamente importantes para poder contar, desde una empresa estatal o sociedad mercantil, con un registro único de contratos para conocer cuál de los formalizados se encuentra vencido o vigente, y cuál o cuántos se han firmado con un determinado sujeto, lo que permite disponer de una mejor organización para trabajar con estos instrumentos jurídicos.

En este mismo sentido, la tecnología se muestra necesaria para diseñar programas informáticos de gestión o de control contable que permitan incluso aprovechar las ventajas comerciales y financieras que los tipos contractuales en su contenido encierran, todo ello en beneficio del desarrollo de nuestra economía nacional.

No puede dejar de mencionarse el comercio electrónico, realidad impuesta en nuestros días por el propio desarrollo tecnológico, y a partir del cual se logra que partes contratantes situadas geográficamente en lugares distantes puedan comunicarse y hasta obligarse en un sentido u otro a partir de la confluencia de las ofertas y las aceptaciones enviadas por esta vía o de la estipulación de una firma virtual en un documento plasmado en estos formatos, todo ello sin resquebrajar la necesaria seguridad jurídica que debe prevalecer en actos de esta naturaleza.

En función de los elementos anteriores, nos hemos formulado la siguiente interrogante: ¿cómo la ausencia de un sistema de contratación nacional coherente, actualizado y completo influye en nuestra realidad económica, jurídica y social? Considerando como una posible respuesta la siguiente: un sistema de contratación nacional coherente, actualizado y completo permitiría a los sujetos del derecho una mejor y más expedita y eficiente interrelación jurídica-contractual en beneficio propio y de la economía cubana en general, así como una mayor disciplina y seguridad jurídica en beneficio de la sociedad.

Claro que para que la hipótesis anterior sea comprobada habrá que previamente determinar en el plano histórico, teórico y normativo el carácter eminentemente social del fenómeno de la contratación; describir las circunstancias actuales que nos impiden contar con un sistema de contratación sistémico, coherente y completo; sistematizar los principios que deben estar presentes en el sistema de contratación, desde la perspectiva de las ciencias sociales en general (valores jurídicos y axiológicos), así como analizar los diferentes campos de influencia de la tecnociencia dentro del sistema de contratación.

## 2. El carácter social del contrato y de la contratación jurídica

De ninguna manera podrá desconocerse en la sociedad contemporánea la función de herramienta fundamental que tiene el contrato como vehículo a través

del cual se formalizan —contrato como acto— y ejecutan —contrato como regla, *lex contractus*— los intercambios de bienes y servicios entre los diferentes sujetos de derechos y obligaciones que intervienen en cualquier escenario económico-social.

En algunas ocasiones, según la esfera de actuación de las partes involucradas y el conocimiento profesional, especializado, lato o profano de éstas, las denominaciones pueden ser varias: acuerdo, entendimiento, pacto, convenio, contrato. Sin embargo, a estos efectos todas estas disímiles denominaciones refieren situaciones semejantes, siempre y cuando estén presentes en ellas los elementos esenciales del acto jurídico y su contenido sea obligacional, al margen de la denominación utilizada.

El contrato como institución jurídica es un fenómeno indisolublemente vinculado al concepto moderno de sociedad. No podrían concebirse sociedades de seres humanos, organizadas, civilizadas, si el entramado de relaciones sociales que se suceden en éstas permanentemente no fueran reconocidas y reguladas por el derecho. El contrato es una relación social convertida además en relación jurídica a los fines de reputarle a la primera una organización en cuanto a la forma de crearse, de modificarse y extinguirse, y un ámbito de conocimiento público de consecuencias y efectos.

Por otra parte, el contrato como parte del derecho no debe ser visto como un fenómeno aislado, sino como parte de la cultura total de una sociedad, lo que permitirá estudiarlo en relación con las diversas instituciones sociales. Debe ser apreciado como un producto generado por los esfuerzos conscientes de la gente por solucionar sus problemas; es un medio para institucionalizar patrones de conducta, deberes, derechos y obligaciones, para apoyar medidas de proyección social, para lograr cambios en las actitudes a través de la diseminación del cumplimiento de nuevos patrones de comportamiento y para recoger, plasmar y publicitar los cambios producidos en la estructura social y económica.<sup>3</sup>

El contrato es social desde el mismo primer momento en que las partes que lo formalizan son personas físicas o personas morales representadas por personas físicas. Coinciden todos los ordenamientos jurídicos en reconocer como uno de los elementos esenciales del contrato el elemento subjetivo, que no es más que la manifestación de voluntad de las partes. Desde el punto de vista social y material, esa manifestación de voluntad persigue en primer lugar satisfacer una necesidad personal que consciente o inconscientemente, ya en el plano de la superestructura de la sociedad, genera consecuencias jurídicas (elemento objetivo) a partir de que recibe un reconocimiento por parte del sistema legal positivo.

<sup>3</sup> ZOLEZZI IBÁRCENA, LORENZO. "La investigación en el campo del derecho", *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho*, 2a. ed., UNAM, México, 1995.

Siguiendo la historicidad del contrato, tenemos que primero surgen los tipos contractuales en especie y posteriormente fue que se desarrolló, como ejercicio intelectual basado en la abstracción, la teoría general de éstos. Ello fue consecuencia de que los jurisconsultos romanos, siguiendo su instinto eminentemente práctico, no desarrollaron abstracciones conceptuales, sino que más bien, y de una manera realmente impecable, trabajaron la técnica de los contratos existentes en aquella sociedad.

Es así que se nos presenta como primer tipo contractual surgido el llamado *nexum*. Este contrato, envuelto inicialmente en un ritual sincero y real,<sup>4</sup> era el instrumento jurídico que se utilizaba para satisfacer una necesidad social: la de aquellos que recibían en préstamo un dinero que necesitaban y asumían la obligación de devolverlo posteriormente. La entrega de pedazos de bronce (dinero metálico cuyo valor dependía de su peso) al deudor, aparte del cumplimiento del ritual exterior, era la verdadera causa de la obligación y fue lo que llevó al reconocimiento de que el hombre podía quedar obligado por el solo hecho de haber recibido una cosa (*res*), por donde se engendraron luego los llamados contratos reales (mutuo, comodato, depósito y prenda).

Además de los contratos reales, se reconocían en el derecho romano los *verbis, litteris y consensu*. Aquellos en los que el *consensu* es característica esencial y exclusiva —compraventa, mandato, arrendamiento, sociedad— surgieron primeramente a partir de un reconocimiento social (tipicidad social), que por su importancia, trascendencia y necesidad de seguridad legal tuvieron un reconocimiento jurídico (tipicidad normativa). A partir de la compraventa, personas que necesitaban adquirir una cosa, recibían ésta con traspaso a su favor de la propiedad a cambio de una suma de dinero o precio. Por su parte, el arrendamiento garantiza que un sujeto use y disfrute temporalmente de un bien, sin recibir la propiedad de éste, a cambio de un precio. En su caso, el mandato permitía que una persona —mandante— encargara la realización de un acto que le interesa a otra persona —mandatario—, quien acepta llevarlo a cabo gratuitamente.

En la esfera mercantil, el contrato de comisión funge como mandato mercantil, en el cual el mandatario o comisionista percibe una comisión o precio, convirtiéndose en un contrato oneroso. En virtud del contrato de sociedad, dos o más personas se obligan a poner en común bienes o industrias, con un fin lícito, para obtener una ganancia repartible.

En las llamadas sociedades universales romanas se reconocía la *societas omnium bonorum*; en ella los socios aportaban la totalidad de sus bienes presentes y futuros y tuvo su origen en la comunidad familiar. También estaban las *socie-*

<sup>4</sup> DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, ERNESTO. *Derecho romano*, 2a. ed., Félix Varela, La Habana, 2006, t. II, parte 2, p. 153.



*tas omniun qua ex quaestu veniunt*, en las que las aportaciones comprendían tan solo lo que los socios adquirieran por medio de su trabajo; su origen estuvo en los esclavos liberados que careciendo de patrimonio unían sus esfuerzos en pos de una empresa. Por otra parte estaban las llamadas sociedades particulares, la *societas unius rei*, creadas para la realización de un solo negocio, y las *societas alicuius negotiationis*, constituidas para la realización de diversas empresas. Estas dos últimas formas de sociedades sólo abarcaban una parte de la actividad y del patrimonio de los socios, a diferencia de las universales. En otro orden se reconocían las llamadas sociedades vestigales (*societas vectigalium*), a través de las cuales el Estado romano satisfacía la percepción de los tributos. La sociedad adjudicataria del encargo realizaba la cobranza a los contribuyentes a cambio de una cantidad alzada que le abonaba el Estado.<sup>5</sup>

Como fenómeno social influenciado por diversos factores que han condicionado su evolución, el concepto de contrato que hoy empleamos no se formó en el derecho romano ni en el derecho intermedio: la corriente de pensamiento canonista que otorga un valor esencial al consenso, con lo cual se configura la idea de la voluntad como principal fuente de obligación (esto se encuentra condicionado por cuestiones de orden religioso, en las que se asienta el deber de fidelidad a la palabra dada); un segundo factor es la corriente del voluntarismo jurídico y las necesidades de liberar el tráfico mercantil de ciertas trabas formales que obstaculizaban la celeridad de las transacciones y, por último, la escuela del derecho natural de los siglos xvii y xviii, que tributa a la noción de la voluntad como fuente esencial de las obligaciones, tomando como punto de partida el racionalismo y el individualismo jurídico.<sup>6</sup>

Esta corriente de considerar la autonomía de la voluntad como piedra angular del contrato quedó incluso recogida en nuestro ordenamiento positivo al estipularse en el artículo 310 del Código Civil que “el contrato se perfecciona desde que las partes, recíprocamente y de modo concordante, manifiestan su voluntad”. Al decir de DELGADO VERGARA, el concepto moderno de contrato se nos presenta como un negocio jurídico (esfera de la voluntad y de la libertad individual) bilateral (esfera de la igualdad de las partes), en cuya virtud se crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas obligatorias,<sup>7</sup> especie dentro de las relaciones sociales en general.

Un poco más de un siglo después de que se enarbolaran los ideales de libertad, igualdad y fraternidad que sirvieron de fundamento, junto con el presu-

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 211 y 212.

<sup>6</sup> DELGADO VERGARA, TERESA. “El contrato como institución central en la sociedad moderna”, *Lecturas de derecho de obligaciones y contratos*, Félix Varela, La Habana, 2000, p. 142.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 143.

puesto económico de una economía liberal, a la concepción de considerar que el paradigma del contrato se asienta en la autonomía de la voluntad, esta realidad fue transformándose. Ya en las primeras décadas del siglo XX, VALVERDE Y VALVERDE anunciaba que

[...] los cambios económicos, la evolución de los fenómenos y el progreso de los factores de la producción, exigen figuras nuevas de obligaciones y la solución a ciertos problemas económicos, repercuten de tal manera en la doctrina de las obligaciones, que crea fuentes nuevas de vínculos obligatorios respetando sus formas jurídicas existentes, bien reformándolas o bien destruyéndolas [...].<sup>8</sup>

Sin duda, la dinámica de la vida económica actual, motivada por los avances constantes y cada vez más sistemáticos de la tecnología de todo tipo, influye en la teoría general del contrato, convirtiendo a esta institución en un fenómeno cada vez más social. El profesor DIEZ-PICAZO, citado y analizado por PÉREZ GALLARDO,<sup>9</sup> explica la citada influencia de la siguiente forma:

a) Se afecta la configuración misma de la teoría general de las obligaciones y contratos.

Ello motivado porque “[...] el tráfico económico vierte en el comercio bienes de consumo masivo que son géneros que entre sí tienden a diversificarse cada vez más [...]”.<sup>10</sup> Los servicios ocupan asimismo un lugar cimero: se produce el paso del sector industrial al terciario de servicios, lo que además de causar un desajuste entre los supuestos económicos y las normas jurídicas, conlleva a que la teoría general de las obligaciones y contratos pase a ser una teoría que incluya los criterios nacidos del tráfico en masa y de una economía de servicios.

b) Se sustituyen los clásicos esquemas contractuales por un sistema de pura adhesión.

[...] La tecnificación y los procesos de racionalización del trabajo conducen a la automatización de la producción y de la distribución de bienes y servicios. Los llamados contratos con máquinas automáticas y la facturación con ordenadores determinan, bajo el punto de vista jurídico, supuestos enteramente nuevos en los cuales más que de puras relaciones contractuales habría que hablarse de relaciones o supuestos legalmente reglamentados.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO. *Tratado de derecho civil*, t. III: *Parte especial. Derecho de personas y obligaciones*, 2a. ed., Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1920, p. 15.

<sup>9</sup> PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. “Hacia un nuevo derecho de obligaciones y contratos”, *Lecturas de obligaciones y contratos*, cit., p. 23.

<sup>10</sup> DIEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, vol. 1: *Introducción. Teoría del contrato*, 4a. ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 56.

<sup>11</sup> PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. *op. cit.*, p. 23.

c) Se invierte la relación existente entre producción y mercado.

El desarrollo inusitado de las grandes empresas con necesidades de programación a largo plazo no permite la adaptación de la producción al mercado, sino viceversa. La producción se impone, por lo que el mercado tiene que adaptarse a sus exigencias mediante la captación de los consumidores, adquiriendo una significativa importancia la publicidad y el marketing.

Estos datos conducen a

[...] una erosión en la teoría tradicional de las obligaciones y la necesidad de construir una nueva teoría general que suponga una ampliación de los anteriores esquemas fácticos y que, al mismo tiempo, permita dar un trato jurídico nuevo por medio de unos principios generales, y de unas directrices que no pueden ser resueltos con antiguos moldes normativos.<sup>12</sup>

A la luz de las realidades descritas, que vistas más de una decena de años después de que fueran analizadas por los anteriores catedráticos podemos decir que lejos de modificarse se han acentuado profundamente, hablamos del fenómeno de una contratación jurídica masiva, tanto nacional como internacional, donde priman por encima de los contratos *paritarios o discrecionales* (los celebrados mediante la negociación de sus cláusulas por sujetos que se encuentran en situación de libertad y con suficiente poder de negociación) los contratos *tipos o preformas*, también llamados *predispuestos* (sus estipulaciones han sido predispuestas unilateralmente por una de las partes), y contratos *formalizados por adhesión* (presuponen la existencia de un contrato predispuesto en el que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación).

Estos contratos tipos, llamados preformas, predispuestos, y también los que se formalizan por adhesión, que establecen condiciones generales de contratación, constituyen la característica más visible y exterior de la contratación jurídica actual. Su justificación está en que “la producción masificada, tanto de bienes como de servicios, conlleva a un ensanchamiento del círculo de los posibles clientes o destinatarios de los bienes y servicios producidos. Es imposible que la empresa moderna utilice el mecanismo del contrato por negociación para acordar sus relaciones con cada uno de los eventuales clientes”.<sup>13</sup>

El carácter eminentemente social de la contratación jurídica no sólo viene dado porque hoy son más personas las que contratan entre sí, o porque los clientes y proveedores de un actor económico se hayan multiplicado miles o millones de veces en espacios locales o supranacionales, lo cual implica indu-

<sup>12</sup> Díez-PICAZO, LUIS. *op. cit.*, p. 57.

<sup>13</sup> PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. *op. cit.*, p. 24.

dablemente una masiva participación en la contratación, sino además por las propias consecuencias que trae el hecho de que esta contratación se realice en planos de desigualdad económica, donde una de las partes, que generalmente es el ciudadano común, no puede negociar el contenido del contrato, al tener sólo la opción de adherirse a lo propuesto por una compañía pública o privada que explota, generalmente de manera monopólica, un servicio vital y necesario según las condiciones de la sociedad moderna. No pocas veces esta manera de contratar, vigente en nuestra actualidad y realidad, es fuente de injusticias y desequilibrios; razón por la cual se impone un nuevo derecho de la contratación, llamado a proteger a la parte más débil a través de estatutos que tutelen a los ciudadanos-consumidores en su condición de adquirentes o destinatarios finales de productos y de servicios.

### 3. Principios jurídicos y valores axiológicos del sistema de contratación en la sociedad contemporánea

La elaboración y puesta en vigor de un sistema completo, actualizado y coherente de normas inspiradas en los principios jurídicos generales en materia de contratación constituye un presupuesto *sine qua non* para garantizar un equilibrio entre las partes en cuanto a los derechos, obligaciones y cargas contractuales y sus efectos, motivados por el cumplimiento o incumplimiento de éstos.

La ley común cubana (Código Civil vigente) ha recogido de manera muy general en sus preceptos algunos principios de la contratación, en unos casos con alcance mayor que en otros; en tanto que otros principios no tienen presencia alguna en este cuerpo legal. Algunas normas especiales con carácter de resoluciones ministeriales han tratado de incorporar disposiciones inspiradas en principios que faltaron en la norma general, mas su intento no ha sido del todo suficiente.

Tengamos en cuenta que

[...] los principios generales no son normas propiamente dichas, sino ideas capaces de inspirar todo un conjunto normativo y, en tal sentido, su función es completamente distinta de la que desempeñan las normas propiamente dichas. Estas ideas, estos principios, deben ser tenidos en cuenta por el juez, no sólo cuando pretende llenar una laguna de la ley; sino también cuando desenvuelve una labor meramente interpretativa, porque las normas concretas únicamente son capaces de manifestar su verdadero sentido a la luz de los principios generales que los inspiraron.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> COSSIO, ALFONSO, cit. por PÉREZ GALLARDO, LEONARDO. "¿Quo Vadis derecho de contrato?", *El derecho de contratos en los umbrales del siglo XXI*, MP Editora, São Paulo, 2007, p. 148.

Cuando hablamos de principios jurídicos generales nos estamos refiriendo a valores, entendidos éstos como una concentración objetiva y aceptada de valores sociales que tienen una expresión jurídica. Estos valores no son independientes de condiciones históricas, no son el mero resultado de apreciaciones subjetivas; desde nuestra óptica filosófica se reitera su carácter objetivo, histórico y dialéctico.

Son estos principios jurídicos generales parte esencial del contenido axiológico<sup>15</sup> del derecho, todo lo cual ratifica FERNÁNDEZ BULTÉ al expresar “[...] que lo axiológico es parte consustancial del mismo derecho, todo fenómeno jurídico es al mismo tiempo, y por ser tal, una expresión axiológica, es decir, una formulación de determinados valores sociales que reciben el respaldo y la consagración jurídicas”.<sup>16</sup>

Es en función de lo anterior que estamos obligados a garantizar cada día más una mayor participación sectorial en el proceso de creación legislativa, tanto de operadores del derecho de diversas especialidades (abogados, jueces, fiscales, consultores, asesores jurídicos), que puedan aportar u opinar sobre un determinado proyecto legislativo a partir de sus diferentes experiencias, vivencias, formación y conocimientos especializados, como de otros especialistas sociales, como los sociólogos, psicólogos, historiadores, entre otros. Esta cooperación interdisciplinaria enriquecerá nuestra normativa jurídica, pues ontológicamente el derecho debe configurarse por “normas-valores” y realidad social, y no limitarse exclusivamente al ámbito normativo.<sup>17</sup> Se trata de proponer una ruptura epistemológica que supere el campo normativista (ontologismo sustancialista), y entre de lleno a considerar contenido y ser de las relaciones sociojurídicas.<sup>18</sup>

La Resolución Ministerial No. 2253, de fecha 8 de junio de 2005, dictada por el ministro de Economía y Planificación, trató de incorporar en la normativa jurídica positiva cubana determinados principios que estaban ausentes en la ley común, mas su esfuerzo, aunque representó un discreto paso de avance en este sentido, por omisiones y parquedad en su redacción, no cubrió todas las expectativas y necesidades.

Esta norma jurídica vigente tuvo un alcance y ámbito de aplicación superior al otrora Decreto Ley No. 15 de 1978, Normas Básicas de los Contratos Económicos, en tanto su aplicabilidad se hizo extensiva a sujetos tales como sociedades civiles y mercantiles constituidas en Cuba, entre ellas las empresas mixtas (formadas por capital cubano y extranjero), distintas formas de cooperativas

<sup>15</sup> Filosóficamente, la axiología se ocupa de la indagación de los valores.

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ BULTÉ, JULIO. *Filosofía del derecho*, Félix Varela, La Habana, 1997, p. 20.

<sup>17</sup> WITKER V., JORGE. “Docencia crítica y formación jurídica”, *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho*, cit.

<sup>18</sup> *Idem*.

autorizadas por la ley y cualquiera otra persona natural o jurídica, nacional o extranjera.

La aplicabilidad legal de la norma estableció que las Indicaciones para la Contratación Económica deben ser cumplidas por las personas naturales y jurídicas expuestas precedentemente cuando éstas establecen relaciones económicas-contractuales que se formalizan en el territorio nacional a través de tipos de contratos definidos en el referido Decreto Ley No. 15 y su legislación complementaria, así como mediante otras figuras contractuales que hoy se utilizan en la economía cubana.

Se exceptúan de la aplicación de las Indicaciones para la Contratación Económica los contratos internacionales que otorguen los referidos sujetos nacionales con las personas naturales o jurídicas extranjeras radicadas fuera del territorio nacional. No obstante, las partes de tales contratos pueden aplicar las indicaciones si así lo determinan voluntariamente y de mutuo acuerdo, en cuyo caso estamos en presencia de una aplicabilidad meramente voluntaria, es decir, en virtud del consentimiento de las partes.

Los principios generales del contrato que de alguna manera trataron de ser recogidos en las Indicaciones para la Contratación Económica, expresados a través de deberes jurídicos normativos, fueron los siguientes: *a)* de la buena fe; *b)* confidencialidad; *c)* libertad de forma; *d)* cláusulas abusivas; *e)* cooperación en la interpretación; *f)* oferta y aceptación; *g)* claridad y precisión del contenido del contrato; *h)* cumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato, e *i)* modificación del contrato.

#### *A) Deberes jurídicos inspirados en el principio de la bona fide o buena fe*

Encuentran su regulación en varios artículos de las Indicaciones. Por ejemplo, en el artículo 2 se dispone que “las partes en un contrato económico están obligadas a actuar de buena fe y a prestarse la debida cooperación en su concertación, interpretación y ejecución”.

Asimismo, el artículo 4 refrenda que “para llegar a la concertación de un contrato, los sujetos deben establecer previamente negociaciones o tratos preliminares, cuidando, si no es su voluntad, que ello llegue a constituir una promesa de contrato”.

Por su parte, el precepto número 16 establece que “ante la imposibilidad 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”.

Es comúnmente admitido que en el desarrollo de los tratos o negociaciones que preceden la posible celebración de un contrato, existen entre las partes determinados deberes que surgen desde que entran en contacto con el propósito de negociar. Estos deberes, inspirados también en el principio general de la buena fe, no fueron mencionados en la norma que revisamos y lógicamente tampoco fueron definidos, lo cual conspira contra una objetiva evaluación de hasta qué punto fueron cumplidos o inobservados en una negociación determinada. La ausencia de esta referencia sitúa en un plano subjetivo el parecer de cada parte y por supuesto que no facilita el trabajo de un juez o de un árbitro a los que les corresponda juzgar un caso de esta naturaleza.

Es generalmente aceptado en la doctrina científica que, no obstante la ausencia de cualquier vínculo contractual en el momento negocial preliminar, la infracción de alguno de esos deberes precontractuales da lugar a la llamada responsabilidad por culpa *incontrahendo* o responsabilidad precontractual del infractor, si de ella han derivado daños para el otro negociante. A pesar de que el artículo 4 de las Indicaciones hace referencia a la existencia de tratativas preliminares, no regula expresamente la responsabilidad precontractual, con lo cual queda sin delinearse en la normativa jurídica cubana la definición, presupuestos y efectos de este tipo de responsabilidad.

Los deberes jurídicos existentes en la fase de negociación o tratos preliminares reconocidos por la doctrina son los siguientes:<sup>19</sup>

- a) *Deber de información*: considera que cada una de las partes está obligada a comunicar a la otra las circunstancias de que tenga (o debiera tener) conocimiento y que, de ser conocidas por la otra parte, la llevarían a no contratar o a no hacerlo en los mismo términos, siempre y cuando la ignorancia de esta última esté justificada.
- b) *Deber de protección*: implica el deber de cuidado, atención y cautela para preservar sus respectivas esferas (la de los negociantes), personal y patrimonial, de todo daño que pueda derivar de la proximidad o relación entre las mismas. Implica la protección de las propias negociaciones.
- c) *Deber de lealtad negocial*: implica tener y mantener un comportamiento correcto en el curso de los tratos preliminares (actuar seriamente) y, por tanto, de no iniciar negociaciones que no se tiene el propósito de concluir o de interrumpir sin justificación las ya iniciadas; también el deber de conservar diligentemente los bienes objeto del contrato que se está negociando.

<sup>19</sup> VALÉS DUQUE, PABLO. "Una aproximación al análisis de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo", *El derecho de contratos en los umbrales del siglo XXI*, cit., pp. 475-479.

El ya referido artículo 4 de las Indicaciones señala que las partes deben cuidar que los tratos o negociaciones preliminares no lleguen a constituir, si no es su voluntad, una promesa de contrato. Mas no define estas variables ni aporta los elementos que permitirán diferenciar un momento de otro y sus repercusiones; en virtud de ello, estas omisiones habrá que cubrirlas desde el punto de vista doctrinal.

Los tratos o negociaciones preliminares son actos o serie de actos que preceden a la perfección del contrato y que se llevan a cabo con esa finalidad. En este momento las partes están animadas por una voluntad de discutir, pero no necesariamente por una voluntad de contratar. En ellos, por regla general, las partes no quedan obligadas; la ruptura de una negociación no origina ninguna responsabilidad, salvo que se incumplan los deberes expuestos precedentemente.

La promesa de contrato o precontrato es un contrato cuyo objeto es la celebración de un futuro contrato. En el precontrato se determina el futuro contrato en todos sus elementos esenciales; la relación contractual se abre a las partes en el momento mismo de su celebración. Lo que ocurre es que ambas, o una de ellas, se reservan la facultad de exigir en un momento posterior su puesta en vigor.

Otro de los elementos a los que se le echa de menos en las Indicaciones respecto a la regulación de los deberes jurídicos inspirados en el principio de buena fe (como consecuencia del incumplimiento de este principio al reputarse responsabilidad precontractual en los tratos preliminares) es la determinación del alcance del resarcimiento que debe producirse en este caso. Al efecto, la doctrina ha planteado que se trata de que la indemnización deje a aquel cuya confianza ha sido defraudada en la situación en que se hallaría de no haber confiado.

En este sentido, debe ser indemnizado tanto el daño emergente como el lucro cesante; entendiendo por daño emergente los gastos hechos por tramitar documentos, gastos de transporte, gastos por instalación y mantenimiento, por tramitación de créditos y gastos a asumir por el afectado por compromisos contraídos con terceros. Por su parte, el lucro cesante se refiere a las pérdidas de las ganancias que se hubieren obtenido de haber aceptado otras ofertas contractuales de las que disponía cuando se estaba negociando el que no llegó a celebrarse o cuando se celebró el contrato nulo (que no fue confirmado).

#### *b) El deber jurídico de la confidencialidad*

Aparece regulado en el artículo 2.1 de las Indicaciones, el cual refiere que “las partes deben preservar la confidencialidad de la información que reciprocamente



se suministren con este carácter, independientemente de que se otorgue o no el contrato, cuya violación debe ser objeto de reclamación y corrección en la forma que acuerden las partes o que, llegado el caso, se disponga por la autoridad jurisdiccional correspondiente”.

El precepto anterior no incluyó los elementos sustantivos a tener en cuenta para la reparación del daño causado por la violación de este deber, que son la compensación al afectado en proporción al daño y en proporción al beneficio del trasgresor.

### c) *Deberes jurídicos relacionados con la forma de los actos*

Han estado presentes en nuestra legislación positiva con cierto grado de coherencia entre lo regulado en unas normas anteriores y otras posteriores. Los preceptos del Código Civil se acercan de manera general a considerar la forma en los contratos como un elemento *ad utilitatem* y no como elemento constitutivo o esencial (forma *ad substantiam* o *ad solemnitatem*).<sup>20</sup> Al decir del profesor PÉREZ GALLARDO, es cierto que los contratos reales apenas existen en las normas del Código Civil cubano, “[...] pero ello no implica una desaparición absoluta de la forma. Una buena parte de los contratos reconocidos por el legislador son formales, si bien no solemnes. Lo que sucede es que en ellos se desplaza el rol que a la forma le viene atribuido. El Código no reclama de la forma un componente estructural del contrato, sino un elemento de prueba o un presupuesto *sine qua non*, a los fines de su oponibilidad frente a terceros, no *inter partes*”.<sup>21</sup>

Esta posición inclinada hacia la consensualidad ha sido refrendada a través de las resoluciones judiciales del Tribunal Supremo.<sup>22</sup>

Las Indicaciones para la Contratación Económica siguen la misma fórmula del Código Civil al reputarle a la forma una función probatoria y no constitutiva del contrato. El artículo 3 de estas Indicaciones señala que “el contrato debe constar 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 [...]”. Seguidamente, el

<sup>20</sup> PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. *op. cit.*, p. 150.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>22</sup> Conforme lo ha dicho la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, se trata de un artículo (el 51, inciso a) que “no es preceptivo, no resultando en todo caso requisito esencial de validez del acto jurídico su existencia documental” (sentencia No. 535, del 30 de julio de 2004, segundo considerando. Ponente: Acosta Ricart), de manera que su incumplimiento (ahora refiriéndose al inciso b) “no es esencial para asegurar la validez y eficacia de un acto jurídico [...] y menos aún el hecho de no constar de esa forma [por escrito], signifique que se esté en el supuesto de nulidad absoluta que preconiza el artículo sesenta y siete [del Código Civil], en el entendido que ésta existe cuando el acto se crea o nace contraviniendo preceptos imperativos de la ley” (sentencia No. 120, del 24 de febrero de 2004, tercer considerando. Ponente: Díaz Tenreiro). PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. *op. cit.*, pp. 151 y 152.

artículo 3.1 regula que “cuando excepcionalmente se ejecuten prestaciones sin un contrato previamente concertado por escrito, la relación jurídico económica se demuestra por cualesquiera de los medios de prueba admitidos en derecho. La prueba debe evidenciar el acuerdo suficiente de las partes sobre la prestación que constituye dicha relación, por lo que éstas deben ser diligentes en el aseguramiento de dichas pruebas”.

El hecho de que la ley permita probar la existencia de la relación jurídica contractual por el documento escrito, en primer lugar, o en ausencia de éste por otros medios de prueba admitidos en derecho, entre los que podemos citar a las facturas comerciales, conduces, cartas de portes u otros similares,<sup>23</sup> demuestra que la forma no es un elemento esencial para la validez y eficacia del contrato, sino un requisito para su oponibilidad y publicidad frente a terceros.

#### *d) Deber jurídico de evitación de cláusulas abusivas*

Ninguno de los cuerpos legales vigentes referentes a contratos define lo que es una cláusula abusiva. El cuerpo legal que más se acerca al tema es la Resolución 2253/05 que pone en vigor las Indicaciones de la Contratación Económica, al referirse al término “cláusulas impositivas”.

El artículo 3.2 de las Indicaciones autoriza que las partes, en la etapa de negociación, utilicen modelos de contratos redactados por ellas, los cuales deben estar desprovistos de cláusulas impositivas que mutilen el carácter de colaboración y buena fe que debe primar, así como pactar condiciones generales, entendidas éstas como cláusulas predisuestas, preparadas con antelación para contratos otorgados por adhesión.

Más allá de la denominación empleada, pues una cláusula impuesta no tiene necesariamente que ser una cláusula abusiva, se echa de menos una serie de elementos que permita identificar una cláusula de este tipo. Sustantivamente, el legislador pudo referirse a ella tomando como referencia los siguientes aspectos:

- a) El punto de equilibrio queda desplazado y el contrato se transforma en un potencial instrumento de opresión que ejerce el polo dominante (pre-

<sup>23</sup> “[...] nada obstaría al reconocimiento de una relación jurídica-económica existente si se demuestra que entre las partes litigantes hay antecedentes de contratación basados en vínculos históricos mantenidos entre las mismas, cuya vigencia puede tenerse por presente a virtud de actos posteriores, aún cuando no se hubiere procedido a renovar el contrato en cuestión. También los casos de documentos tales como: facturas, conduces, cartas de porte u otros similares, con valores probatorios específicos, casuísticamente, podrían ser objeto de valoración como indicativos de la existencia de una relación jurídico-económica [...]”. Dictamen 337 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, del 19 de noviembre de 1992.

- disponente), sobre la parte débil (adherente), fracturándose el principio conmutativo de distribución de sacrificios.
- b) Implica una lesión a los criterios valorativos que éticamente conducen a un enjuiciamiento de la justicia interna del contrato (regla general de confianza).
  - c) Lesiona el justo equilibrio de las prestaciones (valoración de ventajas, derechos, obligaciones y cargas para cada parte contratante).

Tampoco estableció el legislador una necesaria clasificación de los tipos de cláusulas abusivas que reconoce la doctrina, como las cláusulas de desequilibrio contractual y las cláusulas de desequilibrio procesal.

Las cláusulas de desequilibrio contractual son aquellas que producen desigualdad a la posición que ocupan las partes en el contrato, una frente a la otra; su objetivo está dirigido fundamentalmente a elevar a un plano superior al que ya tiene, por la naturaleza del contrato, al estipulante y consecuentemente desplazar hacia una situación aún más precaria al adherente.<sup>24</sup> Como ejemplos de este tipo de cláusulas podemos señalar las siguientes: de exoneración o limitación de la responsabilidad del estipulante o aquellas que confieren unilateralmente derecho al estipulante a dar por terminado el contrato, a resolverlo a su discreción, a modificarlo y/o a interpretarlo.

Asimismo, aquellas de desequilibrio procesal son las que producen una disminución de los medios de defensa e impugnación de la parte adherente; por medio de ellas el estipulante pretende anular las herramientas judiciales de quienes con él contratan.<sup>25</sup> Se señalan como cláusulas de este tipo, aquellas en las que se estipulan pactos de sumisión expresa a tribunales que no sean los del domicilio del adherente, las que alteran las reglas relativas a la carga de la prueba en perjuicio del adherente y las que exigen al adherente el cumplimiento de requisitos formales a los efectos de hacer declaraciones o comunicaciones con el predisponente o con un tercero.

El Código Civil cubano establece en el artículo 52 las siguientes pautas para la interpretación de una manifestación de voluntad que se presume no fue suficientemente clara, la cual deberá ser interpretada teniendo en cuenta: a) la

<sup>24</sup> OJEDA RODRÍGUEZ, NANCY, citada por JIMÉNEZ CERVERA, MARISEL, *Las cláusulas abusivas como presupuesto de ineficacia contractual*, IV Jornada Internacional de Contratos, La Habana, 2005.

<sup>25</sup> *Idem*.

voluntad presumible del que la emitió; *b*) la significación generalmente aceptada de las palabras, y *c*) las demás circunstancias concurrentes.

Por su parte, las Indicaciones, en el numeral 2, establecen que las partes en un contrato económico están obligadas a actuar de buena fe y a prestarse la debida cooperación en su concertación, interpretación y ejecución.

Tanto una redacción como la otra pudieron incorporar técnicas de interpretación reconocidas por la doctrina científica. En el caso del Código Civil, por ejemplo, indica que se deberá tener en cuenta la voluntad presumible del que emitió la declaración de voluntad; sin embargo, en sede contractual no se trata de una sola manifestación de voluntad, sino como mínimo de la voluntad de dos partes; por ello, doctrinalmente y en los principios esbozados por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (principios UNIDROIT) se fija como regla primaria de la interpretación contractual la intención común de las partes y no sólo de una de ellas. Si dicha intención no pudiera establecerse, el contrato se interpretará conforme al sentido que le habrían dado personas sensatas de la misma condición que las partes colocadas en las mismas circunstancias. Asimismo, dentro de las circunstancias relevantes a tener en cuenta para la interpretación deben considerarse las negociaciones previas entre las partes.

Las cláusulas de un contrato deberán interpretarse en el sentido de que todas produzcan algún efecto, antes que privar de efectos a alguna de ellas, siendo esta técnica conocida como interpretación dando efecto a todas las disposiciones.

Por su parte, la interpretación contra *proferentem* estipula que si las cláusulas de un contrato dictadas por una de las partes no son claras, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte.

En sede de interpretación contractual, nuestra normativa no puede desconocer aquella que preconiza la integración del contrato. Se trata de que 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. 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; *c*) la buena fe y la lealtad negocial, y *d*) el sentido común.

No es ociosa la incorporación de un precepto que reconozca la interpretación auténtica del contrato, que no es más que aquella interpretación que las partes del negocio pueden llevar a cabo a través de una nueva declaración de voluntad dirigida a fijar el sentido y el valor de las declaraciones. Dicha interpretación tendrá un alcance limitado al ámbito de las propias partes, no frente a terceros,

y estarán obligadas éstas a dar al negocio interpretado el sentido fijado en la nueva declaración de voluntad.

*f) El deber jurídico de establecer contratos claros y precisos en cuanto a su contenido*

El numeral 10 de las Indicaciones refiere que los contratos deben ser lo suficientemente precisos como para que no se entiendan comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes a aquellos respecto a los cuales las partes se propusieron contratar. Las partes deben pactar todas las cláusulas necesarias que garanticen el mejor cumplimiento de la prestación objeto del contrato, atendiendo a su naturaleza y tipo.

En sentido general, las Indicaciones recogen prescripciones atinentes a las siguientes cuestiones:

- Pactar todas las cláusulas necesarias que garanticen el mejor cumplimiento de la prestación objeto del contrato, atendiendo a su naturaleza y tipo.
- Establecer un objeto del contrato claramente formulado con los elementos que definan la esencia del negocio.
- Suficiente formulación de las prestaciones y los requisitos para su cumplimiento. Dichas prestaciones tienen que estar en correspondencia con el objeto social, empresarial o finalidad económica del sujeto que las presta.
- Establecer cláusulas de garantías del cumplimiento obligacional y penalidades.
- Refrendar parámetros de calidad y métodos y procedimientos a emplear en la comprobación de aquélla.
- Acordar términos de garantía comercial y, en su caso, de los servicios de posventa.
- Establecimiento de pactos relacionados con la documentación técnica y comercial a entregar.

*g) El deber jurídico y ético del cumplimiento del contrato u observación de la obligatoriedad contractual (pacta sunt servanda)*

Uno de los efectos generales esenciales del contrato es su carácter vinculante o de obligatorio cumplimiento para las partes contratantes. Al decir de RAPA ÁL-

VAREZ, éstos deben actuar de conformidad con lo convenido mientras no exista vicio que lo impida, todo ello en virtud del principio legal *pacta sunt servanda*.<sup>26</sup>

A pesar de la importancia de este efecto, el Código Civil cubano no recoge ningún precepto inspirado en este principio. Por su parte, las Indicaciones para la Contratación Económica disponen en el apartado 16.2 que “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”.

De otras de las disposiciones de las propias Indicaciones se pueden colegir otras acciones por las que deben velar las partes, como formular y notificar una comunicación inmediata ante un incumplimiento, adoptar medidas que tiendan a disminuir el efecto del incumplimiento, proponer negociaciones y conciliación amigable antes de acudir a la vía judicial, y solicitar el cumplimiento forzoso o su equivalente por la vía judicial (a través de la reparación de daños e indemnización de perjuicios, si los hubiere).

Amén de estas disposiciones recogidas en norma especial, consideramos que no es ocioso que se establezca un precepto que regule concretamente la obligatoriedad del contrato. En este sentido, llama la atención la fórmula utilizada por el legislador español en el artículo 1258 del Código Civil español, que no sólo incluyó el espíritu derivado del principio *pacta sunt servanda*, sino además otras ideas vinculadas con la forma de los contratos, la buena fe y los límites a la autonomía de la voluntad, al disponerse que “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”.

El artículo 310 del Código Civil cubano parece ser la mejor opción para incorporar la idea de la obligatoriedad del contrato. En efecto, si a la redacción actual: “El contrato se perfecciona desde que las partes, recíprocamente y de modo concordante, manifiestan su voluntad”, adicionamos “[...] y desde ese momento tiene carácter obligatorio el cumplimiento de lo pactado”, logramos positivizar en nuestro ordenamiento jurídico la obligatoriedad del contrato.

Tal y como refiere el profesor PÉREZ GALLARDO, nuestra propuesta no elude el hecho de que el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato no sólo supone para las partes un deber jurídico derivado de la autorresponsabilidad asumida por ellas en razón del contrato mismo concertado, sino también como deber ético. Las partes deben conducirse y educarse en la “cultura” del cumplimiento contractual. El papel social que está llamado a desenvolver este instituto jurídico sólo se alcanza en la medida en que se logre el cumplimiento de las

<sup>26</sup> RAPA ÁLVAREZ, VICENTE. *op. cit.*, p. 150.

prestaciones previstas por las partes. A ello se dirige el llamado del legislador del Código Civil en el tercer *por cuanto*, cuando preconiza “la ayuda mutua entre los miembros de la sociedad” y el fortalecimiento de nuestro sistema económico y social, en el que el contrato juega un papel esencial no sólo como figura jurídica, sino como instrumento de realización económica.<sup>27</sup>

*h) El deber jurídico de colaborar oportunamente con la modificación contractual por causas fundadas*

El apartado 3.5 de las Indicaciones franquea la posibilidad de que el contenido del contrato pueda ser modificado a través de un suplemento,<sup>28</sup> que no es más que un nuevo contrato modificativo. En este punto vale aclarar las diferencias entre el suplemento y el anexo. El anexo es un documento que forma parte del contrato, mas no lo modifica, sino que lo complementa en aspectos enunciados en cláusulas precedentes, y se suscribe junto con el contrato. Por otra parte, el suplemento debe ser usado para modificar el contrato inicial o incorporar algún elemento no tenido en cuenta en el momento inicial de suscripción del contrato; se suscribe e incorpora al contrato en un momento posterior al de su suscripción inicial.

Este enunciado anterior se complementa en las Indicaciones con el apartado 15, que dispone de manera general que cuando el contrato no responda a las nuevas circunstancias o a los nuevos intereses legítimos de las partes, éstas deben oportunamente modificarlo de mutuo acuerdo.<sup>29</sup> De esta forma ha dicho la Sala de lo Económico del Tribunal Supremo: “[...] las partes durante la ejecución del contrato tienen que estarse a lo pactado en el contrato, sin perjuicio del derecho que les asiste de modificar cualquiera de sus cláusulas mediante suplemento suscrito al efecto, por proceder de razones debidamente fundamentadas [...]” (sentencia No. 100 del 22 de febrero de 2000, proceso ordinario, segundo considerando, ponente: Abad Hernández).<sup>30</sup>

Esta posibilidad que se plantea de modificar el contrato no es más que un reconocimiento de un tipo de novación del acto jurídico que puede recaer en el objeto de éste, en los sujetos, o en las prestaciones principales o accesorias. En estos casos no se pretende extinguir la relación contractual sino sólo alterarla o modificarla; estamos en presencia de una novación modificativa.

<sup>27</sup> PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. *op. cit.*, p. 182.

<sup>28</sup> Véase artículo 3.5 de las Indicaciones para la Contratación Económica, Resolución No. 2253, del 8 de junio de 2005, del Ministro de Economía y Planificación.

<sup>29</sup> Véase artículo 15, *ibidem*.

<sup>30</sup> PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. *op. cit.*, p. 180.

Mas también puede plantearse una novación extintiva si el fin que persiguen las partes al suscribir un suplemento es pactar la culminación del contrato. En este caso estaríamos en presencia de un nuevo contrato extintivo que contiene el llamado mutuo disenso.

Otras causales establecidas y reconocidas en la ley pueden determinar la extinción de la relación jurídica contractual. Al respecto, hay diversas teorías que tratan de explicar la justeza de la culminación de los efectos del contrato cuando circunstancias posteriores, extraordinarias e imprevisibles al momento de su constitución lo conviertan en un acuerdo inequitativo.

*La teoría de la cláusula rebuc sic stantibus*, por ejemplo, entiende que por voluntad implícita de las partes, en todos los contratos que tienen tracto sucesivo se sobreentiende existente una cláusula con arreglo a la cual el contrato obliga mientras las cosas continúen así. A su vez, *la teoría de la imprevisión* entiende la liberación de una de las partes en aquellos casos en que sobrevienen circunstancias extraordinarias que hacen la prestación muy difícil y que, además, son imprevisibles. Por su parte, *la teoría de la excesiva onerosidad* plantea que cuando la prestación para una de las partes se hace excesivamente onerosa como consecuencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, puede ésta demandar la resolución del contrato. Finalmente, *la teoría de la base del negocio* apunta la existencia de una base subjetiva, que es la expectativa común de ambas partes en atención a determinadas circunstancias, cuya aparición o persistencia era esperada por ellas, y una base objetiva, que son aquellas circunstancias exteriores y un estado general de las cosas, cuya subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato pueda continuar existiendo como una reglamentación de intereses, dotada de sentido.

De alguna manera, el artículo 80 del Código Civil cubano recoge las teorías anteriores. Sin embargo, este precepto autoriza en estos casos la rescisión de las obligaciones cuando en realidad debió autorizar la rescisión del acto jurídico, es decir, del contrato, y no de las obligaciones que nacen de él. Al decir del profesor PÉREZ GALLARDO,<sup>31</sup> este precepto debió incluirse en sede de contratos y no de obligaciones en el cuerpo legal citado.

#### 4. La contratación jurídica, la ciencia y la tecnología: sistema de relaciones

La contratación jurídica en masa existente en nuestras sociedades contemporáneas no puede prescindir de los adelantos de la ciencia, no sólo en el plano de las

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 181.



ciencias sociales, sino también de los avances en el sector informático y tecnológico. En este campo se precisa de la ciencia, orientada cada vez más a objetos prácticos, a la formulación del desarrollo tecnológico y con éste la innovación. De igual manera, se precisa de la idea de la técnica asociada habitualmente “al hacer”, al conjunto de procedimientos operativos, útiles desde el punto de vista práctico para determinados fines.<sup>32</sup>

El empresario moderno, en cualquiera de las ramas que opere, sea en el sector industrial, comercial, sea de intercambio de bienes o servicios, turismo, inmobiliario, entre otros, necesita de sistemas informáticos de gestión, de contabilidad y otros software auxiliares de apoyo que le permitan desarrollar su actividad de forma dinámica, eficiente y controlada. Resulta sumamente difícil encontrarse una compañía pública o privada, pequeña, mediana o grande, que no necesite utilizar en sus establecimientos principales (casa matriz) o secundarios y accesorios (sucursales, almacenes, puntos de ventas, talleres) equipos de cómputo.

Este equipamiento tecnológico es utilizado desde por una simple secretaria o recepcionista hasta por el director general o presidente de dicha compañía, y por regla general todos estos equipos se encuentran interconectados entre sí por redes informáticas, lo cual permite a varias personas visualizar de forma simultánea determinadas informaciones, comunicarse permanentemente en tiempo real y disponer de forma rápida y oportuna de datos que se generan en puntos distantes, a cientos e incluso miles de kilómetros, unos de otros.

La contratación jurídica actual debe apoyarse en programas informáticos que le permitan tanto el registro inicial y codificación uniforme de proveedores y clientes hasta el control detallado de la cantidad de contratos existentes; precisar cuáles de ellos se encuentran vencidos o vigentes; cuáles están suscritos con un determinado sujeto; cuáles están asociados a un determinado tipo de actividad u otra (compra o venta de bienes, prestación de servicios, interés tecnológico o bienes de consumo usuales, actividad constructiva, inmobiliaria, entre otras clasificaciones); cuál es la naturaleza y tipología jurídica de éstos (compraventa, suministro, arrendamiento, prestación de servicios, agencia, comisión, consignación, u otros); carácter del contrato (nacional o internacional); estado de las cuentas por cobrar o pagar; vejez de éstas según los plazos establecidos (30, 60, 90, 180, 270 o 360 días), entre otros vitales intereses del empresario.

En sede de la contratación mayorista, dada la variedad de sujetos que interactúan en el tráfico jurídico-mercantil cubano y los diferentes tratamientos que desde el punto de vista comercial hay que otorgarles a éstos según la normativa

---

<sup>32</sup> NÚÑEZ JOVER, JORGE, *op. cit.*

vigente en la materia,<sup>33</sup> su clasificación se convierte en un tema de vital importancia. Por ejemplo, el tratamiento comercial que se otorga a empresas estatales no es el mismo que el que se otorga a sucursales de sociedades mercantiles extranjeras, instituciones religiosas o sociedades cubanas de capital mixto.

En virtud de ello, el empresario cubano que actúa como prestador del servicio requiere disponer de un sistema informático que clasifique a estos sujetos según la información que el operador del medio de cómputo introduzca en el ordenador, información que deberá extraer y consignar a partir del análisis de la documentación legal del referido sujeto interesado (resolución o escritura pública constitutiva, objeto empresarial o social autorizado, licencias bancarias o certificados comerciales específicos, nombramiento y facultades del representante, avales o referencias bancarias, entre otros).

A partir de este paso, el sistema informático deberá registrar al sujeto dentro de las clasificaciones preestablecidas (sociedad mercantil de capital cien por ciento cubano; sociedad mercantil de capital mixto; empresa estatal; unidad presupuestada; sucursal de sociedad mercantil extranjera; sociedad de capital ciento por ciento extranjero; contratos de asociación económica internacional, en cuyo caso se registra a una o ambas partes contratantes; sucursales de agencias de viajes; representaciones de líneas aéreas; instituciones financieras bancarias; empresarios individuales, u otros). El registro implicaría el otorgamiento de un código que debe ser reconocido por los establecimientos secundarios del empresario a nivel nacional y que determina el alcance de las posibilidades comerciales a realizar con dicho sujeto, especificar si se trata de un cliente o de un proveedor, si es nacional o extranjero, si la relación jurídica a entablar es nacional o de carácter internacional. El otorgamiento y visualización del código al sujeto interesado puede constituir un aviso de que se han cumplido los requisitos de control de identidad del sujeto, que se ha verificado su referencia financiera y comercial, y que en función de ello se pueden formalizar con éste las relaciones jurídico-comerciales.

Las interrelaciones entre los sistemas informáticos que apoyan la contratación jurídica pueden ser tales que incluso si el sistema que registra al sujeto como cliente o proveedor no otorga el código respectivo, el sistema contable encargado de la facturación puede estar programado para no funcionar, con lo cual se haría imposible la ejecución de la relación jurídica, según las normas y procedimientos internos establecidos por el empresario en cuestión. Asimismo, el sistema informático contable puede brindar información al área comercial sobre

<sup>33</sup> Véase Resolución 222 del 10 de junio de 2003 de la ministra del Comercio Interior, "Reglamento para las Actividades Comerciales y de Prestación de Servicios en el Mercado Interno".

el cumplimiento de las obligaciones de pago del tercero, y en caso de existir una mora en los pagos, ello le permitirá al acreedor adoptar una medida asegurativa oportuna en el orden extrajudicial o judicial. En este mismo sentido, estos programas pueden funcionar en un sistema nacional de intranet del respectivo empresario, lo cual le permitiría que se conociera la situación de un determinado sujeto a nivel nacional, con lo cual se evitarían acciones fraudulentas de sujetos incumplidores de deberes jurídicos que en no pocas ocasiones tratan de operar en territorios diferentes a aquellos en los cuales han incumplido sus obligaciones.

Esta misma interrelación puede lograrse en el ámbito internacional cuando se trata de empresarios cubanos que disponen de sociedades filiales u oficinas de representación en el exterior.

En nuestro país existen pocos empresarios que tienen diseñado y en aplicación un sistema informático completo y nacional, como el que hemos descrito precedentemente, que apoye la contratación jurídica para que este fenómeno social y económico sea más expedito, eficiente y controlado. Por regla general, existen sistemas informáticos que no ofrecen todas las posibilidades que se requieren, que no están interrelacionados con otros para ofrecer un auxilio integral y que no operan en tiempo real sobre bases nacionales de intranet. La inversión en este sentido no es un gasto, sino precisamente una inversión, y así debe interpretarse si queremos modernizar y dinamizar nuestra economía.

Por otra parte, algunos de los sistemas informáticos que se utilizan, aun en aquellas empresas cubanas privilegiadas que tienen un alto grado de informatización, no ofrecen todas las posibilidades que se necesitan de acuerdo con el alcance de la ley o con lo pactado por las partes en los contratos en algunos sentidos. Estos sistemas deben verse como herramientas auxiliares que permiten desplegar de manera más eficiente, rápida y controlada lo dispuesto en una norma *ex lege* o en una norma *ex contractus*. La norma jurídica, por un lado, o el contrato, por el otro, no son quienes deben subordinarse a las posibilidades de los sistemas informáticos, sino al revés.

A manera de ejemplo, apuntamos la insuficiencia que presentan hoy determinados sistemas informáticos contables que no permiten calcular de manera automática la cifra correspondiente a la penalidad por mora a aplicar a un determinado sujeto deudor, según lo dispuesto por el Banco Central de Cuba (BCC) al efecto.<sup>34</sup> Según el último Acuerdo dictado por el Comité de Política Monetaria del BCC (Acuerdo No. 41, de fecha 9 de mayo de 2008), la aplicación de la penalidad en estos casos no es una cuestión meramente dispositiva sino imperativa,

<sup>34</sup> Acuerdos que se dictan por el Comité de Política Monetaria del Banco Central de Cuba, que dispone las tasas de interés máximas para créditos comerciales y las tasas de interés por mora.

por lo que se hace necesario que los software que se diseñen o se adquieran incluyan esta posibilidad. Hasta el presente todo parece indicar que los empresarios tendrán que hacer estos cálculos en facturas confeccionadas fuera de los sistemas informáticos contables, lo cual también es considerado una violación en el orden contable.

En otro orden, y a modo de ejemplo, apuntamos la contradicción existente entre las posibilidades comerciales y financieras que otorga el contrato de consignación para los consignatarios cubanos (empresas importadoras), y la negación o eliminación de estas ventajas por parte de sistemas contables existentes.

Los elementos caracterizadores del contrato de consignación actual permiten que el consignatario coloque la mercancía en consignación en puntos de venta mayoristas o minoristas, y que hasta que éstas no sean realizadas en estos lugares, mediante su venta a un cliente final, no se realice el pago por ellas al consignador o proveedor extranjero. De esta manera, el consignatario se beneficia desde el momento en que no tiene que pagar por una mercancía hasta que no realice la venta, lo cual constituye un crédito comercial a su gestión, mas el hecho de que se trata de una mercancía cuya propiedad conserva el consignador mientras no sea realizada, por lo cual el consignatario no tiene que registrar en sus inventarios dicha mercancía, le evita una inmovilización de recursos, representando todo ello una ventaja en el orden financiero.

Sin embargo, los sistemas contables actuales de algunos de nuestros empresarios no permiten el despliegue de estas ventajas, pues están diseñados para considerar la consignación sólo hasta el primer almacén del consignatario. Al producirse la salida de la mercancía de este almacén para los puntos de venta, el sistema contable considera que se ha hecho una venta y obliga a pagar la mercancía al consignador extranjero aun y cuando la mercancía no ha sido todavía adquirida por el cliente final. Este proceder, además de obligar a pagar de forma adelantada a lo pactado, con lo cual se pierde el crédito comercial otorgado por el proveedor extranjero, es una interpretación errónea desde el punto de vista contable de lo que es una compraventa, porque la salida de una mercancía del almacén inicial del empresario para un punto de venta, también de ese propio empresario, no es una compraventa, porque son establecimientos accesorios de la misma persona jurídica; en este caso ha habido un simple movimiento de mercancías de un establecimiento a otro, y no ha existido jurídicamente una compraventa.

Estas contradicciones presentes hoy entre lo legal y lo contable se han instalado en nuestras empresas a partir de la infravaloración de la importancia del asesoramiento jurídico y de la ignorancia de la siguiente regla: el acto jurídico

es el que determina el hecho económico que posteriormente será contablemente registrado. En la exacerbación de la importancia de la contabilidad (la cual también durante muchos años estuvo erróneamente olvidada o disminuida) se ha obviado que lo legal y lo contable deben ir de la mano; no son pocos los hechos económicos que se registran anticipada o inadecuadamente, sin encontrar el sustento o fundamento legal de ellos. En este aspecto también juega un papel fundamental la tecnología, pues ésta debe ser capaz de entender, asimilar y proyectar de manera correcta, automática y eficiente los principios de la ciencia del derecho y de las ciencias económicas y contables, pues sólo así se garantizará un adecuado control y rendimiento de los recursos humanos y materiales que hoy están a disposición de empresarios públicos y privados, sociales e individuales.

## 5. A manera de conclusión

Para disponer de un sistema de contratación nacional coherente, actualizado y completo que ofrezca una mayor seguridad jurídica y coadyuve a una superior disciplina y control en beneficio de la sociedad, en el orden jurídico-social, previamente debemos garantizar lo siguiente:

- 1) Promulgar una legislación con rango de ley o de decreto ley que elimine o armonice la triple y contradictoria regulación (civil, económica y mercantil) de la parte general y especial de los contratos. La cual, a su vez, sistematice de acuerdo con las características de nuestra economía y sociedad las mejores técnicas y principios esbozados por legislaciones contemporáneas de otros países, así como aquellos modelos producidos por centros académicos internacionales, incorporando contratos en especie, esencialmente de colaboración y asociativos, hoy ausentes en nuestra norma positiva.
- 2) Incorporar a nuestra base regulatoria, en sede de contratación, los siguientes deberes jurídicos inspirados en los principios generales de los contratos:
  - a) Los deberes que deben observar las partes contratantes en los tratos o negociaciones preliminares de los contratos, so pena de incurrir en una responsabilidad precontractual, instituto que también debe ser regulado exhaustivamente, incluyendo el contenido y alcance de la reparación de los daños e indemnización de los perjuicios en estos casos.
  - b) En relación con el deber jurídico de guardar la debida confidencialidad de los pactos establecidos, regular los elementos sustantivos a tener en cuenta para la reparación del daño causado por violación de este deber,

que son la compensación al afectado en proporción al daño y en proporción al beneficio del trasgresor.

- c) Regular debidamente el deber de evitar las cláusulas abusivas, incluyendo los elementos que permitan identificar una cláusula de este tipo, y establecer una necesaria clasificación de los tipos de cláusulas abusivas que reconoce la doctrina, como las cláusulas de desequilibrio contractual y las cláusulas de desequilibrio procesal.
  - d) Reconocer las técnicas modernas para la interpretación de los contratos, incluyendo aspectos tales como: la intención común de las partes, circunstancias relevantes, interpretación dando efecto a todas las disposiciones, la interpretación contra *proferentem*, la integración del contrato y la interpretación auténtica del contrato.
  - e) Establecer un precepto que regule concretamente la obligatoriedad del contrato. El artículo 310 del Código Civil cubano parece ser la mejor opción para incorporar la idea de la obligatoriedad del contrato. En efecto, si a la redacción actual: “El contrato se perfecciona desde que las partes, recíprocamente y de modo concordante, manifiestan su voluntad”, adicionamos “[...] y desde ese momento tiene carácter obligatorio el cumplimiento de lo pactado”, logramos positivizar en nuestro ordenamiento jurídico la obligatoriedad del contrato.
- 3) La tecnología informática utilizada en apoyo a la contratación jurídica debe cumplir los siguientes presupuestos:
- a) Los programas informáticos deben confeccionarse sobre la base de ofrecer todas las posibilidades previstas por las partes en un contrato o en la ley, siguiendo el principio de que es un medio auxiliar de apoyo, no de limitaciones ni de modificación de los conceptos y la naturaleza de las instituciones jurídicas.
  - b) Los diferentes sistemas que pueden apoyar la contratación deben lograr un alto grado de interrelación que permita disponer de datos e informaciones de manera veraz y oportuna.
  - c) Los sistemas deben tener la posibilidad de efectuar su aplicación de manera nacional o internacional en tiempo real, a través de redes informáticas internas, propiedad de los respectivos empresarios. ■