

EL CONTRATO INTERNACIONAL EN LA NUEVA LEY CUBANA DE CONTRATACIÓN ECONÓMICA

THE INTERNATIONAL CONTRACT UNDER THE NEW REGULATION ON ECONOMIC CONTRACTS IN CUBA

Lourdes Dávalos León*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES. II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS CONTRATOS ECONÓMICOS. III. DELIMITACIÓN DEL CONTRATO INTERNACIONAL. IV. ¿Y LA REGULACIÓN DEL CONTRATO MERCANTIL? V. EL DERECHO ECONÓMICO EN EL ACTUAL ESCENARIO INTERNACIONAL.

RESUMEN: A finales del 2012 fue promulgada en Cuba una nueva regulación legal sobre Contratación Económica, produciendo importantes cambios en el régimen de los contratos en el país. Si bien esta regulación incorpora principios y reglas internacionales para la contratación aproximándose a los Principios de UNIDROIT, origina problemas alrededor de la “mercantilidad” e “internacionalidad” de los contratos, pues crea confusión entre contratos mercantiles y contratos económicos, al haber derogado las disposiciones que lo regulaban en el Código de Comercio, dejando a los contratos mercantiles sin otra regulación sustantiva. Además, declara que los contratos internacionales quedan fuera de su ámbito de aplicación, pero al mismo tiempo incluye aquellos contratos que se celebren con personas naturales o jurídicas extranjeras. De esta forma, no resulta suficiente la presencia de elementos de extranjería para otorgar la calificación de “internacional”, sino que se exigen otros vínculos objetivos de mayor connotación. Ello plantea una interrogante: ¿Qué normas resultan de aplicación ahora a los contratos mercantiles internacionales, cuando las partes contratantes, en uso de la autonomía de la voluntad, elijan aplicable el Derecho cubano? El presente trabajo examina aspectos de la nueva regulación y sus contradicciones, en aras de contribuir a conocerlas, y abrir el debate para encontrar soluciones o alternativas.

PALABRAS CLAVE: Cuba – nueva regulación - contratos económicos – contratos mercantiles – derecho internacional privado.

Fecha de recepción del original: 4 de octubre de 2013. Fecha de aceptación de la versión final: 31 de octubre de 2013.

* Abogada de Uría Menéndez, Madrid. Universidad de La Habana y Universidad Complutense de Madrid

ABSTRACT: The enactment of the new regulation on economic contracts in Cuba at the end of 2012 has brought about significant changes to contract law in this country. Although this regulation encompasses principles and international contracting rules based on the UNIDROIT Principles, it also gives rise to problems in relation to the “commercial” and “international” nature of contracts. The difference between commercial contracts and economic contracts is confusing because the provisions governing the former in the Commercial Code have been derogated and there are no other regulations substantively regulating these types of contracts. The new regulation also states that international contracts fall outside its scope of application but, at the same time, includes within its scope contracts executed with foreign natural or legal persons. Therefore, the presence of foreign elements does not suffice for a contract to be considered “international”, but other objective links of greater significance are required. All this raises a question: Which rules currently apply to international commercial contracts when the parties, by virtue of the principle of autonomy, choose Cuban law as the governing law? This work analyses certain aspects of the new regulation and its contradictions in order to expose them and to open discussion to find solutions or alternatives.

KEY WORDS: Cuba – new regulation - economic contracts – commercial contracts – private international law.

I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES

El 1 de noviembre del pasado año 2012 fue promulgada en Cuba una nueva regulación legal sobre Contratos, mediante el Decreto-Ley No. 304, denominado “De la Contratación Económica”, que entró en vigor un mes después, produciendo un importante cambio en el régimen de los contratos en el país (el “**Decreto-Ley 304**”).

Históricamente el régimen legal de los contratos en Cuba, ha estado recogido en el Código Civil y el Código de Comercio como fuentes internas o autónomas, y en el Código Bustamante¹ como fuente convencional. En estos ordenamientos materiales se encontraban regulados los contratos civiles y los mercantiles, tanto internos como internacionales.

Desde finales de la década de los setenta, concretamente el 3 de julio de 1978, se había puesto en vigor, mediante el Decreto-Ley No. 15², una nueva tipología de contratos, los llamados “*contratos económicos*”, a partir de la importancia del principal instrumento del tráfico mercantil en la ejecución de lo que se denominó el Plan Único de Desarrollo Económico-Social (el “**Plan**”)³, que se traduce en el Plan de la economía socialista planificada. De esta manera fueron calificados como *contratos económicos* aquellos que tenían su causa en el ordenamiento jurídico de la ejecución del Plan de la economía

¹ El Código Bustamante fue aprobado en la VI Conferencia Panamericana celebrada en la Habana, Cuba, el 13 de febrero de 1928, y está actualmente en vigor en los países latinoamericanos sin reservas (Cuba, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Perú) y en otros países con reservas parciales (Brasil, República Dominicana, Haití y Venezuela).

² *Vid.* Decreto-Ley No. 15, de 3 de julio de 1978, “Normas Básicas Para los Contratos Económicos”, en Gaceta Oficial de la República de 7 de julio de 1978, pp. 264-267.

³ El Plan es aprobado anualmente por la Asamblea Nacional del Poder Popular, órgano único con potestad constituyente y legislativa en la República de Cuba y deviene en ley del Estado; por tanto, sirve de vehículo para organizar, dirigir y controlar la actividad económica del país.

nacional, y cuyos sujetos eran exclusivamente: los organismos, las unidades presupuestadas y las empresas y uniones de empresas estatales, las cooperativas agropecuarias, las organizaciones sociales, sindicales y de masas, así como las empresas dependientes de estas entidades y de las organizaciones políticas.

Estos *contratos económicos* resultaban práctica y legalmente obligatorios, y no fueron ser sustantivamente verdaderos acuerdos de voluntades tendentes a producir los efectos jurídicos pretendidos por las partes contratantes, sino que por el contrario, se convirtieron en un instrumento ordenador de la disciplina en las relaciones económicas planificadas, por lo que podía instarse ante el órgano jurisdiccional competente (entonces el Órgano de Arbitraje Estatal y más tarde la Sala de lo Económico del Tribunal Provincial Popular) no solo por causa de discrepancias en su ejecución o cumplimiento, como suele ocurrir, sino también por cualquier diferencia surgida en el proceso de negociación y firma del contrato, y hasta por negarse una de las partes a suscribirlo.

Es así que contratos civiles, mercantiles y *económicos* coexistieron durante años, en el devenir de las relaciones contractuales en la isla. Los dos primeros con la cualidad de poder desdoblarse, como es usual, en internos e internacionales, a partir de la presencia o no de los elementos de extranjería requeridos para la calificación de un contrato como internacional, desde la perspectiva del Derecho mercantil o del Derecho internacional privado. Mientras los *contratos económicos* se caracterizaban por su obligatoriedad para el cumplimiento del Plan y por su exclusivo carácter nacional o interno.

En una etapa posterior (a partir de principios de los años noventa), con la apertura de Cuba a la inversión extranjera, que propiciara el ya derogado Decreto-Ley No. 50 de 15 de febrero de 1982 (y que tiene su primera experiencia en 1987⁴), se inicia un período donde primero coincide la planificación socialista ortodoxa con una nueva planificación financiera, y poco a poco esta última, de mayor flexibilidad termina por sustituir la primera. Ello se tradujo en cambios significativos que propiciaron la recuperación de la verdadera dimensión del contrato, con una mayor libertad de las partes contratantes y la posibilidad de suscribir el contrato en el momento y con los términos y condiciones determinados por las propias partes de conformidad con sus objetivos e intereses. Igualmente se ampliaron los sujetos de los *contratos económicos* dando cabida a todas las entidades nacionales, incluidas las empresas mixtas así como las entidades extranjeras.

Desde el punto de vista conceptual se origina entonces una confusión entre contratos mercantiles y *contratos económicos*, al haber identidad en su objeto y contenido, y para ambas figuras se entrelazan gran variedad de fuentes legislativas que complicaban la determinación de la norma exactamente aplicable. Dejaron de utilizarse las llamadas

⁴ En ese año se constituye en Cuba la primera *joint venture* o empresa mixta, CUBACAN, S.A. con participación cubana y española. Además, el Decreto-Ley 50, fue el antecedente de la Ley No. 77 de 5 de septiembre de 1995, denominada "Ley de la Inversión Extranjera", actual norma reguladora del proceso de inversión extranjera en Cuba, y al amparo de la cual han creado numerosas asociaciones económicas internacionales (o negocios conjuntos) entre empresas mixtas y asociaciones contractuales.

proformas o modelos tipos contractuales, que resultaban obligatorias y predeterminadas para cada tipología de contrato; se amplió en la práctica el campo de la autonomía material, al extremo que profesores y abogados en la práctica cubana llegaron a manifestar la unidad conceptual entre los contratos mercantiles y los *contratos económicos*. La denominación de *contrato económico* llegó a caracterizar su contenido y no la condición de instrumento jurídico para la ejecución del Plan nacional.

Es este el panorama cuando el Consejo de Ministros, mediante Acuerdo del 18 de febrero de 2005, encargó al Ministerio de Economía y Planificación que dictara las indicaciones necesarias a los efectos del mejor desenvolvimiento y eficacia de las relaciones económicas-contractuales dentro del territorio nacional, para ser cumplidas por las personas jurídicas y naturales sujetos de los *contratos económicos*.

A efectos de lo establecido en dicho Acuerdo, el Ministro de Economía y Planificación dictó la Resolución 2253, de fecha 8 de junio de 2005, que propició un conjunto de reglas para los *contratos económicos*, bajo el rubro de “Indicaciones para la Contratación Económica” (la “**Resolución 2253**”).

El legislador tuvo el cuidado de aclarar en la Resolución 2253 un concepto de “Contratación Económica”, lo que definió como “*el proceso mediante el cual se integran los diferentes sujetos que actúan legalmente en la economía nacional para, mediante la concertación de contratos, garantizar sus respectivos planes económicos y satisfacer sus necesidades, y con ello, los objetivos y prioridades de la sociedad*”.

A los sujetos de los *contratos económicos*, indicados *numerus clausus* por el Decreto-Ley 15 de 1978, se incorporaron todas las personas naturales y jurídicas autorizadas a operar en el tráfico mercantil cubano, como: las empresas mixtas; las sociedades civiles y mercantiles y cualquier otra persona natural o jurídica, nacional o extranjera, autorizada expresamente.

Cabe destacar que la Resolución 2253 exceptuó de su aplicación imperativa a los contratos internacionales que suscriban los sujetos relacionados con personas naturales o jurídicas extranjeras radicadas fuera del territorio cubano, pero dejó a criterio de las partes contratantes la posibilidad de su aplicación voluntaria, teniendo en cuenta que al tratarse de un contrato internacional, las partes gozan de la facultad legal en uso de la autonomía de la voluntad para elegir la ley aplicable al contrato.

Con base en estos antecedentes llegamos a nuestros días, en los que el país vuelve a vivir un periodo de cambios impulsados por el gobierno ante la situación de crisis económica. Esta etapa se conoce como “la actualización del modelo económico y social cubano”, y tiene como base o guía fundamental, la implementación de un variado conjunto de reformas establecidas en los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución aprobados el pasado 18 de abril de 2011 en el marco del VI Congreso del Partido Comunista de Cuba (los “**Lineamientos**”).

Los Lineamientos consignan que las relaciones económicas se refrendarán mediante contratos y que se exigirá una mayor calidad del proceso de negociación, elaboración, firma, ejecución, reclamación y control del cumplimiento de estos, como instrumento para la gestión económica del país. En consecuencia, la nueva regulación de los contratos económicos en Cuba nace inspirada en estas directrices.

II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS CONTRATOS ECONÓMICOS

Si bien el objeto del presente trabajo son los contratos internacionales, a la luz del Decreto-Ley 304, como punto de partida conviene destacar sus diferencias con los *contratos económicos*. A primera vista no parecería complejo, pues el Decreto-Ley 304 se apresura a declarar que no es de aplicación a los contratos internacionales, lo que obviamente reduce los *contratos económicos* a aquellos que sean internos, domésticos o nacionales. Sin embargo, el propio Decreto-Ley 304, al establecer en su artículo 1 el ámbito de aplicación, incluye determinados supuestos que pueden otorgarle el carácter de “internacional” al contrato⁵, por lo que no resultará ocioso antes de adentrarnos en las características de internacionalidad y mercantilidad de los contratos, dejar conceptualmente definido qué entenderemos por *contrato económico*.

Como vimos en los antecedentes, la primera definición de los *contratos económicos* debe extraerse del Decreto-Ley 15 de 1978, que los identificaba como aquellos que tenían su causa en el ordenamiento jurídico de la ejecución del Plan de la economía socialista planificada, para los cuales los sujetos o partes contratantes estaban taxativamente determinados y obligados a suscribir esta clase de contratos con carácter imperativo.

Años después las “Indicaciones para la Contratación Económica”, establecidas por la Resolución 2253, al definir el proceso de contratación económica, deja expuesto los elementos que permiten considerar como *contrato económico* a aquél en virtud del cual los diversos sujetos que actúan legalmente en la economía nacional garantizan sus respectivos planes económicos para satisfacer sus necesidades, y con ello, garantizar los objetivos y prioridades de la sociedad. Aquí los sujetos dejan de estar predeterminados, pero son los que actúan legalmente en el país, por lo que hay un marco territorial interno y un objetivo social.

Ahora, el Decreto-Ley 304, como nueva ley cubana de contratación económica establece su aplicabilidad al contrato, sin el apellido de “económico”; no obstante, ese apellido está en el título o denominación del Decreto-Ley 304: “de la contratación

⁵ Art. 1 del Decreto-Ley 304.- Ámbito de aplicación: “*El presente Decreto-Ley es aplicable al contrato entendido como acto jurídico mediante el cual se crean, modifican y extinguen relaciones jurídico-económicas de naturaleza obligatoria, para la ejecución de una actividad productiva, comercial o de prestación de servicios, en el que intervienen tanto personas naturales y jurídicas nacionales como personas naturales y jurídicas extranjeras que estén domiciliadas, establecidas o autorizadas para operar en el país.*”

económica”, y expuesto en el desarrollo de los fundamentos legislativos que se enumeran en los “Por Cuántos”. Así, desde el precepto inicial regulador del ámbito de aplicación de la norma, se levanta el primer problema que arroja varias interrogantes: ¿es aplicable a todos los contratos, o solo a los *contratos económicos*?; ¿al derogar el Decreto-Ley 304 los artículos del Código de Comercio sobre contratos mercantiles, podemos interpretar que ya no existen en el ordenamiento material cubano los contratos mercantiles o son éstos los ahora llamados “*económicos*”?

El texto del comentado artículo 1 deja claro que se trata de relaciones jurídico-económicas de naturaleza obligatoria, por lo que si bien no indica expresamente que están vinculadas al Plan de la economía nacional como lo hizo la legislación anterior, sí está presente la obligatoriedad de esa contratación; obligatoriedad que, evidentemente, emana del Plan. Ello y el tractus expositivo de los “Por Cuántos” permiten asegurar categóricamente que la regulación es exclusivamente aplicable a los llamados *contratos económicos*, aunque se puede interpretar que dicho calificativo se confiera, con mayor flexibilidad que en otros tiempos, a distintos supuestos contractuales, incluyendo, en lo adelante, a los anteriores contratos mercantiles que ahora no tienen regulación especial al derogarse mediante el Decreto-Ley 304 los artículos 50 al 63, del título IV, Libro I, del Código de Comercio cubano.

III. DELIMITACIÓN DEL CONTRATO INTERNACIONAL

La nueva ley cubana de contratación económica distingue entre los *contratos económicos* (nacionales) y los internacionales al establecer que no resulta aplicable a estos últimos (salvo que las partes así lo acuerden voluntariamente), por lo que los contratos internacionales quedan fuera del ámbito de aplicación imperativa de esta ley.

Sin embargo, el propio precepto nos plantea un segundo problema, ya no en cuanto a los *contratos económicos* (como el anterior), sino ahora en cuanto al sentido y alcance de la internacionalidad del contrato: ¿qué debemos entender por contrato internacional?

Es sabido que para el Derecho internacional privado, contrato internacional es aquél en que el carácter de extranjero está presente en, al menos, alguno de sus elementos, y en consecuencia, vincula la relación jurídica con una pluralidad de sistemas jurídicos. En definitiva, son contratos que, siguiendo el criterio de los profesores Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo⁶ originan relaciones de tráfico externo o situaciones privadas internacionales.

Para el Derecho mercantil internacional, por su parte, contrato internacional, de acuerdo con la doctrina, es el instrumento jurídico por excelencia de la circulación mercantil internacional, que ocasiona o implica tráfico comercial entre dos o más países, y engloba en la calificación de comercio internacional más allá del concepto tradicional

⁶ J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Cívitas, 1999, p. 24.

de compraventa o intercambio de mercancías, las más variadas modalidades contractuales como: consultoría, asociación, diseño, ingeniería y construcción, transporte (terrestre, marítimo y aéreo), transferencia de tecnología, e, inclusive, el llamado comercio electrónico⁷.

En los ordenamientos materiales internos y en las convenciones internacionales, las soluciones o vías tomadas para establecer el carácter internacional de los contratos, transitan por diferentes alternativas, que van, entre otras, desde la exigencia de que las partes tengan su establecimiento o residencia habitual en naciones distintas, hasta la adopción de criterios o requisitos más generales como: que el contrato muestre vínculos estrechos con la legislación de más de un país; o sea, que implique un posible conflicto de leyes, o elección entre leyes de diversos Estados.

Sin embargo, los “Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales” de UNIDROIT, no se acogen expresamente a ninguno de los criterios mencionados, sino que se basan en la presunción de que el concepto de *internacionalidad* de los contratos debe ser interpretado en el sentido más amplio posible, para que únicamente queden excluidas aquellas relaciones contractuales que carezcan de todo elemento extranacional, es decir, cuando todos los elementos esenciales del contrato estén conectados con una única legislación.⁸

La calificación de un contrato como doméstico o internacional es también relevante desde la perspectiva del Derecho internacional privado, en especial en cuanto a la determinación del Derecho aplicable al contrato. Sin embargo, como bien apunta la doctrina, difícilmente se encuentra un ordenamiento jurídico que defina con cierto grado de precisión la distinción, entre contratos nacionales e internacionales (como es el caso de la ley cubana que comentamos), por lo que ante la ausencia de definición legal lo que debemos hacer es describirlo y, en todo caso habrá que estar a la valoración de cada supuesto específico para calificarlo adecuadamente⁹.

Resulta evidente que, en sede de Derecho internacional privado, estaremos en presencia de un contrato internacional cuando haya en éste al menos un elemento de extranjería, cualquiera que sea su naturaleza (personal, real o local). Es, por ende, una situación privada internacional con uno o varios elementos ajenos a la vida del país, en el que se suscribe, ejecuta o se pretende hacer valer sus efectos, siendo esos elementos susceptibles de conducir a la aplicación de legislaciones de otras naciones. Por el contrario, puede ser calificado como interno, o doméstico, un contrato en el que cada uno de sus elementos se encuentre exclusivamente vinculado con el ordenamiento jurídico del lugar donde se suscribe.

⁷ Vid. R. Dávalos Fernández, *Fronteras y Contratos*, La Habana (Cuba), Editorial Ciencias Sociales, 2006, p. 2.

⁸ Vid. “Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales”, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), Roma, 2001, pp. 1-2.

⁹ C. Esplugues Mota, *Contratación Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 46; R. Dávalos Fernández, *op. cit.*, p. 3.

Si tomamos el criterio calificador anteriormente expuesto, encontraremos una contradicción entre el texto de los artículos 1 y 2 de la nueva ley cubana de *contratos económicos*, pues el segundo excluye expresamente a los contratos internacionales del ámbito de aplicación de la norma¹⁰. Mientras el primero incluye en ese ámbito de aplicación de la norma aquellos contratos que se celebren con personas naturales o jurídicas extranjeras, lo cual, por el solo hecho de la nacionalidad de las partes, hace que el contrato devengue internacional en sentido amplio, dada la presencia del elemento de extranjería, que ha de acarrear para la relación jurídica contractual consecuencias que no se presentan en los contratos puramente domésticos. En estos últimos, todos sus elementos se encuentran conectados con el ordenamiento de la plaza contractual.

La respuesta simple pudiera ofrecerla el punto de conexión elegido para calificar el contrato como *económico* y, por ende, nacional, que es el domicilio, ya que se exige que las personas naturales o jurídicas extranjeras estén domiciliadas o establecidas en el país. Pero es el caso que la ley incorpora también otros sujetos que simplemente pueden estar autorizados a operar en el país, para lo cual no es necesario domiciliarse o establecerse, pues se puede operar en el tráfico mercantil de un país aún desde el exterior, o sea sin tener un establecimiento principal o secundario radicado en el territorio de la contratación. Evidentemente que estamos hablando entonces de contratos internacionales, dado que el solo hecho de la presencia del elemento de extranjería “nacionalidad” de al menos una de las partes obligará a la determinación y prueba de su capacidad y representación acorde con su ley personal, para lo cual será necesaria la valoración de documentos que provienen del exterior, y que se rigen por la ley del lugar de su expedición, acciones todas que exceden del ámbito y consideración de un contrato puramente doméstico.

Hay que asumir por tanto que para la ley cubana de *contratos económicos*, los contratos internacionales serán exclusivamente aquellos en los cuales una de las partes radica en el extranjero y que además, no esté autorizada a operar en Cuba, o sea, no posee una licencia o autorización para actuar en el tráfico económico nacional.

La “nacionalización” del contrato aunque una de las partes sea extranjera, y aún en los casos que las dos partes contractuales lo sean (lo que cae dentro del supuesto de aplicación de la ley), siempre que esté domiciliada, establecida o autorizada a operar en el país, ocasiona la importante consecuencia de que no resultan aplicables convenciones internacionales y, lógicamente, impide que la autonomía de la voluntad pueda operar, ya que, como afirma la doctrina: “*la autonomía de la voluntad conflictual sólo opera, en puridad, respecto de contratos internacionales*”¹¹, y es que, claro está, como es paradigmático desde el ángulo del Derecho internacional privado, “*las partes pueden elegir la ley aplicable a un contrato internacional, no a un contrato interno*”¹².

¹⁰ Art. 2 Decreto-Ley 304: “*Las normas contenidas en este Decreto-Ley no se aplican a los contratos internacionales, salvo que las partes así lo acuerden voluntariamente.*”

¹¹ J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op.cit.*, p. 518.

¹² L. Fernández de la Gándara y A. Calvo Caravaca, *Derecho Mercantil Internacional*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 533.

A modo de aclaración, que no por obvia resulta innecesaria, la internacionalidad se produce por la vinculación del contrato con la multiplicidad de ordenamientos jurídicos. Es suficiente que alguno de los elementos del contrato sea extranacional para que este pueda ser calificado como “internacional”, aunque se trate de un contrato estrictamente doméstico, como es el caso que analizamos. Por tanto es necesario diferenciar “la internacionalidad”, a los efectos de los problemas de Derecho aplicable, de la otra “internacionalización” a la que se refieren las reglas para la aplicación de los usos del comercio o aquellos contratos del tráfico mercantil local aplicable únicamente a las transacciones en el marco del comercio internacional, quedando fuera los contratos de puro tráfico interno.

De esta manera la internacionalidad del contrato en el Decreto-Ley 304 comentado se ha establecido a partir de criterios particularmente objetivos, exigiendo la existencia de un elemento extranjero notable:(i) la residencia habitual o el establecimiento de las partes en naciones distintas; o (ii) los contactos con más de un país, tales como: a) lugar de celebración o ejecución del contrato; b) lugar donde ha de efectuarse el pago, o el cumplimiento de cualquier obligación. Todo ello se traduce en que el contrato resultará “internacional” a los efectos de la ley comentada porque lo es en el ámbito del Derecho mercantil internacional. Por supuesto, esta exigencia excluye la posibilidad de que el contrato resulte internacional por la mera decisión de las partes.

Es innegable que la voluntad de las partes desempeña un papel en esa internacionalidad, al ser aquellas las que eligen previamente su residencia, el lugar para crear un establecimiento mercantil, dónde contratar y cómo hacerlo, o el tipo de contrato a suscribir, según sus intereses. Sin embargo, el carácter internacional de un contrato no es materia que puedan decidir las partes por su voluntad, mediante la elección de una ley extranjera a un contrato en el que todos sus elementos se vinculan a un único ordenamiento jurídico. En este sentido, un importante sector de la doctrina considera incluso que no es posible calificar un contrato como “internacional” por la mera presencia de una cláusula de elección de ley aplicable, acompañada o no por una cláusula de elección de fuero. En tales supuestos, señala la doctrina, la validez de los pactos del contrato vendrá determinada por la ley del Estado con el que presenta todos sus vínculos objetivos, pues se aplicarán todas sus disposiciones imperativas no derogables por contrato¹³.

Es importante apuntar que, sin perjuicio de lo anteriormente manifestado, algunas legislaciones latinoamericanas permiten la autonomía de la voluntad conflictual, lo que según la doctrina, se produce por la ambigüedad de sus normas de conflicto. Por tanto, es posible la elección de una ley extranjera al contrato, sin especificar el carácter internacional del mismo¹⁴.

¹³ L. Fernández de la Gándara y A. Calvo Caravaca, *op. cit.*, p. 534; M. Virgós Soriano, *Derecho Internacional Privado*, Parte Especial, Capítulo III, Obligaciones Contractuales, Madrid, Eurolex, 1995, p.249.

¹⁴ El art. 13, numeral V, del Código Civil del Distrito Federal de los Estados Unidos Mexicanos, establece: “*Salvo lo previsto en las fracciones anteriores* (se refieren a: estado y capacidad de las personas; derechos reales sobre inmuebles, contratos de arrendamiento y de uso de bienes muebles e

En esa línea el sistema conflictual cubano incurre en el mismo problema, cuando el artículo 17 del Código Civil establece: “*A falta de sumisión expresa o tácita de las partes, las obligaciones contractuales se rigen por la ley del lugar de ejecución del contrato*”. El precepto, que forma parte de las Disposiciones Preliminares, ofrece la posibilidad de elección de la ley aplicable al contrato sin exigir la presencia de un elemento de extranjería en la relación jurídica contractual. La doctrina cubana¹⁵ ha alertado de que esa imprecisión pudo haberse originado porque el anteproyecto del Código Civil agrupaba las normas de conflicto dentro de un capítulo denominado “Normas de Derecho internacional privado”. Al menos el nombre del capítulo indicaba el carácter de dichas normas encaminadas a resolver relaciones jurídicas con elementos de extranjería. Pero durante el proceso de aprobación de la versión final del proyecto de Código, el capítulo específico que identificaba las normas de conflictos resultó eliminado, y dichas normas quedaron entonces insertas dentro del conjunto de disposiciones preliminares, aplicables a cualquier relación jurídica civil sin distinción de la presencia en ella de algún elemento extranjero.

En consecuencia, tenemos que la referencia a la facultad de las partes de elegir el derecho aplicable al contrato, en el Código Civil cubano, aunque esté expresada en sentido negativo deja abierta teóricamente la posibilidad de que las partes puedan elegir como aplicable una ley extranjera a pesar de que se trate de un contrato puramente doméstico, con la única excepción de los “*contratos económicos*”, que se rigen imperativamente por el nuevo Decreto-Ley 304.

IV. ¿Y LA REGULACIÓN DEL CONTRATO MERCANTIL?

La nueva norma cubana de contratación económica derogó expresamente el título IV, artículos 50 al 63, Disposiciones Generales sobre los Contratos del Comercio, del Libro I, del Código de Comercio. Esta derogación, a nuestro juicio puede ocasionar no pocos problemas en la interpretación y calificación de los contratos mercantiles internacionales (que no son ni civiles, ni *económicos*), en aquellos casos en que el Derecho cubano haya sido declarado aplicable a la relación contractual como *lex contractus*, por cuanto deja sin reglas generales a los contratos mercantiles.

¿Cuáles serán entonces las normas aplicables a los contratos mercantiles internacionales, cuando las partes contratantes, en uso de la autonomía de la voluntad elijan aplicable el Derecho cubano?

Se supone que en ese caso se ha elegido el Derecho sustantivo cubano, por supuesto, con exclusión de las normas de Derecho internacional privado (lo que evita el reenvío), pero el Derecho sustantivo de contratos es ahora el “*económico*” que no resulta

inmuebles, y forma de los actos jurídicos) *los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho*”. Ver R. Dávalos Fernández, *op. cit.*, p.6 y nota al margen no. 14.

¹⁵ R. Dávalos Fernández, *op cit*, p.6.

aplicable a los contratos internacionales, según dispone la propia ley, salvo elección voluntaria, por lo que la mera remisión al Derecho cubano como ley aplicable no hace aplicable, a su vez, la norma de contratación económica, siendo necesario entonces, caso que se quiera su aplicación, su incorporación al contrato como autonomía material.

Y es que la calificación del contrato como civil, *económico* o mercantil es relevante en los problemas de Derecho aplicable.

De hecho, el contrato cumple la misma función en el tráfico mercantil, que en el civil, esto es, la circulación o intercambio de bienes y derechos (igual que en la contratación económica, con la sola vinculación al Plan), lo que explica que, en los ordenamientos jurídicos de muchos países, las normas que ordenan la teoría general del contrato sean comunes a los contratos civiles y a los mercantiles, tal es el caso del Código de Comercio español, vigente también en Cuba (aunque gran parte del articulado referido a los contratos del comercio fueron ahora derogados por el Decreto-Ley 304)¹⁶. Recuérdese que el Código de Comercio remitió expresamente el contrato mercantil a las regulaciones creadas para los civiles, al disponer que:

*“Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común”.*¹⁷

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos se evidencia la diferenciación entre los contratos civiles y mercantiles determinada por criterios derivados de distintas circunstancias: (A) para unos, los contratos mercantiles serán los regulados en el Código de Comercio; (B) mientras que para otros, serán aquellos en los cuales participa un empresario (criterio subjetivo de la calificación del acto mercantil); y, (C) para otro sector, la calificación dependerá de la vinculación del contrato con los actos del comercio (criterio objetivo). En general, los contratos mercantiles se rigen por las reglas contenidas en la legislación civil común, salvo en lo establecido por el Código de Comercio o en leyes especiales.

En las relaciones jurídicas internacionales esta distinción del contrato como civil o mercantil es trascendente en cuanto a la determinación del Derecho aplicable, aunque

¹⁶ Por la Disposición Final Segunda del Decreto-Ley No. 304, fueron derogados los arts. del Código de Comercio siguientes: del Libro I, título IV, los arts del 50 al 63 (Disposiciones Generales sobre los Contratos del Comercio), del Libro II, título III, los arts del 244 al 302 (De la Comisión Mercantil); del Libro II, título IV, los arts del 303 al 310 (Del depósito Mercantil); del Libro II, título VI, los artículos del 325 al 346 (De la Compraventa y Permuta Mercantiles y de la Transferencia de Créditos Endosables); y del Libro II, título VII, los artículos del 349 al 379 (Del Contrato Mercantil de Transporte Terrestre).

¹⁷ *Vid.* art. 50 del Código de Comercio, de 22 de agosto de 1885, hecho extensivo a Cuba por Real Decreto de 28 de enero de 1886, y empezó a regir el 1º de mayo de 1886, sin otras modificaciones que las introducidas en los artículos 179, 201, 453, 547, 550, 559, 798, 934 y 940; M. Sánchez Roca, *Leyes Civiles y su Jurisprudencia*, Vol. II (Materia Mercantil), La Habana, LEX, 1952, pp. 1-13; R. Uría, *Derecho Mercantil*, XXIV Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 636; C. Espulgues, *op.cit.*, pp. 44-45; R. Dávalos Fernández, *op.cit.*, pp. 5-7.

debe señalarse que no siempre se valora esta diferenciación: (i) ello se aprecia en el Artículo 1.3 de la Convención de Viena, sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, que establece la aplicabilidad de la Convención sin tener en cuenta la nacionalidad de las personas y si es o no comerciante, ni el carácter civil o mercantil del contrato; (ii) se evidencia también en el Convenio de Roma (1980), que se refirió de forma general a todas las obligaciones contractuales excluyendo sólo las señaladas en su artículo 2, donde acotara algunas excepciones de carácter civil y otras de carácter mercantil; (iii) igual proceder siguió su sucesor, el Reglamento Roma I, de 17 de junio de 2008, que en su artículo 1, que es de aplicación a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil, con la única limitación de que se encuentren en situaciones que involucren un conflicto de leyes. Todo lo pone de manifiesto que para algunos ordenamientos puede no tener mayor importancia esta distinción.

Consideramos interesante, siguiendo esta línea expositiva, un criterio de la doctrina norteamericana, citado por la cubana¹⁸, sobre la creciente “comercialización del Derecho civil”, que destaca las tendencias siguientes:

- a) *El acto que tiene por objeto un bien inmueble, cuando éste se efectúa con el propósito de obtener utilidades, es generalmente un acto del comercio.*
- b) *El principio de la ley civil de que el deudor es responsable con todos sus bienes respecto a la totalidad de sus deudas (la prenda general de los acreedores) se ha ido desvirtuando paulatinamente. La tendencia moderna gira hacia una responsabilidad apoyada en derechos reales de garantía sobre bienes específicos.*
- c) *Las operaciones de garantía se han ido fragmentando e independizando; prueba de ello son los casos en que la garantía real es vista independientemente del contrato del cual surge. Por ejemplo: el Grundschild (o deuda territorial) del Derecho alemán, que no constituye una obligación accesoria al contrato principal de mutuo. Esta garantía en la forma de bonos o escrituras, puede ser constituida independientemente del hecho de que a la fecha de su perfección el préstamo se haya realizado, y así refuerza su posibilidad de comercialización.*
- d) *Derechos reales, como el usufructo, que adquieren un valor económico independiente.*

Por otra parte, la misma fuente apunta que en relación a la supuesta “civilización” del Derecho mercantil, no corre igual suerte, debido a la incompreensión o falso concepto de la necesaria certidumbre o predecibilidad en materia mercantil¹⁹. No obstante, cabe destacar en otro sentido que las doctrinas del abuso de derecho y las cláusulas

¹⁸ Vid. B. Kozolchyk, MacGraw-Hill “La comercialización del Derecho Civil y la civilización del Derecho Comercial”, *El Derecho Comercial ante el Libre Comercio y el Desarrollo Económico*, México, 1996, pp. 193-236, citado en R. Dávalos Fernández, *op. cit.*, pp. 9-10 y notas al pie 16, 17, 18 y 19.

¹⁹ Vid. B. Kozolchyk, *op. cit.*, p. 227.

contractuales abusivas, que tiene su origen en la equidad civil, han ganado terreno en la esfera de la contratación mercantil.²⁰

En cualquier caso, cabe apuntar que como bien dice R. Uría²¹, “*el contrato mercantil, expresión genuina del tráfico del mercado, es una de las instituciones jurídicas más permeables a las nuevas ideas y a las mutaciones del sistema económico*”, y en él se revelan cambios que inciden en su régimen jurídico y en los problemas de Derecho aplicable. Así, el conocido principio de la libertad de forma con frecuencia se ve afectado por un aumento progresivo de la intervención del Estado, que obliga a efectuar muchas transacciones con arreglo a formas preestablecidas con rigidez, lo que pugna con la rapidez que ha caracterizado a las operaciones comerciales en tiempos pasados. Además, el clásico principio de la autonomía de la voluntad, se ve igualmente limitado tanto en su aspecto material, ante la cada vez más común imposibilidad de discutir el contrato en situación de igualdad y absoluta libertad para contratar, motivada por ocupar una parte, con frecuencia, una posición dominante en el contrato; como en su aspecto conflictual, al estar sujetos numerosos tipos contractuales a la ley de la plaza contractual u otra predeterminada por condiciones generales de contratación o contratos tipos rígidos²².

Todo ello a pesar de los intentos de algunos ordenamientos modernos para instaurar medidas tendentes a reducir estos efectos como: el control sobre las condiciones generales de contratación o contratos tipos, el refuerzo en la defensa de los consumidores que incluye, entre otras, la prohibición de cláusulas abusivas. En este esfuerzo se suman diversas instituciones internacionales, intergubernamentales y privadas²³, que han creado leyes modelos, contratos tipos, condiciones generales de contratación y otros instrumentos de apoyo al comercio que indudablemente son el reflejo, de la “*lex mercatoria*”.

Como señala la doctrina especializada es evidente

*“que el sector del comercio internacional es el más afectado por la incidencia de la internacionalización de la economía” y que “el régimen de los intercambios internacionales y de la contratación internacional quede decididamente afectado por las estructuras del comercio internacional, diseñadas, principalmente, a través de las instituciones internacionales y de la regionalización de los mercados”*²⁴.

Por ello, en la actualidad, con independencia del tratamiento igualitario dado por algunos ordenamientos convencionales (como el Reglamento Roma I) aún se ha

²⁰ Esta influencia se refleja en los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, redactados.

²¹ Vid. R. Uría, *op.cit.*, p. 636.

²² Vid. R. Uría, *op. cit.*, p. 637.

²³ Es destacable la labor de, entre otras, la Organización de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), la Organización de Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI), El Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y la Federación de Ingenieros Consultores (FIDIC).

²⁴ J.C. Fernández Rozas, *Sistema del Comercio Internacional*, Madrid, Cívitas, 2001, p. 25.

mantenido la importancia de la calificación del contrato en civil o mercantil, por la marcada internacionalización de este último, y su connotación en muchos ordenamientos jurídicos.

Ahora bien, la importancia jurídico-económica del contrato logra su mayor expresión, precisamente, en los contratos mercantiles internacionales, de manera que la calificación del contrato en “internacional”, por una parte (ámbito espacial) y “mercantil”, por otra (ámbito material), le concede al contrato una especial relevancia. Por esta razón a criterio de algunos autores, se refleja tensión en la considerable dificultad de las soluciones jurídicas aplicables a la contratación internacional dadas por los Estados en virtud de los intereses en juego²⁵; mientras que, para otros, se evidencia una disminución del papel protagónico de del Estado, ante circunstancias que manifiestan el origen de una nueva *lex mercatoria*.

Como colofón sobre estos demostrativos criterios doctrinales, debe subrayarse que la calificación del contrato se facilita cada vez con más frecuencia en forma de Derecho uniforme, esto es, a través de normas materiales de Derecho internacional privado, con independencia de que sean aún valederas, aunque en menor medida, las soluciones que como alternativa brinden las otras sendas como: la aplicación de la *lex loci actus*, tanto si es considerada un problema de calificación o de conflicto de leyes, o la aplicación de la *lex causae*, o ley declarada aplicable a la relación jurídica, es decir, por la propia ley que rijan el contrato bajo un sistema de Derecho internacional privado.

V. EL DERECHO ECONÓMICO EN EL ACTUAL ESCENARIO INTERNACIONAL

No obstante los válidos criterios doctrinales anteriormente analizados, hay que destacar que en la actual época de “crisis” se ha producido un viraje en cuanto a la participación del Estado en el control de la economía, lo que ha hecho que al lado del Derecho mercantil tradicional se desarrolle con inusitada fuerza el llamado Derecho económico, como un conjunto de principios y normas de diversas jerarquías, sustancialmente de Derecho público que inscriben un marco jurídico fundamental para la estructura y el funcionamiento de la actividad económica y social de un país²⁶. Son normas que tienen por objeto la organización económica y el control del comercio interior o exterior por parte de un Estado, que en determinadas situaciones, como las que actualmente atraviesan muchos países, han reclamado su presencia y carácter imperativo. En resumen, se trata de una mayor intervención pública en el diseño del mercado nacional e internacional (en este último caso como Derecho Económico Internacional).

²⁵ Para los profesores A-L Calvo Caravaca y J Carrascosa González, la normativa legal sobre contratos internacionales debe ser capaz de garantizar cuatro objetivos básicos: a) Seguridad Jurídica de realización (soluciones estables); b) Seguridad jurídica de ordenación (soluciones previsibles); c) Intereses estatales de control de los procesos económicos internacionales; y d) Intereses estatales de defensa de la ordenación básica de la economía nacional y de ciertos grupos sociales necesitados de protección. *Op. cit.*, p. 42.

²⁶ Vid. JC Fernández Rozas, *Sistema de Derecho Económico Internacional*, Navarra, Thomson Reuters (Cívitas), 2010, pp. 36-39.

Cuba, no ajena al panorama internacional, se encuentra en el llamado periodo de actualización del modelo económico cubano, sustentado en los Lineamientos. Y es en este marco, donde la nueva ley cubana de contratación económica entra a desempeñar su papel. Si bien es cierto que deja lagunas en la regulación del contrato mercantil, no es menos cierto que los vínculos objetivos que se toman como puntos de conexión para considerar el contrato como nacional o *económico* para incluirlo en el ámbito de aplicación de la ley, resultan admisibles para la calificación, por exclusión, de los contratos mercantiles internacionales, ya que la internacionalidad está dada así por vínculos relevantes, materiales y objetivos, que trascienden a la negociación internacional, y no por la mera ficción creada por las partes, para internacionalizar un contrato nacional.

El Decreto-Ley 304 posee otros atributos que no son objeto del presente trabajo, incorpora principios y reglas de actualidad, generalmente admitidos en la contratación internacional, siguiendo para ello, en gran parte, los Principios de UNIDROIT.

La práctica contractual y la jurisprudencia se encargarán de despejar el camino de la aplicación de esta nueva ley, o tal vez, los ambiciosos cambios que se están produciendo en el modelo económico cubano reclamen más adelante su modificación. A día de hoy la doctrina cubana y la academia se apresura a comentarla. Sirvan estas notas a ese objetivo.