

Los contratos civiles en el contexto socio-económico cubano. Reflexiones y propuestas*

Civil Contracts in a Cuban Socio-Economic Context. Reflections and proposals

TERESA DELGADO VERGARA**

RESUMEN

El escenario económico de la sociedad cubana en la actualidad, a partir de los cambios normativos suscitados en el contexto de actualización del modelo económico, ha propiciado el florecimiento de negocios contractuales, si bien clásicos, ajenos a la práctica en el país, pero que pueden resultar de gran utilidad a fin de reactivar el tráfico contractual y su consecuente seguridad en un contexto económico permanentemente cambiante y dinámico.

Las estrategias normativas y la actividad de los operadores jurídicos deben propender a la adaptación al entorno, en pos de garantizar la seguridad jurídica y lograr la estabilidad del tráfico jurídico.

Palabras claves: contratos, derecho contractual, notario, atipicidad.

ABSTRACT

The economic scenario of Cuban society today, based on the normative changes that have arisen in the context of the updating of the economic model, has led to the flourishing of contractual, though classic, businesses that are foreign to the practice in the country, but that may result very useful in order to reactivate contractual traffic, and its consequent security in a constantly changing and dynamic economic context.

Normative strategies and the activity of legal operators should tend to adapt to the environment, in order to ensure legal security and achieve stability of legal traffic.

Key words: contracts, contract law, notary, atipicity.

*Artículo de Reflexión recibido el 2/7/18 y aceptado el 27/11/18

**Universidad de la Habana (Cuba) (teresadelgado1972@gmail.com). orcid.org/0000-0002-0142-4943

SUMARIO: 1. Introducción / 2. El *iter* de la dogmática contractual / 3. El contrato, *veste* jurídica de una operación económica / 4. Panorama normativo cubano y derecho de contratos / 5. Algunos tipos contractuales en sede civil en el momento actual y atipicidades legales que reclaman espacio / 6. Conclusiones / 7. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

En las actuales condiciones económicas de Cuba, se requiere mirar al derecho de contratos con creatividad y flexibilidad. El presente artículo aborda, desde el punto de vista teórico, la institución del contrato, esencialmente en sede de Derecho Civil, a partir del método de análisis de documentos; en especial, con el estudio de fuentes bibliográficas doctrinales y legales, y con la observación participante de la autora, en tanto docente y notaria. Se pretende una aproximación al panorama normativo contractual cubano para convocar a la reflexión en torno a distintas figuras no reconocidas expresamente pero viables en la práctica cubana, y proponer herramientas útiles para el perfeccionamiento del Derecho de los contratos civiles.

2. EL ÍTER DE LA DOGMÁTICA CONTRACTUAL

En sus orígenes latinos, no se concebía el contrato como una categoría general, sino que sólo tenía fuerza obligatoria un *numerus clausus* de contratos, hecho fácilmente comprensible al ser harto conocido el formalismo y pragmatismo romano.

El primer contrato que conoció el Derecho Romano fue la *stipulatio*, o sea, la promesa sujeta a rituales o formalidades. Esto impedía otorgar eficacia obligatoria a todos los pactos o convenciones que no habían sido realizados bajo la rígida regla de la solemnidad en la transacción.

Posteriormente, aparecieron los contratos que conocemos como reales, en tanto exigían la entrega de la cosa (mutuo, depósito); y más adelante, los consensuales, como consecuencia de la flexibilización que va experimentando el uso de la forma dado el desarrollo comercial de la sociedad romana. Pero ello no significa que la idea de contrato en este sistema se asemeje a la noción actual, ni siquiera en el Derecho justinianeo, en el que son aceptados los contratos innominados (*do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut*

facias). La construcción contemporánea se va forjando con el aporte de otros grandes universales jurídicos.

Es el Derecho Canónico el que ejerce una influencia mucho mayor en la formación del concepto moderno de *contrato*. Los canonistas otorgan un relevante valor al consenso y establecen la idea de que en la voluntad está la fuente de la obligación, sustentado ello en los preceptos religiosos de fidelidad a la palabra dada y de la obligación moral de ser veraces en lo que se pacta. La matriz del principio de la buena fe y del *pacta sunt servanda* es esencialmente canonista.

También es notable la influencia del voluntarismo jurídico y de la Escuela del Derecho Natural racionalista dado que refuerzan el paradigma de la voluntad como fuerza generadora *per se* de las obligaciones. Resultado del voluntarismo jurídico es el principio según el cual por cualquier forma que el hombre quiera obligarse quedará obligado.¹ Este axioma fue consagrado en el Ordenamiento de Alcalá, en 1340.

En los siglos XVII y XVIII, con la Escuela del Derecho Natural se llegó a que el fundamento del vínculo obligatorio está en la libre voluntad de los contratantes y en el respeto a la palabra dada, tomando como punto de partida el racionalismo y el individualismo jurídico.

La Revolución Francesa, en 1789, y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su reacción contra el Feudalismo, afianzaron las ideas de la igualdad y del ejercicio de las libertades individuales, siendo la libertad de contratar una de las esenciales manifestaciones de la libertad ciudadana. El presupuesto ideológico parte de la Ilustración y fundamenta estas ideas, hiperbolizando la fuerza obligatoria del consenso y llevando la noción de contrato también al plano político, al entender que el poder político es obra del acuerdo de los hombres que decidieron ceder parte de su esfera de libertad a favor del Estado, que surge entonces del llamado contrato social (Locke, Rousseau). El conocido principio del *laissez faire, laissez passer* se complementa con el *laissez contracter*, entendiéndose justo y equivalente lo que constituyera resultado de la libre oferta-demanda.

El concepto moderno de *contrato* se basa así en tres presupuestos fundamentales: la economía liberal fundada en el *laissez faire*, la igualdad de los contratantes y la autonomía de la voluntad. Háblase así de autonomía privada o libertad de la persona para designar aquella facultad que tiene el

¹ Por primera vez se establece el principio de que *solus consensus obligat*, que llega realmente a consagrarse como principio dogmático de Derecho Natural.

particular para regular libremente sus intereses, ejercitar los derechos subjetivos de los cuales es titular y concertar negocios jurídicos.

Etimológicamente, la voz *autonomía* (del griego *auto* ‘por sí’ y *nomos* ‘norma’) significa *autonormarse*, lo que llevado entonces al Derecho de Contratos no es más que la creación, por parte de los sujetos, de la relación patrimonial, de reglas que ordenen el contenido del negocio. La autonomía presupone entonces libertad, es decir, la posibilidad de actuar de una u otra forma, sin más trabas que la propia conciencia, haciéndose responsable el sujeto por los actos que realice.²

La autonomía de la voluntad tiene valor como principio general del Derecho,³ y se encuentra positivado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos.⁴ En el campo contractual es, ante todo:

libertad de contratación, lo que significa la libre opción del individuo entre contratar y no contratar, es decir, significa la libertad de constitución de la relación contractual; con libertad, por tanto, de elección del otro contratante. Significa además la libertad de elección del tipo contractual (*Typenfreiheit*) (...) Significa, por último, la posibilidad de modificar también libremente, en los contratos regulados por la Ley, el contenido legal de estos contratos, sustituyéndolo por otro distinto.⁵

Es decir, el contenido de la autonomía de la voluntad se expresa en la autodecisión y la autorregulación. En primer lugar, el sujeto es libre de contratar o no, y ambas partes están en situación de igualdad para vincularse. El Derecho tiende a salvaguardar esta libertad regulando la capacidad para contratar de los sujetos y los vicios de la voluntad como causa de anulabilidad de estos negocios jurídicos. En segundo lugar, las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, teniendo en cuenta las normas imperativas o prohibitivas que establecen limitaciones al arbitrio de las partes.

² Ello no significa que el Derecho no imponga límites a la libertad del sujeto y, por ende, a la autonomía de la voluntad en sede contractual, que encuentran su fundamento en la función social del Derecho como sistema que confiere orden a las relaciones entre los hombres en beneficio de la mayoría.

³ Vid. Pérez Gallardo, Leonardo, De la autonomía de la voluntad y de sus límites, *Lecturas de derecho de obligaciones y contratos*, edit. Félix Varela, La Habana, 2000, pp. 217-218.

⁴ Cfr., Vgr., arts. 1.255, 454-1, 1354, 669, 1207 y 312 de los códigos civiles de España, Bolivia, Perú, Paraguay, Puerto Rico y Cuba, respectivamente.

⁵ Díez Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, volumen primero, 5 taed., Madrid, Civitas, 1996, p. 128.

La libertad de contratar se refiere al nacimiento del contrato, y la libertad contractual, a la vida del contrato: autorregulación de intereses mediante la determinación del contenido y la ulterior posibilidad de modificar lo pactado o de disentir de lo acordado siempre que sea bilateralmente.

Obviamente, la autonomía de la voluntad o autonomía privada no puede verse al margen del ordenamiento jurídico. Su existencia emana de él, en definitiva, pues el reconocimiento de la autonomía de la voluntad en la ley es presupuesto para su ejercicio. Pero también la norma impone ciertas limitaciones que impiden el arbitrario ejercicio del poder individual en detrimento de la propia ley y del orden jurídico en general.

Pero todo ello no conlleva al ejercicio ilimitado de la autonomía. Las normas que rigen los contratos y, en general, el Derecho Civil son de carácter dispositivo; por consiguiente, están disponibles para las partes, quienes pueden, por su voluntad, excluirlas y/o sustituirlas por aquellas más convenientes a sus intereses. Pero también encontramos en materia contractual preceptos de *ius cogens* a los cuales la voluntad privada tiene que subordinarse. Naturalmente, la determinación de cuándo una norma es imperativa y, en consecuencia, irrenunciable es una cuestión de hermenéutica. En términos generales, puede decirse que son imperativas las normas que contienen prohibiciones o dictan conductas obligatorias a seguir, so pena de ser sancionadas con la nulidad su inobservancia.⁶

También se consideran limitaciones al ejercicio de la autonomía privada los conceptos de *moral y buenas costumbres*⁷ y *orden público*.⁸ “Por moral (...) debe entenderse el conjunto de convicciones de ética social imperantes, en un determinado momento histórico, con carácter general en la comunidad jurídica”.⁹ Por su parte, el orden público se identifica con la organización general de la comunidad y sus principios fundamentales y rectores.

En todo caso, estas limitaciones a la libertad contractual quedan sujetas a la interpretación que se les dé, atendiendo a la *ratio legis* de la norma que las reconozca como tales, a las circunstancias históricas y a las concepciones

⁶ V. gr. arts. 342 y 380 del código civil cubano.

⁷ El código civil cubano no hace referencia a estos en su artículo 312 como sí lo hace el código civil español en el correlativo 1.255.

⁸ La autonomía de la voluntad tiene su expresión en el código civil cubano en el artículo 312, que establece que las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que estimen por conveniente salvo disposición legal en contrario (*sic*), haciendo de esta forma alusión expresa únicamente a la ley como limitación a la libertad contractual.

⁹ Díez Picazo, Luis, *Fundamentos...*, p.129.

éticas, políticas, jurídicas y de toda índole, imperantes en el Estado en cuestión, cuya legislación las imponga.

Consecuentemente, “la doctrina civilista moderna sostiene que el principio de la autonomía de la voluntad ha entrado en decadencia como fundamento de la relación contractual. Ello se debe a que, tanto en sus fundamentos como en sus consecuencias se advierten en la actualidad desajustes con la realidad, que necesariamente han llevado a un replanteo de ciertos aspectos esenciales del vínculo contractual. Los presupuestos de hecho económicos y sociales que tuvo presentes el codificador, en la época actual han variado sustancialmente”.¹⁰

En la sociedad moderna se impuso la intervención del Estado en la definición y configuración de la autonomía privada¹¹ para moderar el exceso en el ejercicio de las libertades individuales de los grupos de poder (industriales, financieros, profesionales), en detrimento del particular que pretendía defender su actuación bajo los principios de libertad, igualdad y seguridad jurídica de sus transacciones. Se comenzó a hablar entonces de dirigismo contractual, intervencionismo estatal en la economía y proliferación de normas de *ius cogens*.

El paradigma del contrato por negociación, base de la dogmática contractual moderna, sufrió entonces sucesivas erosiones. El contrato definido como acuerdo libre de voluntades, al coexistir con una serie de supuestos cuya génesis y conformación difieren bastante de la construcción clásica, propició que muchos estudiosos comenzaran a sostener la existencia de una crisis del contrato.

Desde el punto de vista de las políticas económicas, se dejó de lado el *laissez faire*, y los gobiernos comenzaron a ejercer un mayor control en la economía. En el campo jurídico se produjo la quiebra de dos grandes dogmas del Derecho: por un lado, el de la autonomía de la voluntad, y por el otro, el de la culpa como presupuesto de la responsabilidad, con la aparición de sistemas de responsabilidad objetiva o por riesgo, sustituyendo en todo o en parte los decimonónicos moldes de la responsabilidad subjetiva.

La llamada crisis del contrato expresó, por consiguiente, una disociación entre la teoría y la praxis: el enfoque teórico sostenedor de la idea de que el contrato se funda en la libertad y en la igualdad, y la generalización práctica

¹⁰ Ordoqui Castilla, Gustavo, *Lecciones de derecho de las obligaciones*, Montevideo, Ediciones del Foro, 1998, p. 215.

¹¹ La intervención del Estado debe ser, en todo caso, medida y fundada en las concepciones que aporta la ciencia del Derecho.

de un sistema de negociaciones estandarizado con impacto en la libertad e la igualdad plenas en la contratación.

A mi juicio, esas condiciones económicas impactaron en la teoría general del contrato en tres cuestiones esencialmente:

- a) Rediseño del principio de la autonomía de la voluntad: No sólo en lo referente a las limitaciones a la voluntad privada, sino a la diferente configuración de su contenido.
- b) Nuevas formas de formación del contrato: Sustitución del modelo de contrato por negociación por el modelo de contrato por adhesión, aparición de la contratación electrónica y de todas aquellas figuras que el desarrollo tecnológico impone y que impactan en el surgimiento del contrato fuera de los marcos tradicionales de oferta y aceptación e imponen un importante reto a legisladores y operadores jurídicos en la creación, interpretación y aplicación el Derecho, salvaguardando la seguridad jurídica.
- c) Surgimiento de nuevos contratos atípicos legalmente pero no socialmente, que en gran número de casos expresan la unidad del Derecho de contratos y la necesidad de acentuar la tendencia a la unificación de los regímenes contractuales civil y mercantil.

Estos aspectos no pueden verse desligados de la formación de sectores especializados dentro del propio Derecho Civil, como es el derecho del consumo o de los consumidores, el Derecho de daños e incluso el Derecho de auto-protección. Pero incluso las consideradas nuevas dinámicas económicas del siglo xx pueden valorarse hoy como párvulas ante las realidades económicas, tecnológicas y sociales del siglo XXI.

3. EL CONTRATO VESTE JURÍDICA DE UNA OPERACIÓN ECONÓMICA

El mundo se mueve demasiado rápido y no sólo en lo económico, donde se expande la creencia de que *time is money*. La doctrina general del contrato se enfrenta a una nueva realidad económica, social, tecnológica, axiológica y también a nuevas estructuras políticas y normativas.

La escala de valores sobre el Derecho en sí y sobre los fenómenos sociales que refleja ha variado también. Si el Derecho no es entendido como norma únicamente, sino también como valores expresados en ella, es fácilmente

comprensible que, al ser el contrato el ropaje jurídico de una operación económica, los cambios de paradigmas en lo económico y en lo tecnológico repercutirán en los conceptos y construcciones jurídicas, en una nueva cosmovisión del fenómeno contractual.

La economía estudia los intercambios de bienes y servicios, las transacciones y el mercado. El Derecho los regula, o al menos lo intenta. Es obvio, por ende, que el Derecho de contratos es el de mayor impacto, en una suerte de relación dialéctica y de “amor-odio” entre las limitaciones que la norma pretende aplicara las relaciones económicas y las leyes económicas, que, a su vez, desafían al ordenamiento jurídico.

Por tanto, al analizar la relación entre contratos y economía, si de tendencias se trata, no puede dejar de mencionarse el análisis económico del Derecho y los aportes de Oliver Hart y Bengt Holmström, galardonados en 2016 con el Premio Nobel de Economía por “sus contribuciones a la teoría de contratos”. La teoría de contratos es un área desarrollada a partir de la década del ochenta, que estudia el diseño óptimo de contratos comerciales, laborales o financieros.

Sus postulados se encaminan a analizar cómo optimizar la eficiencia de los contratos, teniendo en cuenta los agentes económicos implicados y el beneficio que obtiene cada parte en la relación. Estudia, tanto en el ámbito de los mercados privados como de las políticas públicas, los obstáculos a que pueden enfrentarse, e intenta modelar soluciones para relaciones contractuales complejas, a partir del trabajo con variables como riesgo moral, imprevisión, remuneración, equilibrio de intereses, distribución de derechos de propiedad y de derechos de decisión, minimización de costes y maximización de provechos. Sus análisis de los contratos incompletos y de la importancia del diseño del contrato se encaminan a fundamentar cómo una correcta definición estratégica del contenido del negocio y una información simétrica pueden repercutir en el cumplimiento de las obligaciones y, en consecuencia, en la eficiencia de la relación.

Una interrogante se impone: ¿Qué relación guarda un análisis en clave económica, con nuestro actual contexto? Una primera y notoria respuesta nos lleva al análisis de que una sociedad en actualización de su modelo económico enfrenta continuamente desafíos que impactan al Derecho en tanto éste debe responder a la realidad y, a su vez, legitimar sus respuestas.

4. PANORAMA NORMATIVO CUBANO Y DERECHO DE CONTRATOS

Mucho se ha hablado de la unificación del Derecho de Contratos, y varios han sido los resultados en este orden en otras latitudes, tanto en el ámbito global como en el regional.¹² También ha habido detractores¹³ por las dificultades técnicas y políticas, e incluso culturales, que conllevan a la tan mentada o aspirada uniformidad en un mundo en el que ya casi todos somos un perfil.

A ello súmese que en el escenario mundial actual cada vez es mayor la presencia de elementos extranjeros que obligan a expandir las fronteras no sólo legales, sino también —y ello es lo más difícil— mentales. Imponen la determinación de leyes aplicables y la elucidación de conflictos normativos, incluso ante la existencia de bloques de unificación. Colocan ante la coexistencia de normas de alcance regional e internacional en materia contractual, que conllevan a la urgente necesidad de la adaptación de las legislaciones nacionales y a la eliminación de vacíos legislativos que propicien la creación jurisprudencial del Derecho con las ventajas y peligros que ello acarrea.

En Cuba, muy lejos aún de lograr una fusión normativa e incluso científica, nos enfrentamos a maniobrar con varias legislaciones que si bien no son flagrantemente antinómicas, sí colocan, en algunos casos, al operador jurídico ante una encrucijada que trasciende lo hermenéutico.

Sin pretender una análisis casuístico y exhaustivo de todas las normativas que repercuten en los contratos, baste revelar algunas cuestiones que deben ser objeto de una mirada constructiva en pos del perfeccionamiento de nuestro sistema de Derecho y de dos de sus esenciales componentes axiológicos: la justicia y la seguridad jurídica.

El panorama normativo en Cuba en esta sede muestra un espectro legislativo amplio en el que coexisten normas generales como el propio código civil y las normas especiales que intervienen en la esfera contractual, como la Ley General de la Vivienda, entre otros cuerpos normativos.

Años de trabajo de disímiles profesionales dieron lugar a la promulgación del Decreto-Ley 304 de la contratación económica y el Decreto 310 de los tipos de contratos, ambos del año 2012, cuyo ámbito de aplicación se concreta al acto jurídico relativo a las relaciones jurídico-económicas obligatorias para la ejecución de una actividad productiva, comercial o de prestación de servicios.

¹² Principios UNIDROIT, principios del Derecho europeo de contratos, Convenciones entre otros instrumentos regionales.

¹³ Cornu, G., *Un Code civil n'est pas un instrument communautaire*, Dalloz, 24 de enero de 2002, pp.351-352.

Según la disposición final primera del Decreto Ley 304, se aplican a él supletoriamente las normas del Código civil; y en su disposición final cuarta, sus normas reguladoras de los principios generales de la contratación pueden ser aplicables a otros contratos, cualquiera que sea su naturaleza en lo no previsto para ellos por sus normas especiales o la legislación vigente.

Más que de aplicación supletoria inversa, estaríamos en presencia de una aplicación supletoria superpuesta y recíproca, que por demás se encuentra limitada sólo a lo referente a los principios generales que reconoce como tales en los artículos del 1 al 8: autonomía de la voluntad, buena fe, igualdad entre las partes, confidencialidad, relatividad, intangibilidad e interés general. Excluye, en consecuencia, de esta posible aplicación supletoria, otras cuestiones olvidadas en la normativa común, como la responsabilidad precontractual y los tratos preliminares, el deber de información, los terceros intervinientes en los contratos, entre otras de igual importancia; inclusive, el contenido del contrato, cuestión trascendental totalmente omitida de manera general de las legislaciones y en muchos casos de los estudios teóricos.

Resulta interesante cómo en la propia exposición de motivos reconoce la necesidad de eliminar la dispersión legislativa que en materia contractual caracteriza al ordenamiento jurídico cubano, “preservando como única fuente supletoria de estos contratos al Código civil, en un dudoso uso del gerundio si lo contrastamos con la mencionada Disposición Final Cuarta”.

Por otra parte, también el panorama contractual cubano en el ámbito civil se modificó a partir del 2011, con la entrada en vigor del Decreto-Ley 288, modificativo de la Ley General de la Vivienda, y del Decreto 292, sobre “Regulaciones para la transmisión de la propiedad de vehículos de motor”; este último, derogado en 2013 por el Decreto 320 sobre la “Transmisión de la propiedad de vehículos de motor, su comercialización e importación”.

No creo que las preocupaciones teóricas sigan el derrotero de si estamos o no ante una crisis del contrato, ni siquiera de su teoría. Tampoco creo que deban perseguirlo. No considero cierta la obsolescencia de la teoría general del contrato. Sus postulados, repensados bajo la óptica actual, son válidos para enfrentar científicamente los retos que las actuales economías imponen.¹⁴ Evolución y adaptación no son sinónimos de olvido o invalidación de lo precedente.

¹⁴ Cfr. Delgado Vergara, Teresa, “El contrato como institución mixta y El contrato como institución central del ordenamiento jurídico”, *Lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2000.

No ha de obviarse que el escenario macroeconómico repercute en el microeconómico; por ello, la actual realidad económica ha de considerarse no únicamente para los contratos económicos o mercantiles. Los sujetos, en sus relaciones civiles, también piensan de modo diferente y exigen nuevas respuestas a sus nuevas circunstancias.

5. ALGUNOS TIPOS CONTRACTUALES EN SEDE CIVIL EN EL MOMENTO ACTUAL Y ATIPICIDADES LEGALES QUE RECLAMAN ESPACIO

La teoría general de los contratos civiles constituye una herramienta técnica indispensable para la comprensión del fenómeno contractual en otros campos, dada la raigambre y prioridad histórica del Derecho Civil. En esta sede a la que haremos referencia, existe una obvia atipicidad legal –diría que, en muchos casos, relativa– de varios negocios contractuales que han ido ganando tipicidad social.

El problema de la admisibilidad y la validez de los negocios atípicos es de los que mayor debate ha ocasionado en la doctrina. Pero debe entenderse que una vez que la propia ley admite su existencia está admitiendo su validez. Su función económica social, su causa, es digna de tutela por el ordenamiento aun cuando no les dedique un espacio propio, pues la diversidad de las relaciones jurídico-civiles hace imposible que todas y cada un goce de un acápite institucional normativo. Por ello, se buscan otras vías que permitan su reconocimiento y regulación en caso de ser necesario, y así diversas teorías han sido elaboradas: teoría de la absorción, de la combinación, de la aplicación analógica. De cualquier manera, el principio rector en esta sede es el de la autonomía de la voluntad, que debe ser, conjuntamente con otros principios, como la buena fe y el *favor contractus*, una guía para la actividad hermenéutica del contrato atípico.

Repásense los contratos que regula el código civil y véanse algunas de las particularidades que adquieren o pretenden adquirir en los nuevos contextos económicos y cuyo análisis puede resultar interesante en esta sede.

Compraventa. Supuesto de pago aplazado y reserva de dominio.

En el caso de las viviendas,¹⁵ el artículo 70.3 de la Ley General de la Vivienda hace imposible que se pacte un pago aplazado, pues la redacción del precepto

¹⁵ En el caso de vehículos de motor, al no existir manifestación expresa de que el pago tiene que ser al contado, no existe óbice para la admisibilidad de su venta a plazos. Para profundizar en este análisis por otros autores parti-

así lo frena, y lo que es más delicado aún es que establece que se efectúe de forma total en el acto de formalización, mediante el instrumento bancario. Sin embargo, ¿se trata de un mandato legal? ¿Es una norma imperativa o dispositiva? ¿De ser imperativa, debiera serlo? ¿Por qué no puede el comprador entregar el cheque de gerencia antes de la formalización y así declararlo ambos ante el fedatario? El propio reglamento notarial nos dice, en su artículo 70, que en los contratos en que medie precio, cosa o cantidad, el notario así lo consignará, al igual que la forma de pago que acordaren las partes; que si el pago se efectúa en su presencia, dará fe de ello y lo consignará en la escritura; pero que si se realiza con anterioridad al acto, hará la advertencia correspondiente a los comparecientes. Por otra parte, no escasean las consultas a notarios y abogados sobre la posibilidad de estipular un pago a plazos e incluso con pacto de reserva de dominio.¹⁶

Afirmó Díez Picazo, hace ya muchos años, que la compraventa a plazos es “una figura cardinal en el mundo moderno”, en el que cumple variadas funciones y desencadena variadas consecuencias económicas que van desde la dinamización de la producción y los agentes económicos hasta la facilitación del acceso a bienes.¹⁷

Más que impedir de plano la posibilidad del pago aplazado, podrían valorarse otras vías que garanticen la seguridad de la transacción sin restar protagonismo a la institución bancaria; muy al contrario, previendo que sea ésta quien reciba los pagos del comprador, incluso con pacto de intereses, permitidos en este caso al ser el banco uno de los sujetos involucrados.

La compraventa no puede ser un contrato normado, por ser el contrato tipo se erige en un modelo negocial para el cual la autonomía de la voluntad no debe sufrir cortapisas innecesarias.

darios de esta posición *vid.* Pérez Gallardo, Leonardo, La transmisión “inter vivos” de la propiedad de vehículos de motor en Cuba, según el Decreto 292/2011: el agua siempre vuelve a su cauce, *La compraventa como paradigma contractual*, coord. Leonardo Pérez Gallardo, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2012.

¹⁶ “En el ordenamiento jurídico cubano, en el que garantías tales como la hipoteca inmobiliaria o la prenda sin desplazamiento posesorio han quedado reservadas para supuestos específicos, no admitiéndose por tanto su utilización en todo tipo de negocio jurídico, el pacto de reserva de dominio adquiere mayor importancia. Sin embargo, se plantea el problema de su admisibilidad como consecuencia lógica de su falta de regulación expresa y de la contradicción que significa en un ordenamiento como el nuestro, que organiza la transmisión de los derechos reales bajo el sistema del título y el modo, el que se realice un contrato de compraventa en el que se efectúe la entrega del bien y no se produzca la transferencia de la propiedad”. *Vid.* Goyas Céspedes, Lianet, Admisibilidad del pacto de reserva de dominio en la legislación civil cubana, *La compraventa como paradigma contractual, op. cit.*

¹⁷ Díez-Picazo, Prólogo, en Baldó del Castaño, Vicente, *Régimen jurídico de las ventas a plazos. Particular estudio de sus garantías*, Madrid, Tecnos, 1974; *apud.* Kemelmajer de Carlucci, Aida, El contrato de compraventa como paradigma contractual. La visión del Derecho Comparado, *La compraventa como paradigma contractual*, p.61.

Permuta de vehículos

Se trata del único caso de imposibilidad del objeto de la obligación que no se puede encuadrar en ninguno de los dos tipos que la doctrina ha descrito: la física y la legal. Tendríamos que calificarla como imposibilidad real o de facto.

El código civil prevé la permuta como contrato, como no podría ser de otra forma, empero el Decreto 320 (ni su antecesor el 292) pues hace referencia únicamente a la compraventa y donación de vehículos de motor como formas de transmisión de su propiedad, de lo que ha derivado una interpretación coactivamente generalizada y “vinculante” que acuña que no pueden permutarse los vehículos forzando a los sujetos interesados en un negocio de esta naturaleza (que no por pocos, deben quedar desprotegidos ante una pretensión lícita) a realizar dos actos de donación o dos actos de compraventa, con las consecuencias no sólo tributarias, sino —lo que es más grave— de una posible ineficacia del negocio por simulación relativa.

Económicamente, la permuta representa el cambio *in natura*, por lo que se considera el contrato más antiguo. Se ha afirmado por algunos¹⁸ que se trata de un medio de transferir la propiedad en civilizaciones atrasadas del interior del África o entre los esquimales de Groenlandia, pero esto no implica que en la actualidad tenga una función residual o coyuntural.

Bajo una perspectiva histórica, es indudable que la permuta nace en economías poco desarrolladas antes de la aparición del sistema monetario, mas ello no obsta a que coexista con el contrato de compraventa. En las sociedades modernas cumple una función económica porque posibilita una mayor utilidad que la compraventa en situaciones en que el trueque objetivo puede ser más seguro. Tal es el caso de la realización de transacciones en períodos de rápida depreciación de la moneda con inflación acelerada o en países que carecen de reservas en divisas.

Bien ha señalado Atienza que en el Derecho “no importan solo las decisiones sino también las razones que pueden darse en favor de las decisiones (...) en relación con las decisiones, como en general con las acciones humanas, pueden distinguirse, básicamente, dos tipos de razones: explicativas y justificativas. Las primeras tratan fundamentalmente de dar cuenta de por qué se tomó una determinada decisión —cuál fue la causa que la motivó—, y de para

¹⁸ García Cantero, Gabriel, *Comentarios al código civil y compilaciones forales*, dirigido por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo xix, 2da edición, Editorial Revista de Derecho Privado, 1991, p. 772.

qué —qué finalidad perseguía— o las segundas, las razones justificativas, están dirigidas a lograr que la decisión resulte aceptable o correcta”.¹⁹

La interrogante que surge entonces en esta sede es: ¿Existen razones explicativas o justificativas de tal situación? La respuesta, por elemental, no merece ser expresada.

Comodato de viviendas

Dispone el artículo 382 civil que el contrato de comodato es aquel por el cual una persona (comodante) se obliga a ceder gratuitamente a otra (comodatario) el uso de un bien determinado,²⁰ y éste, a devolverlo después de haberlo utilizado según su naturaleza y destino o al vencer el término fijado en el contrato.

Es esencialmente gratuito, en caso contrario, la existencia de un pago que trasciende a su función económica y lo muta en otro negocio, tal cual puede ser el arrendamiento. El comodatario sólo puede usar el bien, ni siquiera percibe sus frutos, en su interés se concierta el contrato gracias a la liberalidad del comodante, lo que explica su carácter *intuitu personae* y el porqué de la prohibición de retención del artículo 388 y de la excepción a la intangibilidad al establecerse un modo de extinción unilateral por reclamación del comodante.

Tiene una duración temporal en tanto su uso o fin han de estar determinados, y es de carácter consensual para nuestra legislación. El artículo 74.1 de la Ley General de la Vivienda, relativo al arrendamiento, establece *in fine* que queda prohibido el subarrendamiento y la cesión de uso de viviendas, habitaciones o espacios. Este precepto fue modificado desde su redacción primigenia, en sucesivas ocasiones, desde el Decreto Ley 233 del 2003 hasta el 322 del 2014.

Si bien no ha sido derogada esta prohibición, cuya *ratio* se encaminaba a impedir la simulación de actos traslativos cuando existían limitaciones respecto a ellos, pierde sentido en las actuales circunstancias económicas e incluso normativas. Es una verdad acuñada por el Derecho que quien puede lo mucho puede lo poco; entonces, cómo se explica que un propietario pueda vender o donar pero no pueda ceder en comodato.

¹⁹ Atienza Manuel, Estado de Derecho, interpretación y argumentación, *Anuario de Filosofía del Derecho*, xiv, pp.38-39.

²⁰ Por su parte, el Decreto 310 sólo particulariza que los bienes entregados en comodato son no consumibles sin mayores diferencias con la definición dada por el código civil.

El comodante no tiene que ser, en principio, propietario del bien, ya que no trasmite el dominio, sino sólo el uso, a menos que la legislación que configure el tipo contractual así lo establezca por considerar la cesión de uso un acto de disposición y no de administración. Pero incluso en tal escenario es un sinsentido su proscripción.

Aunque hubiere resultado más feliz, técnicamente hablando, la expresión “bien específico”, el empleo por el legislador de la locución “bien determinado” elimina el inconveniente de que el código civil haya reducido el elemento real del tipo contractual a la categoría de muebles, lo cual hubiera entonces conllevado a otros análisis.²¹

Es perfectamente factible que una persona pretenda ceder a otra su vivienda para que la use por un tiempo determinado, porque aún existen personas bondadosas que ayudan al prójimo y la buena fe siempre ha de presumirse.

Una visión histórica, sistemática e integradora no resiste otras interpretaciones.

Arrendamiento vs hospedaje

El artículo 1 del Decreto-Ley 275, de fecha 30 de septiembre de 2010, modificativo del “Régimen de arrendamiento de viviendas, habitaciones o espacios”, establece que “el arrendamiento de viviendas y habitaciones tiene como fin el hospedaje, y pueden ser arrendados a personas para la realización de actividades por cuenta propia, conforme la legislación vigente”.

Salta a la vista la primera contradicción, tan elemental que podría ni comentarse: ¿Cómo un contrato va a tener como fin otro contrato? Cuando se habla de fin de un contrato, podemos movernos en el terreno de la causa o del objeto del negocio.²² Pero nunca el fin del arrendamiento, en cualquiera de los sentidos en que sea visto, podrá asimilarse al fin del hospedaje, como nunca el fin de la compraventa sería el de la permuta.

Cómo confundir dos actos jurídicos completamente divergentes, máxime cuando en la legislación patria el contrato de hospedaje goza de

²¹ Similares reflexiones se harán más adelante al analizar el depósito atípico.

²² Valdés Díaz distingue entre objeto inmediato (*V.gr.* prestación) y objeto mediato (fin, bien o derecho), cuando afirma que “teniendo en cuenta que el negocio es un tipo especial de acto jurídico, y que éste genera relaciones jurídicas, puede entonces deducirse que el objeto del negocio jurídico es coincidente con el objeto de la peculiar relación jurídica de la que es causa, lo que significa que objeto inmediato del negocio contractual, por ejemplo, sería la prestación, y del testamento lo sería el patrimonio del cual dispone su titular para después de su muerte”. *Cfr.* Valdés Díaz, Caridad *et al.*, *Derecho Civil. Parte general*. La Habana, Félix Varela, 2002, p. 235.

tipicidad legal. Aunque, sobre la base de los preceptos del Título xv del Código Civil, podría sostenerse que dichas normas son de aplicación a entidades operadoras de hoteles, casas de descanso o otras similares, donde destaque el rasgo de la profesionalidad del servicio, su mercantilización o la estatalización del mismo; nada obsta para que a tenor de lo establecido en el apartado segundo del artículo 438 del propio cuerpo legal puedan existir regímenes especiales de hospedaje a los cuales se aplicarían las disposiciones que al efecto dicten los organismos competentes.²³

Esta concepción unificada y confusa impide una adecuada eficacia contractual, una correcta interpretación y, lo que es aún peor, una dudosa aplicación de las normas correspondientes a cada contrato con la consiguiente incidencia en los derechos de las partes.

Depósito atípico

El depósito típico recae, como se ha visto, sobre bienes muebles, y es esencialmente gratuito. Para delimitar la tipicidad del contrato, debe hacerse con un referente legislativo, pues, como se ha indicado, lo que es atípico en un ordenamiento jurídico no lo es en otro. Así, para el código cubano, un depósito oneroso no es atípico, pues el tipo legal del artículo 423 lo contempla. Pero sí lo sería un depósito sobre un bien inmueble, pues no ha de considerarse éste un objeto imposible ni física ni jurídicamente, y mucho menos ilícito, sino simple y llanamente atípico.

Es posible físicamente por cuanto ha sido constatada la posibilidad de una *traditio ficta*, además de que un bien inmueble es susceptible de ser custodiado por un sujeto que no es ni su propietario ni su poseedor por otro concepto.

Es posible jurídicamente, pues el hecho de que la norma no lo contemple expresamente no lo extrae del presupuesto lógico de la misma, máxime cuando el propio cuerpo legal admite la existencia de los contratos atípicos en sus artículos 314 y 315, y consagra el principio de autonomía de la voluntad en materia contractual en el artículo 312.²⁴

²³ Pérez Martínez, Yuri; Fernández Martínez, Marta y Ojeda Rodríguez, Nancy, Contrato traslativo del derecho de uso y disfrute onerosamente de un bien: el contrato de arrendamiento, en Ojeda Rodríguez, Nancy (coord.), *Derecho de contratos*, tomo II, parte I y parte II, La Habana, Félix Varela, 2016, p.120.

²⁴ Artículo 314: "Las relaciones contractuales que no están comprendidas en ninguno de los tipos de contratos regulados en este título, se rigen por las normas de los contratos más afines y por los demás preceptos y principios generales de este Código".

Es lícito, pues no contraviene precepto alguno, y el hecho de que una persona necesite o desee que otra proteja un bien inmueble constituye un fin permisible y legítimo.

La finalidad del depósito es la guarda y custodia de un bien. Su función económico-social viene dada por la necesidad de custodia. Que el bien sea una vivienda no excluye la posibilidad ni la licitud de la causa. Se registrará entonces por las reglas que estipulen los contratantes y las normas de los contratos típicos afines compatibles con la finalidad del negocio; en este caso en particular, el depósito reglamentado en los artículos 423 y siguientes.

Negocios contractuales en el Derecho de autoprotección

En el mundo latino ya son conocidos los llamados contratos con función asistencial, respecto a los cuales no deben existir cortapisas de índole moral ni legal, siempre que se vele por los derechos de los sujetos, pero ello sólo es posible si existe una adecuada comprensión del fenómeno, de su importancia y utilidad; se reconocen normativamente y se capacita adecuadamente a los operadores jurídicos.

Existen varias figuras contractuales con finalidad de previsión: fundamentalmente el contrato de alimentos y el de renta vitalicia, pero también pueden mencionarse, sin ánimo concluyente, el de seguro, que por sus particularidades y relevancia actual requiere un estudio pormenorizado; el contrato de donación, con carga o con reserva de usufructo; y el llamado vitalicio, distinguible técnicamente de la renta vitalicia.

El contrato de alimentos es aquel mediante el cual un sujeto llamado alimentante se obliga a realizar prestaciones a favor del alimentista a cambio de que el llamado cedente (que puede o no coincidir con el alimentista) le transfiera determinados bienes. Si el cedente no coincide con el alimentista, se estará en presencia de un contrato a favor de tercero. El fin del contrato es la obtención de una serie de cuidados y servicios llegando a alcanzar, mediante la convivencia de las partes, una relación de afectividad. Es frecuente que la posición de alimentante recaiga en un familiar, pero puede ser también una persona sin vínculo de parentesco. Aunque es ajeno a la práctica cubana, puede resultar de utilidad en caso de personas vulnerables en

Artículo 315: "Las relaciones contractuales integradas, total o parcialmente, por elementos relativos a diversas especies típicas de contrato, se rigen por las disposiciones de estos contratos, siempre que no contradigan el carácter específico de cada uno y el fin conjunto del contrato mixto de que se trate".

Artículo 312: "En los contratos las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, salvo disposición legal en contrario".

general, adecuando sus características y prestaciones a las peculiaridades de la realidad nacional. Así, por ejemplo, si bien forma parte de este negocio la prestación de vivienda al alimentista, bien puede en el caso de Cuba que sea el alimentista el propietario del inmueble y el alimentante con necesidades habitacionales le provea de cuidados a cambio de residir en el domicilio del alimentista.

Mediante el contrato de renta vitalicia una persona, a cambio de la enajenación de un bien mueble o inmueble se obliga a efectuar determinada prestación periódica, consistente en una cantidad de dinero, durante la vida de una o más personas, y se distingue del vitalicio, ya que éste es el negocio jurídico bilateral por el cual una persona denominada constituyente se obliga a transmitir el dominio u otro derecho real sobre un bien a cambio de que el otro sujeto se comprometa a cuidar y albergar en su casa, procurando asistencia médica, farmacéutica y alimentaria, a la persona o personas designadas por el resto de su vida.

Es ya más conocido en nuestra práctica notarial el contrato de donación con carga o con reserva de usufructo. Aquí ha de señalarse la importancia de asegurar que el contrato sea completo en contenido, cuestión a la que se hacía referencia al aludir a los nuevos aportes de la teoría del contrato. Al coexistir dos actos: la donación y la constitución del derecho real de usufructo, tiene gran trascendencia sustantiva (e incluso registral) la determinación de las obligaciones de las partes en su doble condición y la duración del derecho de usufructo.²⁵

Precontrato y pacto arral

Más allá del hecho de que el legislador olvidó que la compraventa no puede ser un contrato normado, por ser el contrato tipo que se erige en un modelo negocial para el cual la autonomía de la voluntad no debe tener cortapisas innecesarias, lo cierto es que se trata de un precepto de carácter imperativo, y ello impide que se pacte una compraventa a plazos, hecho que paraliza a su vez la posibilidad de un pacto arral, por estar su objeto inmerso en una causal de imposibilidad jurídica. Pero nada obsta su inclusión en un negocio preparatorio de la compraventa de vivienda, tal cual puede ser un precontrato de compraventa.

²⁵ Vid. Landestoy Méndez, Pedro, La reserva de usufructo como protección al donante de la tercera edad, Una mirada en clave jurídica al envejecimiento poblacional en Cuba, en Delgado Vergara, Teresa y Joanna Pereira Pérez, *El rol de derecho ante la ancianidad. Una perspectiva en Cuba*. Editorial UH, 2017.

La figura del precontrato o contrato de promesa, cuya dimensión clásica es la de un contrato por el cual las partes se obligan a celebrar en el futuro el negocio proyectado en él, y que en su visión moderna aparece como una etapa de un íter contractual de formación compleja, no deja de constituir un negocio de utilidad en el tráfico jurídico, que permite vincular a dos partes que por diversas razones no se encuentran listas para concluir el contrato. Estas razones van desde el plano económico, por no contar con todo el peculio necesario para cumplir la obligación, hasta motivos de carácter jurídico, como no estar el bien apto para transmitirse por no haber aún sido inscripto en el registro correspondiente. Ese último motivo puede revelarse de cierta frecuencia en la realidad actual, toda vez que la norma impone, para la concertación de la compraventa y demás negocios traslativos de la propiedad, la inscripción en el Registro de la Propiedad; requisito tendente a la organización de las relaciones jurídico-inmobiliarias, a potenciar la cultura jurídica y económica, lo cual apuesta, sin duda alguna y muy favorablemente, por la seguridad jurídica, valor indispensable de todo sistema de Derecho.

El artículo 312 da total cobertura a la realización de un precontrato, y no existe razón técnicamente fundada para considerar que no pueda llevarse a cabo con inserción de esta garantía que no tiene por qué materializarse mediante cheque de gerencia, como sí tiene que producirse el pago total según establece la ley.

Existen razones prácticas que aconsejan la admisibilidad del pacto arral en el precontrato de compraventa, sin cortapisas innecesarias. La implementación jurídica de los Lineamientos de la política económica y social en Cuba ha mostrado una vocación hacia la ligereza y revitalización de las relaciones jurídico-inmobiliarias. Las arras pueden resultar de gran utilidad para reactivar el tráfico contractual y su consecuente seguridad en un contexto económico permanentemente cambiante y dinámico.

No debe frenarse por recelos infundados lo que la ley no prohíbe. El momento es de iniciaciones que requieren profesionalidad y rigor científico. Contamos con herramientas, si bien perfectibles, útiles para encaminar el alumbramiento de viejas instituciones, que aún se revelan para nosotros novedosas en la praxis. Las estrategias deben ser dúctiles y propender a la adaptación al entorno, en pos de garantizar la seguridad jurídica y lograr la estabilidad del tráfico jurídico.

6. CONCLUSIONES

Estos contratos y otros no mencionados aquí, como pueden ser disímiles contratos de servicios, los contratos laborales de trabajadores contratados a su vez en el sector privado por otros trabajadores por cuenta propia, los contratos realizados entre estos trabajadores y entes del sector estatal, los contratos que pretenden realizar trabajadores por cuenta propia entre sí, la concertación de garantías para el cumplimiento de las obligaciones y muchísimos otros, corroboran la importancia de ver y no únicamente mirar el entorno económico para tomar decisiones normativas.

En el Derecho Civil, en particular, se constata la existencia de atipicidades sociales que reclaman un espacio normativo o, al menos, un consenso de los operadores jurídicos en torno a su admisibilidad y eficacia. Urge entre todos los implicados una reflexión atinada y una mayor flexibilidad y creatividad en la realización del Derecho Civil.

El Derecho, en todos sus ámbitos de expresión: legislativo, jurisdiccional, administrativo y doctrinal, es un eficaz medio para alcanzar objetivos sociales, para potenciar el respeto a los principios que propugne una sociedad y para proponer la solución de problemas prácticos, con una argumentación que resulte coherente con la base económica que le sostiene y a la cual debe responder y proteger. Es la única forma de alcanzar una correspondencia lógica entre lo que somos y lo que queremos ser.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Atienza Manuel, Estado de Derecho, interpretación y argumentación, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XIV, 1997.
- Cornu, G., *Un Code civil n'est pas un instrument communautaire*, Dalloz, 24 de enero de 2002.
- Delgado Vergara, Teresa, De las acciones edilicias al concepto de correspondencia con lo establecido en el contrato. Panorama en el Derecho contractual cubano, *Diké Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla*, año 9, núm. 18.
- Delgado Vergara, Teresa, Comentarios a los artículos 263, 264, 265, 266, 267, 286, 304, 308, *Comentarios al Código civil cubano*, Leonardo Pérez Gallardo (coord.), libro III, volumen III, Editorial Félix Varela, 2018.
- Díez Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, volumen primero, 5ta ed., Madrid, Civitas, 1996.

- García Cantero, Gabriel, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo XIX, 2da edición, Editorial Revista de Derecho Privado, 1999.
- Landestoy Méndez, Pedro, La reserva de usufructo como protección al donante de la tercera edad, *Una Mirada en clave jurídica al envejecimiento poblacional en Cuba*, Delgado Vergara, Teresa y Joanna Pereira Pérez (coord.), *El rol de Derecho ante la ancianidad. Una perspectiva en Cuba*. Editorial UH, 2017.
- Matilla Correa, Andry (coord.), *Panorama de la ciencia del Derecho en Cuba. Estudios en homenaje al profesor Dr. C Julio Fernández Bulté*, Palma de Mallorca, Editorial Lleonard Muntaner, 2009.
- Ojeda Rodríguez, Nancy(coord.),*Derecho de contratos*, tomo II, parte I y parte II, La Habana, Editorial Félix Varela, 2016.
- Ojeda Rodríguez, Nancy y Teresa Delgado Vergara, *Teoría general de las obligaciones: Comentarios al Código civil cubano*, Cochabamba, Editores Guzmán Santiesteban, 2005.
- Ordoqui Castilla, Gustavo, *Lecciones de Derecho de las Obligaciones*, Montevideo, Ediciones del Foro, 1998.
- Pérez Gallardo, Leonardo (coord.), *La compraventa como paradigma contractual*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012.
- Pérez Gallardo, Leonardo y otros, *Lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2000.
- Valdés Díaz, Caridad *et al.*, *Derecho Civil. Parte general*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2002.

Fuentes legales:

- Código civil de la República de Cuba. 1988
- Decreto Ley 275. 2010
- Decreto- Ley 288. 2011.
- Decreto-Ley 304. 2012.
- Decreto 292.2011
- Decreto 310. 2012.
- Decreto 320.2013.
- Código civil de España. 1888.