

SUMARIO

ESTUDIOS

- Apuntes sobre el valor del asesoramiento notarial
en la previsión del sustituto vulgar 3
Lic. Gisel Cortés Arias y Lic. Luis T. Gallardo Rodríguez
- Algunas reflexiones en torno a la figura del legado.
La problemática de su entrega 19
Esp. Nahima Chikoc Barreda
- Asesoramiento legal en Cuba: antecedentes, actualidad
y perspectivas respecto a las personas jurídicas 31
Esp. Arabelle Bonet López
- Las lagunas jurídicas. Su incidencia
en la plenitud del ordenamiento jurídico 57
Lic. Deyli González Milián^y Msc. Grisel Galiano Maritan

CLÁSICOS CUBANOS

- La asociación contractual 84

COLABORACIÓN EXTRANJERA

- La relación jurídica patrimonial 101

PÁGINAS DE JURISPRUDENCIA

- Tribunal Supremo Popular 117

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- Obras generales de Derecho de obligaciones y contratos 120

APUNTES SOBRE EL VALOR DEL ASESORAMIENTO NOTARIAL EN LA PREVISIÓN DEL SUSTITUTO VULGAR¹

Lic. Gisel Cortés Arias

Lic. Luis T. Gallardo Rodríguez

“Muchas veces hay que sonsacarles su voluntad subconsciente, sobre la que ni siquiera han pensado; en otras advertirles de lo que ni siquiera subconscientemente han sospechado”.

J. B. Vallet de Goytisolo

Sumario: 1. Rol del asesoramiento del notario en las disposiciones testamentarias: especial referencia a la sustitución vulgar. 2. El asesoramiento notarial como pilar de la autorización del instrumento público notarial. 3. Autorización de escritura pública de testamento contentiva de la institución de la sustitución vulgar. Análisis de la labor asesora del notario respecto a su establecimiento. 4. La sustitución vulgar con y sin expresión de casos. 5. Sobre las tipologías que puede adoptar la sustitución vulgar en el testamento

1. Rol del asesoramiento del notario en las disposiciones testamentarias: especial referencia a la sustitución vulgar

Como ha dicho el profesor Pérez Gallardo, “el notario actúa como un buen sastre que elabora su obra a la medida del cliente, según la voluntad de éste, siempre y cuando pueda verter esa voluntad en los moldes que imponen las normas imperativas [...]. El notario como hacedor de formas, consejero, asesor técnico y, sobre todo, baluarte de la aplicación irrestricta de la ley, ejerce su profesión ofreciendo

1 Este artículo constituye un *abstract* de lo que fue en el mes de mayo de 2011 nuestro Trabajo de Diploma titulado “Estudio de la sustitución vulgar. Una visión a la luz del Derecho Sucesorio cubano”, bajo la dirección del profesor Leonardo B. Pérez Gallardo.

seguridad jurídica a las transacciones que se realizan entre los particulares...”² El notario es un artista que como cualquier otro necesita una muza para crear, la voluntad de los otorgantes erigida a través de su asesoramiento y, una obra que mostrar, la escritura pública contentiva del negocio perfecto. La riqueza social de la actividad notarial se encuentra en la relación profesional que el notario entabla con el compareciente, cuando indaga sobre su voluntad y sobre el acto o negocio que desea formalizar y, cuando le ilustra las consecuencias jurídicas de aquel. Han expresado los notarios Cuenca Anaya y De la Cruz Lagunero que “el notario con frecuencia, llega más lejos; no sólo descubre o contribuye a formar la voluntad, sino que la crea: es su voluntad asumida por el otorgante, la que se incorporará al documento”.³ La escritura pública permite al notario consagrar su ingenio, traer al mundo legal la idea del compareciente y se convierte en el orfebre del negocio jurídico e incluso, fundamenta las pautas sobre soluciones a determinados problemas jurídicos que carecen de apoyo en las normas.

Todas las personas cuando acuden a la Notaría a expresar su última voluntad, tienen la absoluta certeza sobre el destino que desean para sus bienes una vez que ocurra su óbito. Igual conocen quiénes les van a suceder y en qué proporción, pero la mayoría ignora el cúmulo de instituciones jurídicas que pueden usar en su favor. Entonces el notario, como profesional del Derecho, es quien tiene que ponerlas a su alcance. Debe acomodarlas a sus necesidades, prevenir sobre los efectos que producen y, hacer todo lo que esté en sus manos para procurar la eficacia y la ejecución del negocio jurídico testamentario contenido en la escritura pública que autoriza.

Rodríguez Adrados es de la opinión respecto a la voluntad de los otorgantes que “[...] frecuentemente es una voluntad deformada por los prejuicios y los falsos conocimientos jurídicos; es una voluntad errónea por ignorancia de hecho o de derecho; una voluntad incompleta, pues sólo se dirige a los efectos fundamentales e inmediatos; una voluntad

2 Leonardo B. Pérez Gallardo: “El notario: función de autoridad pública”, en *Ensayos de Derecho Notarial*, Gaceta Notarial, 1ra. ed., 2010, p. 27.

3 Francisco Cuenca Anaya y José Manuel de la Cruz Lagunero: “El Notariado y las perspectivas para responder a las necesidades individuales y colectivas”, en *Revista de Derecho Notarial*, año XXXII, número CXXVII, enero-marzo, 1985, p. 138.

imprevisora, al no tener en cuenta los efectos a largo plazo; ilegal, al chocar, en todo o en parte, con el ordenamiento jurídico y a veces falsa al chocar lo que creía que era su voluntad con la verdadera que le muestra el notario”.⁴ De ahí la trascendencia de que el notario escudriñe en pos de conocer las verdaderas intenciones de los testadores, de que informe, de que asesore, de que si es necesario aconseje. La labor asesora del notario en relación con la sustitución vulgar, se convierte en una actividad imprescindible, máxime al ser esta, el ángel de la guarda de la *voluntas testatoris*. ¿Conoce el testador esta figura jurídica y su funcionabilidad? ¿Domina estas tipologías que puede adoptar en el negocio jurídico testamentario y los *casus* en los que puede operar? Pues evidentemente no, a no ser que el otorgante sea versado en Derecho. Precisamente en ello radica la opulencia del asesoramiento notarial, de en primer lugar, mostrarle al testador la conveniencia de la institución de uno o varios sustitutos vulgares, para evitar a toda costa la inejecutabilidad del título sucesorio y por ende la apertura de una sucesión *ab intestato* donde tal vez, pudieren sucederle personas no gratas para él. Es su deber alertarle sobre la manera en que puede perfilarlos y todo el abanico de opciones que permiten su sucesión e incluso, cómo interactúa con las figuras afines en la dinámica sucesoria.

2. El asesoramiento notarial como pilar de la autorización del instrumento público notarial

Al decir del eminente jurista español Vallet de Goytisolo “[...] el notario actúa como piloto que, rogado por los otorgantes, les guía hasta que llega a buen puerto la disposición o el contrato por ellos queridos”.⁵ No es exagerado afirmar que el notario es el autor de la escritura pública, si bien los otorgantes, serán los titulares de los derechos y obligaciones derivados del acto o negocio jurídico que contiene aquella. ¿Cómo pueden los particulares expresar su voluntad en concor-

4 Antonio Rodríguez Adrados, *cit. pos* Juan Francisco Delgado de Miguel: “La función notarial”, en *Revista Jurídica del Notariado*, número II, extraordinaria, pp. 241-242.

5 J. B. Vallet de Goytisolo: “La función notarial”, en *Revista de Derecho Notarial*, año XXXI, número CXXIV, abril-junio, 1984, p. 317.

dancia con el ordenamiento jurídico y la amalgama de instituciones jurídicas que éste les ofrece? Es precisamente el notario de tipo latino como funcionario público y sobre todo profesional del Derecho, la figura idónea para alcanzar los aclamados principios de justicia, equidad y seguridad jurídica acorde con lo admisible en el ordenamiento jurídico.

Los comparecientes al asistir a la Notaría para instrumentar sus relaciones jurídicas, ya sea porque la ley así se los exige o porque buscan una prueba preconstituida, en la mayoría de los casos desconocen el alcance y los efectos jurídicos derivados de sus voluntades. Es entonces el notario el que tiene que desempeñar un papel activo, tiene que indagar en la voluntad de los otorgantes, adaptar sus deseos a las normas jurídicas, como el legislador adapta las realidades sociales para crear las leyes. El notario tiene el deber de inmiscuirse, de acercarse al usuario, de asesorarle sobre los medios jurídicos idóneos para el logro de los fines que se propone alcanzar. Los *supra* citados Cuenca Anaya y De la Cruz Lagunero afirman: “si el notario [...] es un artista, necesita una materia que modelar, la voluntad, a la que dará forma creando su obra de arte, el documento. [...] Conocer esa voluntad, descubrirla, y con frecuencia también, saber crearla, constituye presupuesto inexcusable de la función del notario”.⁶ No podemos atribuir al notario la autoría del documento público, solo basados en que es él quien, observando las formalidades establecidas en la Ley, lo redacta o porque el *dictum*, compuesto por las menciones auténticas, forma parte inseparable del instrumento, sino también, porque el notario es el que moldea el *actum* cuando interviene en esta fase, el que le da vida jurídica y lo diseña para las partes.

El asesoramiento es reconocido en la mayoría de las legislaciones notariales. Un grupo de ellas lo regulan dentro de las funciones, obligaciones o deberes del notario, indistintamente. Tal es el caso del Código Notarial de Costa Rica, que en su artículo 6, donde se refiere a los deberes del notario preceptúa que estos: “*Deben asesorar debidamente a quienes les soliciten los servicios para la correcta formación y expresión legal de su voluntad en los actos jurídicos que realicen*”. Esta norma, además, reconoce al asesoramiento como una de las fun-

6 Francisco Cuenca Anaya y José Manuel De la Cruz Lagunero: “El Notariado y las perspectivas para responder a las necesidades individuales y colectivas”, en *Revista de Derecho Notarial*, año XXXII, número CXXVII, enero-marzo, 1985, p. 137.

ciones de este funcionario y, de ese modo lo establece en su artículo 34, inciso f). De manera similar la Ley Orgánica Notarial de Argentina lo enfoca desde tres aristas, como función en el artículo 20, inciso a); como actividad en el artículo 22, inciso a) y como deber en el artículo 29, inciso d). En el Reglamento de la Ley del Notariado de España, por su parte, en el artículo 1, se regula que los notarios *“como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su Ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar”*. Adepto de este sistema lo es también el Estatuto del Notariado de Colombia, que prescribe en su artículo número 7 que dentro de las funciones del notario, está la de asesorar. En la Ley de las Notarías Estatales de nuestro país se plantea que el asesoramiento es una función y una obligación del notario, cuando en su artículo 10, inciso II), regula *“El Notario tiene las funciones y obligaciones siguientes: Asesorar a las personas naturales o jurídicas que requieran sus servicios a quienes instruye sobre sus derechos y los medios jurídicos para el logro de sus fines, esclarece las dudas y advierte del alcance jurídico de las manifestaciones que formulen en el documento notarial de que se trate”*.

Otro grupo de legislaciones se refieren al asesoramiento de manera implícita al regular lo relacionado con las formalidades del instrumento público. Así lo hace la propia Ley Orgánica Notarial de Argentina, cuando prescribe sobre la formación del documento público en su artículo 60; de igual manera la Ley del Notariado de Perú, en su artículo número 54, inciso h); el Reglamento de la Ley del Notariado de España en su artículo 147 y la Ley Notarial de Ecuador en sus artículos 27 y 28.

Para Romero Herrero⁷ el asesoramiento notarial está conformado por tres etapas esenciales, las cuales el notario deberá cumplir cabalmente para que se pueda configurar esta importante función, ya que una depende inexcusablemente de la anterior. Para distinguir estos tres niveles lo haremos basados en las ideas desarrolladas por este autor, quien a su vez se sustenta en los fundamentos de López Burniol. La primera fase es la de **información**, mediante la cual el notario

7 Honorio Romero Herrero: “La deontología notarial en relación con los clientes, en relación con los compañeros y en relación con el Estado”, en *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo, 1999, p. 117.

deberá instruir a las partes sobre el alcance y los efectos jurídicos que produce el acto o negocio que pretenden realizar, para que a partir de aquí, puedan ir conformando adecuadamente su voluntad y conocer si se mantienen con la que tenían al inicio o si deben remplazarla en correspondencia con el aviso realizado. Esta primera etapa posee una gran trascendencia, responde al momento de la audiencia previa que debe sustentar el notario con los otorgantes antes de autorizar el documento y, en la cual conocerá sus intenciones, las subsumirá en el supuesto de hecho de la norma, alertará sobre sus consecuencias y podrá determinar la legalidad o no del acto jurídico, lo cual finalmente desencadenará en la autorización del instrumento o en la abstención de hacerlo. Delgado de Miguel en relación con este nivel plantea que “[...] no sólo afecta al conjunto de las disposiciones y cláusulas que afecten al contenido del documento, sino también a los efectos jurídicos del mismo y, por supuesto a todos aquellos datos en relación con los antecedentes del acto o negocio [...]”.⁸

La segunda fase es la relativa al **asesoramiento** entendido en sentido estricto y, que responde a la obligación del notario de prestar de oficio asistencia a aquella parte que se encuentre en una posición más débil respecto a la otra, que puede tener conocimientos del Derecho e incluso asesoramiento jurídico propio, generalmente otorgado por un abogado. A partir de este momento el notario eleva a su máxima expresión su función social y pone en alto los principios de justicia y equidad. El tercer y último nivel es el de **consejo**, que tiene una esencia mucho más profunda y donde el notario debe desempeñar un papel más dinámico, puesto que en este momento pasa de ser simple previsor para convertirse en un interventor de la configuración del negocio, lo cual podrá hacer no solo cuando así le sea solicitado por las partes⁹ sino, cuando su razón le indique que debe hacerlo.

Este mismo autor ha apuntado que “el asesoramiento supone poner en conocimiento del ciudadano que demanda la intervención notarial los cauces jurídicos adecuados para el cumplimiento de los fines que se propone conseguir, para que los actos o negocios que pretende for-

8 Juan Francisco Delgado de Miguel: “La función notarial”, en *Revista Jurídica del Notariado*, número II, extraordinaria, p. 245.

9 Romero Herrero considera que el consejo notarial solo se brinda cuando es solicitado por los otorgantes.

malizar produzcan los efectos jurídicos deseados”.¹⁰ Es de este modo que podemos precisar que el asesoramiento en sentido lato constituye un deber ineludible del notario, una actividad que está intrínseca en sus funciones como funcionario público y como profesional del Derecho, una misión que tiene encomendada por la confianza que es depositada en él por la sociedad. Como antes anotábamos el notario tiene que intimar con los otorgantes, tiene que actuar como psicólogo jurídico que busca conformar adecuadamente la relación jurídica que aquellos pretenden perfilar. Su intervención en la autorización de una escritura pública no puede limitarse a plasmar en el documento lo dicho por las partes, su obra tiene que ser mayor, su sentido y sus conocimientos deben quedar recogidos en aquel, debe sentir como suyo el negocio que se formaliza. Dice el profesor Vallet de Goytisolo que “en el *actum* tenemos una función de consejo, de adecuación de lo empírico a lo jurídico...”.¹¹ Para este mismo autor¹² el notario en el *actum* posee dos importantes funciones, la primera, de *respondere*, debiendo resolver las dudas de los otorgantes y asesorarles sobre el camino más adecuado para el logro de sus fines y la segunda, de *cavere*, para prevenir, asegurando el tránsito feliz por ese camino.

3. Autorización de escritura pública de testamento contentiva de la institución de la sustitución vulgar. Análisis de la labor asesora del notario respecto a su establecimiento

Después de haber analizado los aspectos generales relacionados con el asesoramiento notarial y por qué constituye un pilar fundamental en la actividad del notario, así como la regulación que al respecto hacen algunas leyes notariales, nos incumbe en este momento perfilar el fenómeno desde una arista más específica. ¿Qué valor tiene el

10 Honorio Romero Herrero: “La deontología notarial en relación con los clientes, en relación con los compañeros y en relación con el Estado”, en *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo, 1999, p. 115.

11 J. B. Vallet de Goytisolo: “La función notarial”, en *Revista de Derecho Notarial*, año XXXI, número CXXIV, abril-junio, 1984, p. 314.

12 *Ídem*, p. 317.

asesoramiento notarial para el otorgamiento de una escritura pública, que contenga a su vez sustituto vulgar? ¿Por qué se hace necesario que el notario ilustre al testador sobre las ventajas de la sustitución ordinaria para la sucesión testamentaria? ¿Qué cuestiones no deben ser olvidadas en cuanto a su configuración?

Ha dicho Carnelutti que: “Para hacerse cargo del valor de sus consejos no hay un ejemplo más convincente que el del testamento. [...] Un juicio que sirve para regular la vida de los otros después de la muerte de quien la pronuncia, o sea cuando no hay lugar a reconocer el error. El que lo emite debería tener entre sus manos una balanza de precisión. El notario, que está a su lado, es esta balanza”.¹³ Por su parte el ya mencionado notario Romero Herrero es de la opinión de que “en materia de testamentos debemos resaltar la complejidad del asesoramiento notarial. [...] Generalmente, si el notario no interviene de forma responsable, no aparecerá toda la riqueza posible de cláusulas y previsiones que el testador hubiese acreditado, al menos de habersele explicado su posibilidad. [...] el notario debe esforzarse en entrar en el fondo de la cuestión para evitar, en lo posible, patentes injusticias derivadas de maliciosas influencias”.¹⁴ Como puede apreciarse, en la autorización de una escritura pública de testamento, la labor asesora alcanza para el notario, un valor aún más preponderante. Valía que irá en ascenso cuando este contenga en sus cláusulas una sustitución vulgar. Está claro que la voluntad del causante es la ley de la sucesión una vez que ha acaecido su deceso, pero esta es formada desde mucho antes, cuando aún contaba con ese preciado tesoro que es la vida. La ley se conforma, como ya analizamos, en manos del notario que como un arquitecto la configura.

Es la sustitución vulgar la herramienta idónea para llevar a cauces insospechados esa *voluntas testatoris*, para extenderla hasta después de la muerte al máximo de su esplendor. Es el notario quien tiene que mostrarle a los otorgantes las ventajas de su utilización y, las consecuencias que traería consigo para el título sucesorio testamentario el que algún sucesor no quisiera o no pudiese suceder. De qué manera

13 Francesco Carnelutti *cit. pos* J. B. Vallet de Goytisolo: *Metodología de la determinación del Derecho*, tomo II, Parte Sistemática, Editorial del Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1996, p. 1099.

14 Honorio Romero Herrero: *Ob. cit.*, p. 119.

podrían saber los testadores sobre los efectos de esta institución jurídica o cómo pueden usarla al servicio de sus intereses. En ello consiste el asesoramiento notarial, en formar parte del negocio jurídico testamentario. Como han expresado los autores Madrಿದೆjos Sarasola, De la Esperanza Martínez-Radio y Simo Santoja, “aquí debemos insistir desde un punto de vista sociológico en la importancia que tiene la actuación notarial en la redacción del testamento, según las instrucciones recibidas del testador, que confía plenamente en él, al tiempo de concretar los temas de institución de heredero, legados, legítimas y mejoras, condiciones, sustituciones, usufructos y ejecuciones testamentarias”.¹⁵ No podemos olvidar las dimensiones social y axiológica del Derecho, las cuales en manos del notario pueden realizarse vertiginosamente. Quién mejor que este para desarrollarlas, que constantemente debe indagar, interpretar y dar forma jurídica a la voluntad de los otorgantes, que inicialmente se muestra como un conjunto de supuestos fácticos aislados que este deberá aunar y conformar; en ello radica precisamente la praxis notarial, el *ars notariae*.

Volviendo sobre la labor asesora del notario en materia de sustitución vulgar, doloroso pero cierto, resulta el hecho de que de un total de 250 testamentos¹⁶ revisados al azar en el Archivo Provincial de Protocolos Notariales de La Habana, de los años 1986 al 2008, indistintamente y de diferentes notarios, solo 11 contuvieron sustituto vulgar, lo que representa un efímero 4,4% del total y teniendo en cuenta que un grupo de los notarios encuestados, con gran simplicidad, invoquen que es la sustitución vulgar una institución *más o menos* necesaria en la sucesión testamentaria o, peor aún que ni tan siquiera lo es. O que a pesar de que nuestro Código Civil regula tan parcamente esta figura a la que solo dedica un artículo, otros plantean que para ellos es óptima la regulación de esta institución por nuestra legislación civil.¹⁷ Datos como estos reafirman nuestros criterios. Cómo no puede ser

15 José Madrಿದೆjos Sarasola, Antonio de la Esperanza Martínez-Radio y Vicente L. Simo Santoja: “Características del Notariado en el Mundo de Hoy”, en *Revista de Derecho Notarial*, número CXXIV, abril-junio, 1984, p. 175.

16 Referencia que es solo ilustrativa, porque evidentemente esta cifra para nada es demostrativa de la cantidad de testamentos otorgados en este período.

17 *Vid.* Gisel Cortés Arias y Luis T. Gallardo Rodríguez: Estudio de la sustitución vulgar. Una visión a la luz del Derecho Sucesorio cubano, Trabajo de Diploma dirigido por L. B. Pérez Gallardo (inédito), La Habana, 2011, Anexo, pp. 132-140.

necesaria la sustitución vulgar en materia testamentaria, si es ella el ángel de la guarda del negocio jurídico testamentario. Cómo evitar la inejecutabilidad del título sucesorio ante la falta de todos los sucesores instituidos *primu gradu*. Cómo otorgar perdurabilidad a la voluntad del testador. Cómo prevenir la apertura de una sucesión intestada. Su hacedero es la sustitución vulgar.

En suma, podemos concluir que el asesoramiento notarial en materia de sustitución vulgar llega a ser en la mayoría de los casos su fuente generadora, al desconocer los testadores su existencia y los efectos que produce. No podemos olvidar que el notario es un operador del Derecho y que como tal debe responder, aun cuando la regulación sobre determinadas figuras jurídicas sea insuficiente, este debe contribuir con su actuar a la realización del Derecho, al desarrollo de su *deber ser*. Como han expresado los notarios Madrideojos Sarasola, De la Esperanza Martínez-Radio y Simo Santoja: “Esta labor creadora es una clara contribución del Notariado a la solución de los problemas constantemente renovados que origina la evolución social y, por tanto, una muestra de la adaptación a la sociedad de cada momento”.¹⁸

4. La sustitución vulgar con y sin expresión de casos

Después de haber ahondado¹⁹ sobre los distintos supuestos en que puede operar la sustitución vulgar desde la perspectiva que ofrece la regulación que de estos se haga en cada ordenamiento jurídico, nos corresponde entonces enlazar este análisis a su implementación en el testamento que, puede ser con o sin expresión de casos según el diseño que adopte el «jurisperito» en razón de la *voluntas testatoris*. Concisamente a ello dedicaremos estas notas.

La Dirección General de Registros y Notarías de España, en la Resolución 304 de 18 de diciembre de 2008 ha manifestado que la susti-

18 José Madrideojos Sarasola, Antonio de la Esperanza Martínez-Radio y Vicente L. Simo Santoja: Ob. cit., p. 148.

19 *Vid.* Gisel Cortés Arias y Luis T. Gallardo Rodríguez: Ob. cit., pp. 34-53. En este epígrafe del Capítulo I defendemos la posibilidad que existe al amparo del artículo 482 del Código Civil cubano, de admitir otras causales distintas a la premuerte, incapacidad y renuncia.

tución vulgar sin expresión de casos comprende los de renuncia, premuerte e incapacidad para suceder. Por su parte Puig Brutau expresó que “la sustitución dispuesta sin expresión de casos comprenderá todos aquellos en que el heredero no llegue a serlo, tanto si es por no querer como por no poder”.²⁰ La profesora Marrero Xenes²¹ tiene la misma opinión al respecto. Así está previsto además en el Código Civil español en el artículo 774, segundo párrafo: “*La sustitución simple, y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario*”. Con similares términos lo regulan los códigos civiles de Argentina y Uruguay en los artículos 3725 y 859, respectivamente. Desafortunadamente el Código Civil cubano carece de un precepto al estilo de los anteriores para este supuesto. Sin embargo, la sustitución vulgar sin expresión de casos no ofrece dificultad alguna, siempre se interpreta de manera favorable, pues se comprenden todos los supuestos admisibles según el tipo de regulación que en materia de *casus* contenga cada código, no existe motivo para considerar un criterio diferente.

La situación cambia de color cuando ocurre todo lo contrario y, el testador limitó el susodicho instituto a una circunstancia específica. *Verbi gratia*, quedaría redactado en el testamento así: “**CUARTA:** Si Quintus «premuere» a mi fallecimiento, que en su lugar me suceda Ticio [...]”. El supuesto de la sustitución vulgar con expresión de casos, indica que se ha previsto en el testamento aquellos *casus* en que el testador dispone que debe suceder el sustituto, que pueden ser algunos o todos los admisibles. ¿Cómo se debe interpretar este tipo de cláusula? En relación con esto se han manejado dos criterios. Uno que considera que en la sustitución vulgar con expresión de casos, siempre que el testador no disponga lo contrario, debe interpretarse que se admiten todos los supuestos que reconozca la ley y, el otro *a contrario sensu*, plantea que la voluntad del testador es clara y no ofrece dudas, por lo que solo debe operar la sustitución si se produce el caso previsto. Sostienen la primera posición abanderados con el aforismo

20 José Puig Brutau: *Fundamentos del Derecho Civil*, tomo V, volumen II, segunda edición, Barcelona, Editorial Bosch, 1977, p. 520.

21 Minerva Marrero Xenes: “Institución de heredero y de legatario. Sustituciones hereditarias”, en *Derecho de Sucesiones*, tomo II, coordinado por Leonardo B. Pérez Gallardo, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, p. 21.

romano de que *casus impotentiae in se complectitur et casus voluntatis et invicem*, los códigos civiles²² de Argentina en el artículo 3725 que preceptúa: “*La sustitución simple y sin expresión de casos comprende los dos: el caso en que el heredero instituido no quiera aceptar la herencia, y el caso en que no pudiera hacerlo. La sustitución para uno de los dos casos comprende también al otro*” y, de Ecuador en el artículo 1206 que establece: “*La sustitución que se hiciere expresamente para algunos de los casos en que pueda faltar el asignatario, se entenderá hecha para cualquiera de los otros en que llegare a faltar; salvo que el testador haya expresado voluntad contraria*”. Por su parte Ruggiero²³ al establecer las reglas aplicables a la sustitución vulgar, en la primera de ellas especifica que cuando el testador instituya sustituto vulgar solo para uno de los dos casos, no querer o no poder, debe entenderse que se aplica el otro, siempre y cuando no manifieste voluntad en contrario. Como detractor de este criterio Puig Brutau²⁴ manifiesta que hay que respetar la voluntad del testador que es la ley de la sucesión y que una interpretación contraria sería forzar la analogía. El maestro español se apoya en la Sentencia de 28 de diciembre de 1956 del Tribunal Supremo español, donde se refiere esta resolución judicial a los inconvenientes de que el testador solamente establezca un caso, que sin dudas, será el único al que atenerse para que opere la sustitución vulgar.

Por nuestra parte, consideramos que la sustitución vulgar *per se*, es contradictoria con la expresión de casos, ya que su fin es precisamente prever todas las circunstancias en que se pueda desatar una sucesión intestada y evitarla. Empero, si imprescindible resulta el asesoramiento notarial para instituir un sustituto, indispensable es el *cavere* y el consejo del notario, para que la figura logre su fin sin otra limitación que la que le pueda imponer la ley. Somos del criterio de que si el testador ha dispuesto que la sustitución opera para el acaecimiento de un caso determinado, no hay lógica que permita extenderla a los demás. Es fatídico, sin embargo es su voluntad y nada lo prohíbe.

22 También lo tienen previsto de manera similar los códigos civiles de Nicaragua en el artículo 1192, de Venezuela en el artículo 960, de Uruguay en el artículo 859, de Honduras en el artículo 1140, de El Salvador en el artículo 1134, de Bolivia en el artículo 1168 segundo párrafo y de Cataluña en el artículo 425.2.

23 Roberto De Ruggiero: *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II, Editorial Reus, Madrid, p. 1162.

24 José Puig Brutau: Ob. cit., p. 518.

Además, para algo está el notario. Si hay un negocio donde el notario interviene por excelencia en el *actum*, ese es el testamento notarial, no se evidencia en otro como en éste, tan claramente, la función social del notario.

En lo que pudimos apreciar del referido trabajo de campo en el Archivo Provincial de Protocolos Notariales de La Habana, en los escasos testamentos que contenían sustitución vulgar, todos estaban previstos para casos específicos. En definitiva es la voluntad del testador la que se refleja en el *dictum*, sin embargo, ¿habrá este recibido un adecuado asesoramiento? ¿Fue advertido de que el sustituto solo sucederá según lo dispuesto? Solo él lo sabe con certeza. Empero, la escritura pública puede ser un espejo de la realidad de esos instantes. Para nosotros, aunque quizás no muchos concuerden, no tiene sentido reducir soberanamente el catálogo de supuestos en que sucederá el sustituto, si en definitiva lo que se prevé es un heredero suplente para cuando el *primo gradu* no llegue a serlo. El testador está tratando de evitar la apertura de una sucesión intestada y que herederos no deseados le sucedan y, el hecho de reducir la sustitución a determinados casos, contrario a lo querido, está facilitando este tipo de sucesión. En ello el notario carga un peso considerable de responsabilidad.

5. Sobre las tipologías que puede adoptar la sustitución vulgar en el testamento

A priori ahondamos en los aspectos generales relacionados con el asesoramiento notarial, su dimensión particular en torno al negocio jurídico testamentario y el establecimiento de la sustitución vulgar y, cómo influye esta trascendente labor a la hora de implementar los casos en que opera esta figura. Nos resta abordar lo concerniente a la influencia del notario en la configuración de la tipología que adoptará la sustitución vulgar. ¿Podría conocer el testador cada una de estas tipologías y las consecuencias de su implementación? Creemos que no, nuevamente el papel protagónico debe ser interpretado por el notario. Evidentemente, como ya hemos archimencionado, el testador arribará a la Notaría con una idea vaga de lo que quiere hacer, con una voluntad deformada en esencia, por el desconocimiento jurídico.

Voluntad que el notario deberá indagar, interpretar, asegurarse de que esté libre de vicios, conformarla adaptándola a las normas jurídicas y finalmente construir, la que se plasmará en el documento público.

El asesoramiento notarial en este sentido se hace imprescindible, aún más en nuestro contexto donde en esta sede son mortales las lagunas de la ley. Si el testador quiere instituir varios sustitutos vulgares tendrá el notario que explicarle, que puede querer que estos sucedan de manera conjunta (sustitución vulgar múltiple conjunta) y en proporciones iguales o desiguales y que de no especificar se tendrá en cuenta la primera opción o, uno en defecto del otro (sustitución vulgar múltiple sucesiva), agregando que en este caso cada sustituto se considera heredero no solo del que le antecede, sino del sucesor *primu gradu* y, que por ende las consecuencias serían diferentes, en el primer supuesto sucederían todos los sustitutos y en el segundo, uno en defecto del otro. Si de lo contrario quiere un solo sustituto para varios instituidos, el asesoramiento deberá ser más agudo. En este supuesto el notario deberá explicar al otorgante que puede querer el sustituto para que acuda ante la falta de cualquiera de los instituidos en primer orden, o solo que acuda cuando faltaren todos, debiendo advertir en este caso, que si faltare solo alguno y estuvieren establecidos sin especial designación de partes, operaría el acrecimiento sucesorio y sino, sobre esa porción vacante o disponible deberá abrirse la sucesión intestada. Incluso tendrá que referirle el notario al testador la posibilidad que tiene de sustituir recíprocamente a los sucesores establecidos. ¿De qué manera podrá conocer estas cuestiones el testador sin poseer conocimientos jurídicos? Todas ellas claras para los operadores del Derecho, empero devienen en un verdadero quebradero de cabezas para el usuario, que desconoce de qué modo puede ponerlas al servicio de sus intereses, conocimiento que deberá precisamente crear el notario a través de la labor asesora. Sería imperdonable que por no informar adecuadamente al testador sobre la utilización de determinada tipología de la sustitución vulgar y sus consecuencias en el orden práctico, se pusieran de manifiesto situaciones no queridas por el testador. Instituir sustituto vulgar no deviene en tarea sencilla, aunque su *nomen iuris* indique lo contrario, no basta con explicar las ventajas de este instituto sucesorio, sino que será necesario asesorar en lo relativo a los *casus* en que puede operar y en la manera en que se instituirá.

Bibliografía

Fuentes doctrinales

- CORTÉS ARIAS, GISEL Y LUIS T. GALLARDO RODRÍGUEZ: Estudio de la sustitución vulgar. Una visión a la luz del Derecho Sucesorio cubano, Trabajo de Diploma dirigido por L. B. Pérez Gallardo (inédito), La Habana, 2011.
- CUENCA ANAYA, FRANCISCO Y JOSÉ MANUEL DE LA CRUZ LAGUNERO: “El Notariado y las perspectivas para responder a las necesidades individuales y colectivas”, en *Revista de Derecho Notarial*, año XXXII, número CXXVII, enero-marzo, 1985.
- DE RUGGIERO, ROBERTO: *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II, Editorial Reus, Madrid, 1931.
- Diccionario Ilustrado Aristos de la Lengua Española, Editorial Científico-Técnica, Ciudad de La Habana, 1985.
- DELGADO DE MIGUEL, JUAN FRANCISCO: “La función notarial”, en *Revista Jurídica del Notariado*, número II, extraordinaria.
- MADRIDEJOS SARASOLA, JOSÉ; ANTONIO DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO Y VICENTE L. SIMO SANTOJA: “Características del Notariado en el Mundo de Hoy”, en *Revista de Derecho Notarial*, número CXXIV, abril-junio, 1984.
- MARRERO XENES, MINERVA: “Institución de heredero y de legatario. Sustituciones hereditarias”, en *Derecho de Sucesiones*, tomo II, coordinado por Leonardo B. Pérez Gallardo, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.
- PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B.: “El notario: función de autoridad pública”, en *Ensayos de Derecho Notarial*, Gaceta Notarial, 1ra. edición, 2010.
- PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Fundamentos del Derecho Civil*, tomo V, volumen II, Editorial Bosch, segunda edición, Barcelona, 1977.
- ROMERO HERRERO, HONORIO: “La deontología notarial en relación con los clientes, en relación con los compañeros y en relación con el Estado”, en *Revista jurídica del Notariado*, enero-marzo, 1999.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Metodología de la determinación del Derecho*, tomo II, Parte Sistemática, Editorial del Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1996.

_____ : “La función notarial”, en *Revista de Derecho Notarial*, número CXXIV, abril-junio, 1984.

Fuentes Legales

CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CUBA, Ley No. 59/1987 de 16 de julio, vigente desde el 13 de abril de 1988, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.

CÓDIGO NOTARIAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA, Ley No. 7764/1998 de 17 de abril, preparado por Herman Mora Vargas y Jaime Weisleder Weisleder, Editorial Investigaciones Jurídicas, 1999.

DICTAMEN NO. 4 DE 2008, de la Dirección de Notarías y Registros Civiles del Ministerio de Justicia de la República de Cuba.

ESTATUTO DEL NOTARIADO DE COLOMBIA, Decreto No. 960/1970 de 20 de junio.

LEY DE LAS NOTARÍAS ESTATALES DE LA REPÚBLICA DE CUBA, Ley No. 50 de 28 de diciembre de 1984, editada por el Ministerio de Justicia, mayo de 1986.

LEY DEL NOTARIADO DE LA REPÚBLICA DE PERÚ, Decreto-Ley No. 26002/1992 de 26 de diciembre, en Legislación notarial peruana, 2da. edición, corregida y aumentada, Colegio de Notarios de Lima, Lima 1999.

LEY NOTARIAL DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR (versión digital).

LEY ORGÁNICA NOTARIAL DE LA REPÚBLICA DE ARGENTINA, Ley No. 404 (1), de 15 de junio de 2000, Legislatura de la ciudad autónoma de Buenos Aires, Legislación No. 3023, en <http://www.colegio-escribanos.org.ar/>, consultado el 20 de noviembre de 2010.

REGLAMENTO DE LA LEY DE LAS NOTARÍAS ESTATALES DE LA REPÚBLICA DE CUBA, Resolución No. 70 de 9 de junio de 1992, del Ministerio de Justicia.

REGLAMENTO DE LA ORGANIZACIÓN Y RÉGIMEN DEL NOTARIADO DEL REINO DE ESPAÑA, Decreto de 2 de junio de 1944, en base de datos El Derecho, Editores, Legislación 1, actualizado con la última reforma realizada por Real Decreto No. 862 de 4 de julio de 2003.

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA FIGURA DEL LEGADO. LA PROBLEMÁTICA DE SU ENTREGA

Esp. Nahima Chikoc Barreda

1. Introducción a la figura del legado

Este artículo pretende presentar la figura del legado de forma dinámica, relacionándola con la obligación de su entrega. Teniendo en cuenta esa finalidad se hace necesario destacar la labor asesora del notario en la autorización de los testamentos, con vistas a la posterior ejecución testamentaria; determinar la naturaleza y fundamentación del precepto 501.1 del Código Civil cubano; valorar la naturaleza y la trascendencia jurídica de la escritura de Entrega de Legado según la clasificación del bien, si es mueble o inmueble; analizar la jurisprudencia en torno al tema; interpretar el alcance y correlación de las normas jurídicas 498 y 501.1 del Código Civil cubano. Vamos a repasar entonces algunos conceptos que nos permiten abrir las puertas al tema objeto de esta primera investigación.

Los legados constituyen disposiciones de última voluntad, en cuya virtud el disponente ordena expresamente la creación, modificación o extinción de una relación jurídica con el correspondiente derecho subjetivo para el legatario.¹

De manera expresa no define el Código Civil aquello que puede ser objeto de legado. El artículo 468.2 establece que el legatario solo sucede en determinados bienes o derechos, pero no en las obligaciones; lo que viene posteriormente reafirmado por el 496.1 y 2 del propio cuerpo legal.

En nuestro ordenamiento jurídico, siguiendo el sistema romano, los legados pueden tener multiplicidad de clasificaciones atendiendo en todo caso, a los que van dirigidos a atribuirle al legatario un derecho real sobre un bien de la herencia (el derecho domínico), y aquellos

1 Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: Instituciones de Derecho Civil, Vol II, segunda edición, Tecnos, Madrid, 1995, p. 679.

cuya finalidad resulta la concesión de un mero derecho de crédito contra el heredero, como así lo prevé el artículo 496.2 del ordenamiento sustantivo. En concordancia con ello, los legados pueden ser, entre otras denominaciones realizadas por la doctrina: legados de cosa cierta del testador y legados de crédito o liberación.

A los fines de este trabajo, centraremos la atención en el legado de cosa específica y determinada propia del testador, y en la entrega como requisito que legitima la adquisición del bien por parte del legatario.

2. El legado de cosa específica y determinada del testador. Su adquisición por el legatario

Este es la disposición a título de legado más frecuente. El testador al disponer sobre un bien integrante de su patrimonio, lo excluye de la masa hereditaria.²

Una vez acaecido el deceso del disponente, el legatario adquiere el dominio sobre la cosa legada, transmitiendo *ipso facto* a sus causahabientes su derecho al legado, al considerarse un bien que ya ha ingresado en su haber patrimonial. De lo que se trata por tanto, es de una adquisición *ope legis* como lo preceptúa nuestro Código Civil en el artículo 498. El tema puede ser ilustrado con una sentencia del Tribunal Supremo Popular³ que nos permite vislumbrar con exactitud el alcance de la norma.

- 2 “[...] aún y cuando los bienes dejados en legado forman parte del patrimonio del testador, estos por Ley son excluidos de la masa sujeta a partición entre los herederos, ya que en todo caso el legado es un acto de liberalidad *mortis causa*, por el que el testador hace donación en su testamento de una cosa determinada a favor de una o varias personas, por tanto se trata de un acto de disposición de esa índole a título singular, centrándose la diferencia entre legatario y heredero en el hecho de que el heredero es sucesor en la universalidad de relaciones jurídicas del fallecido, mientras que el legatario lo es en bienes o derechos determinados; en resumen, el legado es la liberalidad *mortis causa* que no es herencia [...]”. Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia No. 214 de 31 de marzo de 2006. Segundo Considerando. Ponente Acosta Ricart, citado por Leonardo B. Pérez Gallardo, Código Civil de la República de Cuba, Ley 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado) ONBC, La Habana, 2007.
- 3 “[...] tratándose de un bien mueble recibido mediante sucesión testamentaria por vía de legado, su adquisición se produce *ipso facto* ocurrida la muerte del testador, que en el caso acaeció el día veinte de abril de mil novecientos noventa y tres, no

A diferencia de los restantes bienes y derechos que componen la herencia, la cual necesita ser aceptada para que opere la adquisición a favor de los herederos, el legatario no necesita de tal condición para arroparse como adquirente de la cosa, sin menoscabo del derecho que le asiste a repudiar dicho acto de liberalidad de naturaleza *mortis causa* a tenor del precepto 504 del texto legal de referencia.

3. La problemática de la entrega del legado

3.1 La ejecución del testamento. La institución del albacea

La libertad del testador siguiendo el principio de autonomía de la voluntad, se puede extender más allá de la determinación de sus sucesores, previendo además la ejecución adecuada de su testamento.

Los notarios públicos, en virtud de su función asesora, prevista en el artículo 10. II) de la Ley de las Notarías Estatales están llamados a instruir a las personas que solicitan sus servicios, agotando todas las vías y soluciones posibles para el logro de sus fines.

Es el fedatario público, como profesional del Derecho y titular de vastos conocimientos jurídicos quien debe orientar al testador sobre la pertinencia de prever figuras tales como la sustitución hereditaria o el nombramiento de albaceas, las cuales si bien no son necesarias ni determinantes para la eficacia de la disposición testamentaria, gozan de una marcada utilidad práctica. En la práctica puede darse el supuesto (y de hecho ocurre), en primer lugar, que el testamento no contenga institución de herederos por haber el testador distribuido toda la heren-

habiéndose producido la renuncia expresa del legatario instituido en el terminante plazo que la ley establece, por lo que adquirió su dominio con independencia que no concurriera ante la institución registral correspondiente [...] y por tanto al abandonar definitivamente el territorio nacional en fecha primero de septiembre de mil novecientos noventa y siete, resultaba obligatorio proceder a su confiscación según lo establecido en la Ley número novecientos ochenta y nueve de cinco de diciembre de mil novecientos sesenta y uno [...].” Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia No. 383 de 13 de junio del 2006. Segundo Considerando de la primera sentencia. Ponente González García, citado en op. cit.

cia en legados, como lo prevé el precepto 499 del Código Civil cubano, en cuyo caso faltaría la persona legitimada para ello, en segundo término puede ser, que no obstante existir herederos, estos no puedan cumplir lo dispuesto por el testador por encontrarse ausentes, o que exista el peligro de que los instituidos herederos antepongan su propio interés a la verdadera voluntad del causante, interpretándola para su exclusivo provecho. A ello hay que añadir la posibilidad de existencia de discordias entre los herederos en el momento de la ejecución de la sucesión, lo que conduciría a una ejecución, liquidación y partición de naturaleza contenciosa, con las consecuencias económicas y de tiempo que ello representa para los interesados.⁴

La ejecución del testamento, en virtud de la disposición 505.1 de la norma sustantiva resulta una función, y una obligación atribuida *prima facie* a los herederos del causante, si este no designó a una persona determinada para la ejecución de sus disposiciones testamentarias, situación que resulta bastante reiterada en nuestra práctica jurídica, como ya hemos comentado en el párrafo precedente. En caso contrario, corresponderá al albacea instituido tal función ejecutiva.

El alto órgano judicial se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la función y esencia del albaceazgo.⁵

4 Daimar Cánovas González: “Ejecución de ultimas voluntades” en, *Derecho de Sucesiones*, tomo II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 522.

5 “[...] el albacea nombrado por disposición unilateral de última voluntad, tiene como función primordial ejecutar las disposiciones contenidas en el instrumento, para cuya finalidad tiene la facultad de la Administración del caudal relicto, no obstante a ello, no resultad [sic] el albacea titular de ningún derecho real en patrimonio ajeno, pues no adquiere un derecho subjetivo, sino que, tan solo queda autorizado, a la vez que legalmente obligado, a desarrollar sobre la herencia, cierta actividad de gestión, y disposición [...]”. Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia No. 877 de 29 de diciembre de 2000. Primer Considerando de la primera sentencia. Ponente Acosta Ricart, ídem.

“[...] se acusan infringidos los artículos quinientos cinco y quinientos seis en relación con el sesenta y siete incisos ch y d, todos del Código Civil (lo cual) debe prosperar, habida cuenta que A.M.B.C., en su condición de heredera testamentaria de J.F.L.C., se adjudicó mediante escritura notarial la vivienda propiedad del causante, desentendiéndose tanto ella como el fedatario de llamar a los restantes coherederos instituidos, y al Albacea designado, razones que vician de nulidad la citada adjudicación, así como la que se deriva de ella realizada por la heredera de A.M.B.C. [...]”. Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia No. 340 de 30 de mayo de 2002. Único Considerando de la primera sentencia,

La designación del albacea puede estar diseñada al libre arbitrio del testador, debido al carácter dispositivo de las normas que regulan esta figura. En tal sentido, dicha institución puede estar sujeta a término o condición, haberse previsto expresamente la sustitución en el cargo, o autorizar al albacea la delegación de su cargo a otro.

El albacea puede ser universal o particular. El que es *universal* es aquel que al aceptar el cargo viene obligado al cumplimiento de la totalidad de las disposiciones de última voluntad del causante. El albacea *particular* es el que cumple una misión específica acorde con la voluntad del testador, referente a bienes determinados, como pudiera ser la entrega de un bien legado. Si la manifestación de voluntad del testador resulta omisa en cuanto a las facultades concedidas al albacea, habrá que atribuirle las recogidas en el artículo 506.2 del *Código Civil*; que resulta de aplicación supletoria.⁶

3.2. El fundamento de la prohibición de que el legatario ocupe por sí el bien legado

Disimiles polémicas ha suscitado la aplicación de la disposición contenida en el receto 501.1 de la normativa civil, al prohibirle al legatario que ocupe por sí la cosa legada, debiendo exigirle su entrega

reproducido luego en el Único Considerando de la segunda sentencia. Ponente C. Hernández Pérez, *Ibidem*.

- 6 “[...] ahora bien, visto las particularidades del caso, en el que la testadora no consigna función específica, le viene a aquel impuesta (al albacea), las que aparecen en el apartado dos del artículo quinientos seis del Código Civil, habiéndosele además concedido por la misma para cumplir su función, el término necesario para su desempeño resulta evidente el grave incumplimiento del designado, perjudicando los intereses de las otras colegatarias del mismo instrumento, del que resultó también beneficiado con un legado, pues no satisfizo de inmediato, o al menos en un término prudentemente racional, los legados dejados a sus hermanas por la testadora [...] sin que tampoco hubiere probado alguna razón de peso suficiente que justificara su demora por un período de seis años, luego de haber ocurrido el deceso de la testadora, evidenciándose por otra parte, que el referido tiempo fue maliciosamente aprovechado por este para mediante argucias, que incluye el silencio, respecto a aquellas de la referida disposición de última voluntad de su fallecida hermana por la cual les legó parte de su patrimonio [...]”. Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia No. 877 de 29 de diciembre de 2000. Primer Considerando de la primera sentencia. Ponente Acosta Ricart, *ibidem*.

al albacea, y en su defecto al heredero lo que se relaciona con lo dispuesto en el artículo 503 al enunciar que: “A la entrega del legado le es aplicable lo dispuesto sobre el cumplimiento de las obligaciones”.

Los romanos sustentaban tal posición basándose en el honor del heredero, quien tenía la facultad de intervenir entre el difunto y los demás coherederos, otorgándole al acto de entrega un valor simbólico de investidura de la posición de legatario.

La doctrina mayoritariamente es coherente al afirmar que la fundamentación de tal prohibición estriba en la existencia de herederos esencialmente protegidos y en el respeto a la integridad de la legítima. El heredero debe constatar si con la atribución del legado no se afectan los derechos de los especialmente protegidos, o si es necesario llevar a cabo su reducción o decretar su ineficacia total.

La plena eficacia de la escritura pública de entrega de los legados se encuentra subordinada a la satisfacción de la legítima, es por ello que la toma de posesión del legatario contribuiría a la dispersión de bienes, lo que pudiera provocar perjuicios a la integridad de la masa hereditaria, que se erige en principal garantía para los legitimarios.

3.3. La cuestión de la posesión del legatario. El requisito legal de la entrega

El legatario posee un derecho subjetivo sobre un bien o bienes singulares del patrimonio del *de cuius*, y aunque adquiere la titularidad de los mismos, una vez fallecido su causante viene en principio, obligado a pedir la entrega de la posesión al albacea, heredero u otro legatario.

Los herederos son los únicos sujetos a los que la ley le atribuye la llamada posesión civilísima sobre los bienes heredados una vez aceptada la herencia “*la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida [...] sin interrupción, desde el momento de la muerte de causante*”, (cfr. artículo 207.1 del *Código Civil*). No ocurre lo mismo con la figura de los legatarios, los cuales no fueron favorecidos con la presunción legal anteriormente referida, de tal modo que su adquisición está supeditada a la *traditio*, que corre a cargo del albacea o de los herederos según el caso.⁷

7 “[...] según la letra del artículo quinientos uno del Código Civil, los legatarios no pueden tomar por sí el legado, pues ello es función del albacea, y si bien estos

En este orden de cosas la regla fundamental se encuentra contenida en el artículo 505.1 del *Código Civil* que regula: “*El legatario no puede ocupar por sí la cosa legada sino que debe pedir su entrega al heredero*”.

A pesar de que existen presunciones posesorias muy fuertes como la de la equiparación de la posesión de los bienes muebles al dominio, a tenor del artículo 201 del *Código Civil* cubano, recordemos que la mera tenencia, entendida como detentación material de un bien sin causa legítima, no tiene amparo legal en el ordenamiento jurídico cubano. De lo que se concluye que tal presunción es de carácter *iuris tantum*, debiendo ostentar la carga de la prueba el que alegue poseer título suficiente.

El precepto 206 dispone que se llamará poseedor al que ejerciendo el poder de hecho sobre un bien lo ejerce fundado en causa legítima. No basta con ser un mero tenedor del bien, sino que además del *corpus* debe tener el elemento subjetivo del *animus*, para que recaiga sobre él la protección del derecho y pueda beneficiarse con las llamadas presunciones posesorias.

En materia posesoria existen diversas categorías que a mi juicio resultan muy interesantes a los efectos de su aplicación sobre el tema objeto de análisis, ellas son: la posesión en nombre propio, la posesión en nombre ajeno, el servidor de la posesión y la posesión precaria.

Al interpretar la norma 202 del *Código Civil*, en cuanto al tratamiento de la posesión mediata e inmediata, se colige que quien posee inmediatamente pero con un título posesorio que deriva de título superior, precedente y subsistente, posee en nombre ajeno: en tanto reconoce al causante de su derecho, y en nombre propio: en tanto su título es fundamento de legitimidad de la detentación. Solo el servidor de la posesión detenta o posee en nombre ajeno pues el contenido de sus poderes inmediatos no es autónomo ni puede extraer de allí beneficio alguno.⁸

tienen derecho de exigir su ejecución, en el caso no se demostró que las [...] hoy recurrentes, tuviesen conocimiento de la existencia del legado a su favor, en el testamento de su fallecida hermana [...]”. Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia No. 877 de 29 de diciembre de 2000. Segundo Considerando de la primera sentencia. Ponente Acosta Ricart, *ibidem*.

8 Orlando Rivero Valdés: *Temas de Derechos Reales*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, p. 103.

De otro modo, el servidor de la posesión es aquella persona que detenta materialmente un bien ajeno a su patrimonio, que puede tener como causa un vínculo jurídico personal o legal, careciendo de legitimación para disfrutar y disponer del objeto en su propio beneficio. Podemos citar como ejemplos a los mandatarios, apoderados, los padres, los tutores, los administradores, incluyendo dentro de estos sujetos: al albacea.

También subsiste, a pesar de las modificaciones legales, el concepto de posesión precaria. El poseedor que reconoce como causante de su título a un sujeto con capacidad para hacer cesar el estado de detentación y recuperar la cosa, está reconociendo que no tiene un título posesorio fundado en el dominio. Solo el dueño no posee precariamente.⁹

Por otra parte, y centrándonos en el tema investigado, se impone la formulación de algunas interrogantes:

¿Qué sucedería si el legatario ha ocupado con anticipación el bien legado?

¿Carecería de importancia y resultaría ocioso el hecho de la entrega del albacea o heredero al que ha venido ejercitando el poder de hecho, de buena fe, pública, pacíficamente y fundado en causa legítima la cosa legada?

¿Qué trascendencia jurídica tendría la escritura pública notarial que instrumente tal acto?

Una vez más recurrimos a las interpretaciones en sede judicial que han distinguido la posesión en concepto precario de la posesión a título de dueño.¹⁰

9 Ibídem.

10 “[...] resulta terminante lo previsto en el artículo 505.1 y 2 supuestamente desacatado por el tribunal de instancia, en cuanto a que el legatario instituido no puede ocupar por sí la cosa legada, sino que debe pedir su entrega al heredero, en el subjuice varios de ellos; cuestión que tiene su fundamento doctrinal en la necesidad de mantener cohesionado el patrimonio hereditario hasta que se produzca su liquidación privada o en su defecto judicial, habida cuenta que, aunque el legatario adquiere la condición de propietario del bien legado desde la muerte del causante, los legados han de reducirse en lo necesario para satisfacer la integridad de la legítima que la ley reserva a los herederos especialmente protegidos, de haberlos, o las deudas a satisfacer por el caudal relicto frente a otros posibles acreedores hereditarios con prelación en su crédito; y con independencia de que el legatario instituido tuviere ya el bien en su posesión, ésta debe oficializarse mediante su en-

Del análisis jurisprudencial, y teniendo como fundamento legal lo estipulado en el artículo 206.3 de la norma sustantiva, podemos afirmar, a nuestro juicio, que la escritura pública de Entrega de legado tiene eficacia traditoria. La tradición o entrega al legatario del bien legado, instrumentada ante notario público, tiene carácter formal y simbólico, toda vez que con la ejecución de esa obligación por parte del heredero o albacea, según el caso, la posesión adquiere un carácter cualificado, verificándose en el acto notariado la transmisión de la posesión en concepto de dueño.

3.4 Breve valoración del Dictamen No. 3/1992 de 13 de febrero de la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia

Sobre el tema se ha pronunciado la *Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia* a través del *Dictamen No. 3/1992 de 13 de febrero*, a los efectos de esclarecer el alcance del artículo 501.2 del Código Civil que establece que “*el legatario puede solicitar la ejecución del legado después de conocer la disposición testamentaria a su favor*”; para el caso de que no existan herederos testamentarios instituidos, ni albaceas nombrados. Con esa finalidad, se dispuso en el mencionado *Dictamen* que corresponde al notario autorizar la escritura de entrega de legado sin necesidad de acudir a la vía judicial.

Según a letra de la citada disposición: “*de haberse designado albacea testamentario, éste comparecería al acto de entrega del legado, de lo contrario la entrega se realizará ante el propio fedatario a petición del legatario y en la forma que se establece en el artículo 501 y sus incisos del Código Civil*”; de lo que se colige que la no concurrencia

trega por los herederos instituidos como posesión en concepto de dueño, evitando así el peligro que representaría para una eventual acción de reducción de legado el hecho cierto de que el legatario que por sí hubiere ocupado la cosa, entonces la enajenare a un tercero, como acontece, pues luego del acto impugnado la transmitió a un tercero con el objetivo evidente de que a su salida definitiva del territorio nacional no le fuera confiscado, burlando así la legislación confiscatoria para tal supuesto vigente [...]”. Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia No. 314 de 12 de mayo de 2005. Primer Considerando. Ponente González García, citado en op. cit.

del albacea al instrumento público, no le impide al legatario interesar al notario su entrega, de todo lo cual dará fe el propio funcionario.

El aludido Dictamen ha solucionado en la práctica diversas dificultades, pues de darse el supuesto narrado, la solución jurídica sería la apertura de la sucesión *ab intestato*, materializándose una delación hereditaria en virtud de un título sucesorio cuyo único cometido consistiría en la entrega del legado; lo que se contrapone al contenido de la delación que equivale a un ofrecimiento real y efectivo a la sucesión. El llamamiento a suceder en este caso no sería al activo de la masa hereditaria, sino tendría naturaleza obligacional exclusivamente, debiendo procurar la sucesión de otros; a ello agréguese los gastos que conllevaría tramitar la correspondiente Acta de Declaratoria de Herederos, solo a ese fin.

Sin embargo, aunque ofrece ventajas que son innegables, a nuestro juicio adolece de serias imprecisiones técnicas. El artículo 503 del ordenamiento jurídico civil, convierte la relación entre heredero y legatario, en una relación obligatoria, atribuyéndole al legatario la posición de acreedor del heredero, con las consecuencias que ello provoca en sede de responsabilidad por deudas y entrega de legados; siendo de aplicación entonces las normas del Libro III del Código Civil (en concreto los artículos 233 al 307 relativos al cumplimiento, modalidades, garantías y extinción de las obligaciones); fundamento por el cual el notario no puede efectuar dicha entrega, pues entraría en franca contradicción con el principio de imparcialidad que informa su actuación.

La cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador, comprendiendo tanto los frutos civiles como los naturales, según el artículo 502 del Código Civil relacionado con el 130, en armonía con el principio que se destila del artículo 498 del propio cuerpo legal. Entonces, ¿cómo le consta al fedatario actuante el verdadero y real estado de los bienes legados?

En virtud de los antecedentes expresados y en todo caso, el conocimiento del asunto escapa del ámbito notarial para entrar en la competencia judicial. Los legatarios simples disponen del proceso ordinario (véanse los artículos 223 y siguientes de la LPCALE) o sumario (artículos 357 y siguientes de la propia Ley), según la cuantía del legado, para interesar de los herederos su cumplimiento.

3.5 Apreciación de la naturaleza del precepto 501 del Código Civil Cubano

En primer orden hay que distinguir cuándo nos encontramos en presencia de una norma imperativa y cuándo ante una norma de carácter dispositivo.

Las normas imperativas o de *ius cogens* son aquellas en que resulta imposible excluir su aplicación por voluntad de los particulares, pues tal comportamiento iría en contra de un interés público altamente tutelado; piénsese por ejemplo en el precepto 492 del Código Civil relativo a la limitación de la libertad de testar si existen herederos especialmente protegidos.

En cambio, las normas dispositivas son aquellas susceptibles de aplicación supletoria a la autonomía privada. Hay que tener en cuenta que las disposiciones legales que regulan el Derecho Privado están impregnadas de principios como la libertad de formas y la autonomía de la voluntad, a su vez que la voluntad del testador se erige en ley de las Sucesiones, siempre que no contravenga preceptos de pleno derecho. Por tanto, resulta atinado afirmar, como ya sabemos, que la sucesión testamentaria prima sobre la legal, y en virtud de ese principio rector se ordenan las normas sucesorias.

Con base en lo anteriormente expuesto, cabe acotar que la norma objeto de análisis, según nuestro criterio, tiene naturaleza dispositiva. En consecuencia nada le impide al testador autorizar en el negocio jurídico testamentario que el legatario ocupe por sí la cosa legada. Los notarios deberán advertir, en todo caso, verbalmente y en la escritura pública, que en caso de que existieran herederos especialmente protegidos, la disposición en torno a la ocupación *per se* carecerá de efecto legal alguno.

Bibliografía

- BLANCO, ALBERTO: “Curso de Obligaciones y Contratos”, tomo II, en *Doctrina general de los Contratos*, segunda edición, La Habana, 1948.
- COLECTIVO DE AUTORES: *Derecho de Sucesiones*, tomo II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

- COLECTIVO DE AUTORES: *Derecho Notarial*, tomo II, segunda edición, La Habana, 2006.
- DIEZ-PICAZO, LUIS Y ANTONIO GULLÓN: *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. II, segunda edición, Tecnos, Madrid, 1995.
- OJEDA RODRÍGUEZ, NANCY DE LA C. Y VERGARA DELGADO, TERESA: *Teoría General de las Obligaciones: Comentarios al Código Civil Cubano*, primera edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.
- Diccionario de Derecho Privado*, t. II, Editorial Labor Barcelona, Madrid, 1954.
- RIVERO VALDÉS, ORLANDO: *Temas de Derechos Reales*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.

Legislación

- PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B.: *Código Civil de la República de Cuba*, Ley 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado) ONBC, La Habana, 2007.
- Ley No. 50/1984 de 28 de diciembre*, de las notarias estatales y su reglamento contenido en la resolución No. 70/1992 de 9 de junio.
- PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B.; JULIETT ALMAGUER MONTERO Y NANCY C. OJEDA RODRÍGUEZ (COMPILADORES): *Compilación de Derecho Notarial*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.

ASESORAMIENTO LEGAL EN CUBA: ANTECEDENTES, ACTUALIDAD Y PERSPECTIVAS RESPECTO A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Esp. Arabelle Bonet López

1. Acercamiento a un concepto de asesoramiento legal o jurídico

Cada vez que se decide abordar este tema desde la enseñanza de postgrado del Derecho –pues en la de pregrado, por la propia estructura metodológica de la carrera, resulta complicado o más bien solo se puede esbozar o tratar en cuanto a un aspecto específico, atendiendo a que las asignaturas acertadamente responden a ramas particulares y no integradas–, el primer escollo en el camino es justamente la dificultad para encontrar conceptos.

En esa aventura, nos sumergimos en revistas jurídicas desde los inicios de su publicación, en libros de texto de asignaturas de la carrera que son más afines o usados cuando de este tema se trata, en enciclopedias jurídicas y en diferentes redes digitales de la información. La primera impresión recibida, es que pueden encontrarse aproximaciones al concepto de asesoramiento jurídico, desde la filosofía, desde la propia doctrina jurídica o en las normas legales, y no siempre deslindan el asesoramiento que puede ofrecerse a personas naturales y a personas jurídicas, o no se distingue el asesoramiento desde la óptica de los diferentes operadores del Derecho que lo pueden ofrecer (asesores, consultores, notarios, fiscales, jueces), o los matices que tiene en cada caso.

Dicho esto, veamos algunas definiciones encontradas en los materiales consultados:

- V. I. Lenin en la carta al Prof. A. Adoratski: *“Toda la ayuda que Ud. Puede prestarles a los solicitantes deberá consistir en asesorarles ‘jurídicamente’, es decir, en ‘enseñarles’ (y ayudarles) a luchar por su derecho [...]”*.¹ *En otras palabras, el asesoramiento jurídico no es*

1 V. I. Lenin: *Obras Completas*, 5ta. ed., Moscú, t. 53, 149 (en ruso). Nota del artículo.

*sino el uso por la institución de la abogacía de todos los medios y métodos de defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos mediante explicaciones, la redacción de recursos, la presentación de solicitudes, la reclamación de documentos y la realización activa de otras acciones tanto en el procedimiento judicial como fuera del mismo.*² Como puede apreciarse, más que definiciones, estas ideas mezclan criterios filosóficos y técnico-jurídicos, pero en cualquier caso ilustran sobre elementos esenciales para la construcción de un concepto: por una parte, el asesoramiento abarca una enseñanza y una ayuda; también presupone la defensa o el ejercicio de un derecho o varios; requiere la intervención de un abogado; y por último, implica la realización de acciones legales que pueden comprender la redacción y presentación de documentos, así como la representación de esos derechos de las personas ante determinadas instituciones.

- El Centro Nacional del Derecho de Autor en Cuba define para su área jurídica: *“Brindar servicios de asesoría, en materia de Derecho de Autor y Derechos Conexos, a todas las personas naturales y jurídicas que lo requieran, así como orienta y dictamina en los asuntos legales que son sometidos a análisis, relacionados con la aplicación de las normativas nacionales e internacionales sobre la materia [...] También ofrecen servicios de: Consultas, aclaraciones y reclamaciones; conferencias, cursos y seminarios a solicitud”.*³ Este caso aporta elementos distintivos respecto a los anteriores en tanto distingue la intervención en una rama específica del Derecho, atendiendo a la entidad de que se trate, y nos introduce el elemento de la intervención del jurista respecto a regulaciones del país o internacionales.
- La Oficina de Asesoría Jurídica de la Universidad Nacional de Costa Rica, se autodefine en el sitio digital que la promueve como *“[...] un órgano de carácter consultivo, que brinda asesoramiento jurídi-*

2 Autores varios: Mesa Redonda “Elevación del papel de la abogacía en el asesoramiento jurídico a los ciudadanos”, Artículo “La institución de la abogacía en la URSS: tendencias del desarrollo”, *Revista Divulgación Jurídica MINJUS*, No. 21, Año 4, 1986, p. 73.

3 [Http://www.cenda.cult.cu/php/loader.php?cont=asesoria.htm](http://www.cenda.cult.cu/php/loader.php?cont=asesoria.htm). Última consulta: 08/12/2011.

co y realiza actividades de control preventivo orientado a informar a la administración activa de eventuales riesgos jurídicos. También le corresponde la dirección de los procesos judiciales en los que participa como actora o demandada la Universidad Nacional, así como brindar servicios en el campo de la abogacía y el notariado".⁴ Muy importante resulta de esta caracterización de la actividad el elemento preventivo, del cual la más importante herramienta para los asesores legales, es la elaboración de dictámenes sobre asuntos que evalúa por iniciativa propia o a pedido de una autoridad competente.

- Por su parte, la norma especial cubana señala que el asesoramiento "[...] consistirá en *coadyuvar al cumplimiento de las funciones y atribuciones de cada entidad, a la realización más efectiva de sus objetivos y fines en concordancia con los principios de la legalidad socialista y los intereses generales del Estado*".⁵ En este caso tampoco la norma define, sino que aporta sus notas distintivas en cuanto a los objetivos que ha de cumplir el asesoramiento en una sociedad como la nuestra.

Mezclando y sintetizando los elementos señalados en cada fuente referida, podemos definir al asesoramiento jurídico como: aquella actividad que, en el ejercicio de la profesión del jurista, comprende el asesoramiento y la asistencia legal a una persona, sea natural o jurídica, para la orientación o esclarecimiento, la representación, la defensa de sus derechos o el cumplimiento de sus obligaciones, ante cualquier órgano o entidad, en el marco del desarrollo de las actividades de aquellas vinculadas a cualquier rama del Derecho, de manera que permita, además del cumplimiento de la ley, la formación de una cultura jurídica y la prevención de conflictos, por parte de quien demanda su intervención.

De lo antes señalado, se colige que los objetivos fundamentales del asesoramiento jurídico, y en particular respecto al que reciben entidades o personas jurídicas, en las cuales concentramos la atención de este artículo, han de estar encaminados esencialmente a:

- 1º- Cumplir las funciones y atribuciones de cada entidad, para la realización efectiva de sus objetivos y fines en concordancia con los

4 [Http://www.juridica.una.ac.cr/](http://www.juridica.una.ac.cr/) Última consulta: 08/12/2011.

5 Artículo 1, Decreto No. 138 de 20 de marzo de 1987, *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 5 de 23 de marzo de 1987.

principios de la legalidad socialista y los intereses generales del Estado.⁶

- 2º- Garantizar la seguridad jurídica en el actuar de los directivos, a partir de que este le conceda al asesoramiento y al jurista que lo asegura, toda la prioridad que ello demanda en función de resolver las necesidades de la entidad.
- 3º- Garantizar que cada directivo trabaje con los documentos rectores de la actividad principal de su entidad, actualizándose de las normativas vigentes también a través de su asesor, consultor jurídico o abogado, esencialmente a través de la *Gaceta Oficial*.
- 4º- Fomentar la prevención a partir de lo anterior, para evitar en las instituciones económicas indisciplinas e ilegalidades.

2. Principales cambios en el entorno cubano, su repercusión en los sujetos económicos, particularmente en aquellos que ofrecen el asesoramiento jurídico

Identificado un criterio sobre el concepto y los objetivos del asesoramiento jurídico, se deduce su necesidad en la realidad cubana de hoy, pero antes de identificarla expresamente, veamos los antecedentes que conducen a las mutantes circunstancias actuales.

Los diversos cambios ocurridos desde la década del 90 hasta la fecha, tanto en el entorno internacional como nacional, han generado transformaciones en Cuba, con influencia directa en el actuar de los sujetos económicos, que constituyen los principales demandantes del asesoramiento propio o de los servicios legales. En tal sentido, muestra sucinta y claramente lo dicho, tanto la Resolución Económica del V Congreso⁷ del PCC en 1995, como los Lineamientos de la política económica y social del VI Congreso⁸ del PCC en el 2011, pronunciándose

6 Este objetivo tiene una determinación legal o normativa (ver nota anterior). Su formulación deja sentado que la actividad de asesoramiento es de apoyo del objeto social o empresarial principal y por eso constituye una garantía respecto a este. Los objetivos que se formulan a continuación del primero, son específicos (del 2 al 4) y tributan a este que es el principal o general.

7 *Resolución Económica*. Quinto Congreso del PCC, 9 de octubre de 1997, pp. 1-6.

8 *Lineamientos de la política económica y social*. Sexto Congreso del PCC, 18 de abril de 2011, pp. 7-8.

en ambos casos la organización dirigente de nuestra sociedad, respecto al fortalecimiento de las estructuras y de las regulaciones jurídicas vinculadas con la gestión económica. Todo ello, obedeciendo a la necesidad de que el asesoramiento jurídico garantice la gestión eficiente de las entidades que han de hacer crecer nuestra economía, respetando el principio de la legalidad socialista, como ya se ha señalado.

En el contexto de las dos últimas décadas apreciamos:

- Reformas introducidas en la Constitución y otras normas especiales.
- Alternativas para adecuar nuestras estructuras empresariales con el objetivo de facilitar negocios, disgregar la propiedad estatal, evadir los efectos del bloqueo económico, entre otros.
- Despenalización de la tenencia de moneda libremente convertible.
- Fomento acelerado del turismo y otras actividades de prestación de servicios para impulsar la economía.
- Reorganización de los OACE.
- Introducción de esquemas de autofinanciamiento en divisas.
- Saneamiento de las finanzas internas reevaluando las categorías financieras, eliminando gratuidades, restringiendo subsidios por pérdidas.
- Perfeccionamiento del sistema tributario.
- Reestructuración de la Banca.
- Reforma de la agricultura, creación de las UBPC, entrega de tierras estatales ociosas en usufructo.
- Apertura de la inversión extranjera.
- Ampliación de actividades a diversos sujetos económicos: la actividad por cuenta propia, el perfeccionamiento de las formas cooperativas.
- Ampliación de las facultades respecto a los derechos de propiedad sobre los bienes.
- Arrendamiento de inmuebles estatales.
- Cambios estructurales, funcionales, organizativos y económicos en el sistema empresarial de forma gradual, en particular el estatal.
- Separación de funciones estatales y empresariales.
- Reducción del sistema de entidades presupuestadas.

De todo lo anterior se derivan transformaciones en la esfera de los sujetos que tienen a su cargo la regulación de estos temas, así como

en aquellos encargados de la aplicación de las normas respecto al asesoramiento legal, a partir del contexto en el que se han desarrollado, encontrándonos hoy en tal sentido, lo que a continuación reseñamos.

Los sujetos económicos de modo general se consideran aquellas personas naturales o jurídicas que están legalmente autorizadas a operar en el marco de la economía nacional; de una parte los de Dirección –esencialmente aquellos vinculados a diferentes escalones de la Administración Pública– estructurados nacional o localmente, con competencia general o específica ya sea global (CECM, MFP, MEP...) o sectorial (SIME, MINCIN, MINAL...); de otra los de Gestión –que se pueden clasificar por sectores económicos: estatal, mixto, cooperativo y privado,⁹ y por ramas de la producción y los servicios (agropecuaria: CPA, Empresa Porcina; Comercio: Mercados, Empresa Importadora; Salud: Clínicas, Hospitales; etc.)–.

Ambos tipos de sujetos requieren del asesoramiento jurídico para desarrollar sus actividades, observándose, tanto en la aplicación de las normas como en tendencias en el orden práctico, que la mayoría de los primeros reciben el asesoramiento de juristas propios y los segundos, lo reciben como servicio. Ello resulta una regla con excepciones, pues en ocasiones ocurre lo contrario, o conviven las dos formas de asesoramiento en una misma entidad.¹⁰

Volviendo a los antecedentes para evaluar la evolución de los sujetos que ofrecen el asesoramiento jurídico y deben asegurar el funcionamiento de otros sujetos de gestión de la economía antes mencionados, encontramos un segundo escollo, no se ha hecho un recuento de la organización del asesoramiento en Cuba, así que de vuelta a la aventura, realizamos algunas entrevistas a expertos del Ministerio de Justicia¹¹ y una búsqueda normativa muy elemental respecto a su regulación.

9 Colectivo de autores: *Temas de Derecho Económico*, Editorial Félix Varela, 2005. Ver comentarios y ejemplos del profesor Narciso Cobo Roura, en las páginas 3 y 4 para tener noción de la composición y diversidad de sujetos de gestión, motor impulsor de cualquier economía, a los que se debe asesorar legalmente.

10 Para apreciar la composición de juristas en cada forma para brindar el asesoramiento legal, significamos que como tendencia en los últimos dos años, la proporción de asesores propios y prestadores de servicios legales, ha estado en el orden del 40 y el 60% respectivamente, del total de los profesionales dedicados a esta actividad (más de 4 500).

11 Silvio Medina Menéndez y Nelia Caridad Aguado López, Especialistas de la Dirección de Legislación.

De este modo se verificó que en la etapa prerrevolucionaria, el ejercicio de la abogacía se hacía de manera privada, y en menor grado, en el servicio público. Esta situación subsistió después del triunfo revolucionario y hasta la década del 70,¹² siendo a partir de la del 80, que comienzan a implementarse cambios verdaderamente revolucionarios en este sentido y se estructuraron los sujetos que ofrecen asesoramiento jurídico a entidades, de modo similar al que conocemos hoy:

- Sociedades Civiles de Servicio (SCS). Entidades que fueron patrocinadas por diferentes sistemas de organismos (MITRANS, MINCEX, MINVEC, CIMEX, MFP, MIP) reguladas en el Decreto Ley No. 77 de 1984. Adoptan la forma de sociedades mercantiles y su actividad fundamental se concentró en sus inicios, en la prestación de servicios asociados a la inversión extranjera mediante contrato.¹³
- Bufetes Colectivos (BC). Entidad autónoma cuyo funcionamiento se regula en el Decreto Ley No. 81 de 1984. Los abogados vinculados a la Organización Nacional de Bufetes Colectivos (ONBC) pueden asistir y representar tanto a las personas naturales como jurídicas cubanas o extranjeras, ofreciendo un servicio en virtud de un contrato de mandato entre abogado y cliente. Las reglas para la vinculación a la organización y la prestación de los servicios son determinadas por la ley y por las propias normas internas de la ONBC.
- Asesores propios (AP). Figura regulada en el Decreto No. 138 de 1987, Sobre la Organización del Asesoramiento Jurídico. Tienen la peculiaridad de ser un trabajador de la propia entidad, a la que asesora como parte de las funciones inherentes a su cargo, o sea son funcionarios designados en esta.
- Consultorías Jurídicas Estatales (CJE). Son unidades de prestación de servicios legales dentro de la estructura de las Direccio-

12 Existió una regulación revolucionaria en esta década que contiene los antecedentes de la década siguiente, la Ley No. 4 de 1977 de la Organización del Sistema Judicial, que estableció esencialmente en el artículo 145 el cese del ejercicio privado, al circunscribir el ejercicio de la abogacía solo formando parte de la incipiente organización de Bufetes Colectivos, de los órganos, organismos y empresas del Estado, y de organizaciones sociales y de masas.

13 Bajo este status también se realizaba la consultoría y asesoría contable, auditorías financieras, estudios de factibilidad, etc., en muchos casos coexistiendo esos servicios o actividades con los servicios legales en una misma entidad, o sea, en práctica multidisciplinaria, situación que como veremos más adelante, ha variado.

nes Provinciales de Justicia adscritas a los Órganos Locales del Poder Popular. Están igualmente reguladas en el Decreto No. 138 de 1987, Sobre la Organización del Asesoramiento Jurídico, y su actividad fundamental estaba encaminada a la prestación de los servicios a entidades locales esencialmente, mediante contrato con la consultoría en el cual se designa al consultor seleccionado.

- En la década del 90, además, se crearon bajo el status de Empresas Estatales al amparo del Decreto No. 42 de 1979, en el MITRANS, cuatro consultorías dedicadas únicamente a la prestación del servicio de asesoramiento jurídico a las propias empresas de los grupos en los que se insertaron dedicados al transporte automotor, ferroviario y marítimo, mediando un contrato.

A partir de 2000, comienza el largo camino de la reorganización de los servicios legales y con ello se incorpora un mayor número de juristas a entidades prestadoras de estos servicios, buscando incrementar el rendimiento de su preparación; se separan los servicios legales de otros de diferente naturaleza que subsistían en un mismo Bufete o Consultoría (ver nota No. 13); se concentran las sociedades dedicadas a esta actividad bajo el patrocinio o el control de un único organismo¹⁴ que objetivamente pudiera exigir por la calidad y cantidad de los servicios legales; deja de restringirse la intervención de los Bufetes Colectivos, Sociedades de Servicios (civil o mercantiles), empresas estatales y unidades de prestación de servicios legales, a los sectores tradicionales de su atención, sino que se extiende a entidades, tanto nacionales como locales, de diferentes sectores y ramas, con prioridad en la agropecuaria y otras de vital interés para nuestro crecimiento económico, preferiblemente de manera especializada; encontrándonos en esta etapa, además, en la implementación transitoria

14 El Ministerio de Justicia, es el organismo de la Administración Central del Estado que tiene a su cargo además del asesoramiento jurídico al Estado, la regulación de este tanto para otras entidades estatales como para el sector mixto, cooperativo y privado, y para los servicios legales, así como la supervisión del cumplimiento de lo anterior, entre otras funciones. En este contexto también surgió la figura de una sociedad civil pura, creada al amparo del Código Civil, en la que se fusionaron los servicios legales de varias sociedades provenientes de diferentes sectores. En este momento solo han subsistido en la estructura bajo el control de otro OACE (MITRANS) dos sociedades de servicios legales.

de la adaptación o transformación de algunas de las unidades de prestación de servicios legales (CJE) como empresas en perfeccionamiento, de modo experimental.

En esta etapa también se adoptaron acuerdos para fortalecer el papel de los asesores propios, sobre todo en los organismos de la Administración Central del Estado y en sus entidades subordinadas.

Todos los cambios referidos estuvieron, lógicamente, motivados por la necesidad de que los clientes pudieran disponer de opciones de sujetos que ofrecieran estos servicios, algunos preferiblemente de manera especializada en una rama o sector, y que además lo hicieran con autofinanciamiento de su actividad, lo que también contribuye a aligerar las cargas que para los clientes representa esta actividad de apoyo, formando el jurista dentro de ellas, parte del personal indirecto.

Esta última idea trae a colación el elemento de si es más conveniente el asesoramiento como función o como servicio en determinado tipo de entidades, lo que es discutido en diferentes latitudes. Cada país lo adapta a su realidad, y le conceden los estados a una u otra forma, las facultades que considere necesarias. Por ejemplo en España se ha cuestionado la decisión de hacer del asesoramiento jurídico un órgano directivo a partir de las modernizaciones de los gobiernos locales.¹⁵ Debemos señalar que en la actualidad cubana como tendencia, se permite que las entidades decidan lo que en su práctica y condiciones sea mejor, teniendo en cuenta la complejidad del trabajo legal y de la actividad propia del sujeto económico de que se trate, etc., pero sin perder de vista que el asesoramiento no puede faltar.

Lo anterior, de conjunto con otros elementos expuestos *ad supra*, indudablemente apunta hacia la necesidad de una revisión y actualización de las diferentes disposiciones que al respecto se han emitido. Incluso en opinión de algunos especialistas, la cual comparto, podrían unificarse aquellos cuerpos normativos que en este acápite hemos referido, estructurándolos a partir de las diversas formas y sujetos que ofrecen el asesoramiento, y perfeccionando todo lo atinente a la organización y el control de la actividad.

15 [Http://www.madrid.es/UnidadWeb/Contenidos/Colecciones/GobiernoAdministracion/EstudiosGobYAdon/Ficheros/AsesoriaJuridica.pdf](http://www.madrid.es/UnidadWeb/Contenidos/Colecciones/GobiernoAdministracion/EstudiosGobYAdon/Ficheros/AsesoriaJuridica.pdf).

3. Estructura y jerarquía de las disposiciones sobre el asesoramiento jurídico según las instituciones o ramas del Derecho. Órganos y organismos facultados para trazar la política y dictar las disposiciones

En este tema no puede dejar de explicarse lo concerniente a la estructura jerárquica de las normas y las autoridades competentes para su regulación.

El tercer problema que salta a la vista en la materia, o escollo como le hemos denominado en los acápitos anteriores, de alguna manera fue enunciado en el primero, y es que cuando hablamos de asesoramiento jurídico, no lo hacemos de una rama independiente del Derecho, sino de la integración de varias de ellas, debiendo en tal sentido aclarar la siguiente interrogante: ¿Por qué no se consideran las normas para el asesoramiento jurídico parte de una rama *per se*? Esto nos obliga a volver sobre elementos de la Teoría del Derecho y del Derecho Administrativo básicamente, para poder tomar partido respecto a lo anterior.

En primer lugar hay que señalar que se concentran en una rama del Derecho aquellos grupos de instituciones, principios, normas que regulan relaciones sociales de una misma esfera, según el elemento objetivo (relaciones que regula) y subjetivo (voluntad de clase que rige). Todas con igual base económico-social determinada a partir de la forma de propiedad, digamos predominante. (Penal, Civil, Financiero, Laboral, etc.).

Por su parte las instituciones jurídicas son el núcleo de la norma jurídica que dentro de una rama del Derecho regula las relaciones sociales de igual naturaleza, homogéneas, por ejemplo, en el Derecho de Familia, son instituciones el matrimonio, los hijos, los alimentos, etc.

A su vez las normas jurídicas, dentro del ordenamiento jurídico, deben seguir las reglas de este: el orden, la coherencia, con principios ideo-políticos y técnicos afines, el conjunto de ellas han de estar vinculadas con cierta unidad interna y estructura jerárquica. Si se cumple lo anterior, entonces se tributa al carácter sistémico del ordenamiento, lo que significa que hay integración, confluencia de principios generales del Derecho y de la doctrina jurídica.

Se aprecia a simple vista entonces, que la influencia del asesoramiento jurídico respecto a diferentes relaciones sociales, a diferentes

grupos de normas dentro del ordenamiento general y por tanto a diferentes instituciones del Derecho, convergiendo en todos ellos variados principios o uno mismo sujeto a diferentes matices asociados a la rama en que se asesora, son elementos que contribuyen a afirmar que dicho asesoramiento abarca e integra diferentes ramas y en ello reside su principal complejidad.

No obstante y aunque en los antecedentes de este particular no hemos profundizado mucho, en la última década se aprecia una tendencia, precisamente para dar respuesta a la demanda creciente en cuanto a cantidad y calidad del asesoramiento legal, a la regulación de sus herramientas fundamentales como la organización de los expedientes legales de las entidades, de su documentación básica (Reglamentos, Licencias, Contratos, etc.) requisitos elementales para la elaboración de estos y parámetros de calidad técnica en sentido general, a tener en cuenta en el desempeño de esta labor. Para precisar diremos que respecto a este asunto, hay normas generales y ramales que tienen que ver con las materias en que se asesora a una entidad (laborales, financieras, económicas, contables, contractuales, etc.) y hay normas específicas, que se han sistematizado y compilado,¹⁶ pero no codificado –lógicamente por lo que hemos afirmado antes–, e inciden directamente en la forma de brindar el asesoramiento, ya sea como función propia, o prestando un servicio.

Siguiendo el hilo conductor del anterior párrafo, hay que señalar que en cuanto a la regulación, otro elemento que resalta es lo relacionado con el ámbito de competencia de la autoridad facultada para emitir las normas, lo que se evalúa partiendo de los principios de organización administrativa (organización social, base jurídica, clase de propiedad imperante, principios económico-sociales, estructura, estabilidad y flexibilidad que han de caracterizar a los órganos, etc.) y las relaciones entre los órganos (de subordinación y de coordinación).

En este sentido no puede perderse de vista la identificación adecuada de la función¹⁷ de cada órgano y organismo respecto al asesoramiento para evitar antinomias, partiendo de las cuestiones más significativas dispuestas en:

16 Ver ejemplos en *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 6 de 2002, pp. 25-31, resoluciones del Ministerio de Justicia de la No. 42 a la 45.

17 Si dictar políticas, regular la actividad, dirigirla administrativa o técnicamente, y por último controlarla.

- La Constitución de la República de Cuba, respecto al PCC y los órganos superiores del Estado y el Gobierno.
- El Decreto Ley 147/1994 y los Acuerdos sucesivos del CECM complementarios, así como el Decreto 138/1987, sobre las funciones de los organismos de la Administración Central del Estado –en particular del MINJUS, como ya se ha dicho, rector metodológico en la materia– así como de los demás OACE respecto a sus sistemas de asesoría jurídica.

4. La ética del asesor jurídico en su ejercicio profesional y la relación con el principio de legalidad

Sin dudas, esta es una cuestión de especial atención cuando de asesoramiento jurídico se trata. Si la propia norma invoca el cumplimiento de la legalidad como premisa del asesoramiento, entonces el componente ético en la labor del asesor por determinación dispositiva en Cuba, es de alto impacto, atendiendo al matiz de moral y de valores que trae aparejado, que le sirve de pilar y de sustento.

Una promoción del curso para Master en Asesoría Jurídica de Empresa de la IE Law School de Madrid, España, refiere: “*Conocer la legislación no es suficiente para tener éxito en el ejercicio de la profesión de abogado. La nueva realidad económica exige que el abogado no sólo conozca los aspectos técnico-jurídicos sino que cuente con una buena red de contactos y tenga un sólido dominio de habilidades directivas como la capacidad de análisis, el liderazgo, la orientación al cliente y la capacidad de negociación, entre otras*”.¹⁸ Nótese que las características enumeradas están desprovistas de aquellas alusivas a la moral y la ética.

El Dr. V. D. Popkov, en el *Manual de Teoría del Estado y el Derecho*¹⁹ utilizado en las facultades de Derecho cubanas a finales de los 80, señala varios elementos sobre las normas morales de la actividad profesional del jurista, de los que reseñamos aquellos que se consideraran más adecuados a la labor asesora:

18 [Http://www.mai.ie.edu/](http://www.mai.ie.edu/) Última consulta: 08/12/2011.

19 Julio Fernández Bulté, Mijail Nicolaevich Marchenco y otros: *Manual de Teoría del Estado y el Derecho*, capítulos XVIII y XIX, Editorial Pueblo y Educación, 1988, pp. 351-352.

- requisitos políticos, morales, psicológicos, que lo obligan a conocer y aplicar, además de las normas legales y las sociales vinculadas con su actividad;
- ha de tener un alto sentido de la honestidad, la incorruptibilidad, la justicia, la preparación profesional, el honor, la dignidad, el respeto por la ley y las causas del pueblo;
- siempre tendrá presente, en los casos que labore en entidades del Estado, la atmósfera y el respeto que debe primar en estas, sobre todo en un Estado socialista, contribuyendo a fortalecer la autoridad del órgano u organismo en que trabaja;
- debe tener conocimientos elementales sobre la psicología humana, de cultura general, o de la “ciencia del hombre”, como la identifica el autor, lo que le será de utilidad para encontrar solución a los problemas de cada tipo de persona y conducir adecuadamente la solución de los conflictos;
- debe tener una amplia noción de la cultura preventiva, educativa y estética.

Otros autores más contemporáneos han ofrecido sus ideas sobre tan delicado asunto, por ejemplo el Dr. Raúl S. Lozano Merino, quien fuera Presidente de la Federación Interamericana de Abogados, en el artículo “La formación ética del abogado en el siglo XXI”²⁰ aborda diferentes aristas, en ocasiones a manera de reglas de conducta, otras desde un prisma integrador de los fenómenos que afectan este viso de la moral del hombre, y en tal sentido destacamos lo siguiente:

- el abogado ha de ser un servidor de la justicia, sacrificando todo al deber de servir a quien le busca o necesita, siempre que la pretensión se mueva en el sendero de la licitud y la justicia, o pueda conducirla hacia este;
- tiene la obligación de cultivarse y prepararse, sin cortapisas, pero cuidando el fin para el que lo hace no sea el éxito profesional y el lucimiento personal, sino el noble fin de tributar a su destreza profesional y a la complementación de la justicia;
- ha de ostentar las características siguientes: tolerancia, independencia, uso de medios legítimos, sinceridad, capacidad para auto

20 *Revista Cubana de Derecho*, UNJC, No. 21 enero-junio 2003, Sección El Autor Extranjero, pp. 105-129.

imponerse limitación en los asuntos y hacer un adecuado uso del secreto profesional.

Dicho autor, entre otros aspectos que aborda, analiza los problemas éticos jurídicos actuales, y aunque no los circunscribe a la esfera del asesoramiento jurídico a entidades expresamente, algunos ejemplos que evalúa son de esta esfera. Por una parte, propone conductas a seguir frente a los avances de la Biología y la Biotecnología, y la dicotomía que se genera alrededor de estas en cuanto a la manipulación genética con un fin económico o si en beneficio de la ciencia, así como la importancia de que en estos campos existan abogados éticamente identificados con el derecho a la vida misma. Por otra parte, refiere los conflictos que puede acarrear la práctica multidisciplinaria, aquella en la que los participantes ejercen sus respectivas profesiones para reducir los riesgos del trabajo y compartir la responsabilidad de las actividades,²¹ y señala que el ejemplo típico es la sociedad entre contadores y abogados, en la que surge el conflicto entre “aconsejar o inspeccionar” a partir de cómo se maneja en cada caso el secreto profesional y cómo esta dualidad afectó en Norteamérica a las empresas Enron y Worldcom, casos connotados de quiebra e ilicitudes con impacto en el plano jurídico y financiero internacional, por la indebida actuación de los referidos profesionales.

Para reafirmar la relación ética-legalidad, debemos, al menos, presentar el criterio que en cuanto a esta última aborda el profesor Julio Fernández Bulté, a nuestro juicio quien mejor ha expuesto lo concerniente a este principio de Derecho, definiéndolo “[...] como una forma de existencia de la sociedad políticamente organizada, como un método de dirección estatal, en realidad el único posible, por el cual se abandona la arbitrariedad, el voluntarismo y el autoritarismo y la sociedad es conducida por la ley que representa los grandes intereses y proyectos de la mayoría, en consecuencia de lo cual esas leyes son cumplidas por el Estado y sus órganos y funcionarios, las organizaciones políticas y sociales y todos los ciudadanos”.²² Podemos entonces afirmar que es imposible hablar de ética sin hacerlo de legalidad y

21 Raúl S. Lozano Merino: Ob. cit., *Revista Cubana de Derecho*, UNJC, No. 21, enero-junio de 2003, p. 120.

22 Julio Fernández Bulté: *Teoría del Estado y el Derecho*, Tomo II, “Teoría del Derecho”, Capítulo VIII, Editorial Félix Varela, 2004, p. 180.

viceversa, con la peculiaridad de que al referirnos a esta última, la primera se desdobra, porque esa categoría en primer lugar psicológica y filosófica, a nuestro juicio, trasciende al individuo para abarcar a organizaciones, entidades, en fin, sujetos colectivos, por eso apreciamos una tendencia en nuestra realidad, a partir de la implementación en diferentes niveles desde finales de la década del 90, de la planeación estratégica y la dirección por objetivos –experiencia muy exitosa en las empresas modernas de diferentes latitudes–, a la definición y búsqueda de realización de valores compartidos por todos sus miembros, valores que tributan a la moral y a la ética social generalmente aceptadas.

Claro que para dar un criterio acabado, debe comentarse el elemento que complementa a la legalidad cuando falla la ética, y es la posibilidad para los sujetos, tanto los ciudadanos como la administración, de solicitar la revocación en el primer caso o revocar por sí misma en el segundo, los actos y decisiones que contravengan este principio. Si importante es disponer de un buen asesoramiento legal cuando se va a producir el acto, tanto o más lo es cuando va a subsanarse.

Concluimos, no agotamos este importante aspecto del asesoramiento, con axiomas de autores latinos modernos:

- *“AMA TU PROFESIÓN: Trata de considerar la abogacía de tal manera que el día en que tu hijo te pida consejo sobre su destino, consideres un honor para ti proponerle que se haga abogado”.*²³
- *“Porque somos defensores de la ley, y soldados de la libertad, hemos sido siempre enemigos de la opresión y la esclavitud en cualquiera de sus formas. Tal es la función del abogado frente a la sociedad [...] El abogado, como el sacerdote o el médico, realizan actividades de la más alta jerarquía, dignidad y rango social”.*²⁴

En el primer caso, ciertamente es una muestra del alto valor que concedemos a la actividad que desarrollamos lo que el adagio propone; pero en el segundo caso, se debe significar que cuando se dice

23 Así concluyó el Profesor Titular de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurisprudencia de la Universidad Autónoma de Hidalgo, México, Hugo Cortés Osorno, su ponencia “La ética profesional del abogado”, presentada al evento JURISCUBA en el año 2009.

24 Raúl S. Lozano Merino: Ob. cit., pp. 114-115.

cualquier forma de esclavitud, no solo debemos pensar en las tradicionales que se establecen entre los hombres y mujeres de cualquier edad, raza, sexo o creencia, sino en un sentido más amplio, en aquella que se coloca el ser a sí mismo, cuando se deja a merced de los vicios como la corrupción, la convivencia cotidiana con las ilegalidades, afectando así el buen desenvolvimiento, incluso comprometiendo el futuro de las entidades que dirigen o representan. Claro que esa “esclavitud” requiere de un enfrentamiento tanto hacia lo interno del propio individuo, como desde el exterior de este, por parte de los órganos que tienen esa función de control en el Estado.

5. Principales acciones para fortalecer los sistemas de asesoramiento jurídico a partir de las debilidades apreciadas

Frente a cada cambio ocurrido en las dos últimas décadas, las autoridades facultadas han adoptado medidas en función de amoldar el asesoramiento a las exigencias del momento, pudiendo citar entre las más importantes en orden cronológico:

- La evaluación del estado de los servicios de las Consultorías Jurídicas y del asesoramiento jurídico en general, con propuesta de proyecciones, lo que permitió luego del análisis, la adopción de una estrategia de trabajo (Acuerdos del 2001). Las autoridades competentes del Partido y del Estado han trazado y controlado el cumplimiento de la política en este sentido anualmente desde esa fecha.
- El fortalecimiento del asesoramiento jurídico en aquellos sectores de la economía más desprotegidos, esencialmente el agropecuario (desde 1999 hasta la fecha).
- Adecuación por el MINJUS de las normas técnico-metodológicas del asesoramiento jurídico a las circunstancias actuales (1999, 2001, 2006, 2008 y se trabajan otros proyectos en la actualidad).
- El fortalecimiento de las acciones de control y supervisión a la actividad del asesoramiento jurídico por el MINJUS y los organismos respecto a sus sistemas (desde 1999 hasta la fecha).
- La decisión de incorporar asesores jurídicos de entidades de subordinación local y algunos de las de subordinación nacional después, al sistema de las Consultorías Jurídicas (2001 y 2004).

- Especial atención al sector agropecuario, que incluye la orientación de la contratación de los servicios de Consultorías Jurídicas Estatales, Sociedades de Servicios legales o la ONBC, por aquellas entidades de esa rama, y de cualquier subordinación o status, que no cuentan con ningún asesoramiento jurídico (desde el 2001).
- La evaluación de ajustes salariales para los juristas dedicados a esta actividad en aquellos sectores o subordinación en que no se alcanzan los niveles adecuados (2002, 2004, 2008).
- La reorganización de entidades y los servicios de asesoramiento jurídico que prestan las Consultorías Jurídicas Estatales, Sociedades de Servicios legales y la ONBC (desde el 2005 hasta la fecha, aspecto abordado en detalles en el acápite 2).
- La decisión de incorporar juristas por otras vías a las Consultorías Jurídicas Estatales, vinculados a planes especiales de estudio de la carrera: trabajadores sociales, Tarea Álvaro Reynoso del MINAZ, y otros egresados (2008, 2009).
- La realización de supervisiones integrales al asesoramiento jurídico, con vistas a reorientar la política en este sentido, incluyendo modificaciones normativas que se ajusten a la actualización del modelo económico cubano (2009-2010).
- La realización de Talleres sobre la ética de los juristas con la importante participación de la Unión Nacional de Juristas de Cuba y otras instituciones jurídicas, al menos cada dos años.
- La incorporación del seguimiento a los planes de medidas derivados de supervisiones en los controles estatales en los que participan los supervisores del MINJUS, a través de recontroles y despachos con las Direcciones Jurídicas de los OACE (desde el 2010).
- La conciliación con cada OACE de las prioridades para la prestación de los servicios legales (desde el 2011).

En algunos casos por reiteración y en otros de nueva aparición, en los dos últimos años se ha observado la subsistencia de debilidades, tanto en el orden subjetivo,²⁵ como objetivo y de origen multicausal,²⁵ que

25 En cuanto a las causas que generan estas deficiencias, y en honor a la verdad, hay que señalar que lo mismo las aportan los propios juristas, que los directivos de entidades, sobre lo que se requiere una evaluación y atención detenida que aquí no hacemos, pues ya sabemos que los elementos subjetivos son de más difícil control que los objetivos en innumerables ocasiones.

cohabitan con el asesoramiento jurídico a pesar de las estrategias implementadas referidas con antelación, siendo las más significativas:²⁶

- La tendencia al mantenimiento de la asesoría independiente, en ocasiones innecesariamente, aun cuando ello impide alcanzar un mayor número de entidades con protección legal.
- La indebida organización y control de la documentación legal de la entidad.
- No brindar a quien realiza el asesoramiento jurídico la información y atención necesarias para la realización de su trabajo.
- Falta de sistematicidad en los despachos entre el máximo representante de la entidad y el asesor, consultor jurídico o abogado que lo atiende.
- Obviar el asesoramiento ofrecido, lo que repercute en la adopción de decisiones ilegales.
- Problemas de calidad en la elaboración de instrumentos jurídicos: resoluciones, reglamentos, dictámenes, contratos, escritos polémicos, etc.
- Morosidad en el pago de los servicios jurídicos, ocasionando perjuicios económicos para el Consultor Jurídico o abogado de la ONBC que perciben un salario vinculado a los resultados.
- Falta de inscripción o su actualización en los Registros que la ley exige. (Mercantil, Comercial, de la Propiedad, etc.).
- Indebido funcionamiento de Consejos de Dirección y otros órganos colectivos.
- Incumplimiento de las regulaciones establecidas sobre el Expediente Único de Auditoría o Expediente de Acciones de Control, el control interno en general y otros temas afines.
- No se conforma la carpeta legal con las disposiciones jurídicas vinculadas con la actividad fundamental de la entidad.
- Insuficiente diseño de un sistema de capacitación jurídica que abarque a todos los trabajadores de la entidad.
- Deficiente capacitación de los juristas, en ocasiones escasa y en otras no se enfoca hacia sus necesidades reales.
- Desactualización de la inscripción en el Registro General de Juristas esencialmente en casos de asesores propios, lo que ha acarreado problemas en el ejercicio de la profesión.

26 Fuente: Informes de inspección del MINJUS, controles gubernamentales y evaluación integral del asesoramiento jurídico del 2000 al 2010. Odris Cruz Labrada: *Retos de la organización y funcionamiento del asesoramiento jurídico en Cuba.*

- Falta de suscripción a la Gaceta Oficial de la República de Cuba, impidiendo la adecuada actualización normativa de las actividades de la entidad.

Apreciando las deficiencias anteriores, que no son todas sino solo las más representativas, no cabe dudas de que el funcionamiento de los sujetos de nuestra economía puede verse severamente afectado por una actividad de apoyo que se constituye en garante de la principal.

6. Precisiones sobre las esferas de actuación de los juristas dedicados al asesoramiento legal o jurídico

Lo abordado en el acápite anterior nos conduce de la mano a este tema. En un resumido e interesante blog español se identifica, además de una distinción entre asesoría y consultoría jurídica, las esferas de intervención de los juristas dedicados a una u otra actividad y sus obligaciones, a tal efecto señala que *“La Asesoría Legal se encarga de brindar la información jurídica a quien necesite de ello para la resolución de asuntos que tienen que ver con la aplicación de las leyes, normativas, reglamentos en cualquier materia del Derecho”* mientras que *“El servicio de Consultoría Jurídica tiene como objeto el asesoramiento en materia legal en cualquiera de las ramas del Derecho para ayudar a dilucidar y resolver asuntos muy complicados por el carácter de subordinación y dependencia que ejercen unas leyes sobre otras, la gran magnitud de disposiciones legales acorde al acelerado régimen de cambio que se produce en las actuales relaciones sociales en cualquier parte del mundo [...]”*. Así se identifica a las prestaciones en este último caso, como la *“Asistencia y asesoría jurídica especializada en cualquier rama del Derecho; Elaboración de dictámenes; Representación letrada; Elaboración de documentos jurídicos de cualquier naturaleza; Cualquier otro servicio que solicite el cliente”*.

En esta publicación se define además para ambas modalidades, obligaciones comunes, siendo:

“Cumplir con los parámetros de calidad establecidos para la atención de los asuntos.

”Cumplir con los principios éticos de la profesión.

*“Ejecutar las tareas que se correspondan con las normas que regulan la actividad”.*²⁷

Los autores del referido sitio se afilian a que la “asesoría legal” es puramente informativa y orientadora, mientras que la “consultoría jurídica”, además de orientadora, permite a los prestadores del servicio intervenir directamente en los asuntos, lo que exige además una especialización superior.

En Cuba, nuestras normas afortunadamente no se afilian al criterio anterior, tanto los denominados asesores propios, como los abogados o consultores contratados para ofrecer servicios de asesoría, tienen iguales posibilidades de actuación previstas en las normas generales. En el Decreto No. 138/87, el Capítulo II del Título I, recoge más de una veintena de atribuciones que abarcan tanto la asesoría puramente, como la asistencia legal; por su parte, el Decreto Ley 77/84, en su artículo 5, detalla los servicios que en igual sentido se pueden ofrecer; y por último, el Decreto Ley No. 81/84 presenta en su artículo 18, las funciones que en la misma línea los abogados cumplirán. También en estos cuerpos normativos puede apreciarse una definición indiferente de atribuciones, funciones y servicios, evidenciando así el criterio de integralidad del asesoramiento jurídico, pero con la peculiaridad de que existen dos formas, determinadas por la entidad con la que el jurista tiene el vínculo laboral; si es con un bufete o consultoría, presta un servicio a tercero y suele denominársele abogado o consultor, y si es con una entidad, como parte de esa propia organización, el apelativo común es el de asesor.

No podemos abordar otros aspectos sin referir al menos un instrumento del cual el profesional dedicado al asesoramiento jurídico dispone, que a nuestro juicio es el más importante: el Dictamen Legal. De este vamos a significar dos cuestiones fundamentales:

1º- La posibilidad que ofrece la variante del dictamen como diagnóstico del Expediente legal, incluyendo la revisión de elementos y documentos trascendentes en la vida de la entidad, el cual permite su permanente actualización, sobre la base de los cambios que en la vida de esta o en las normas que regulan su actividad, pueden ocurrir.

27 [Http://www.asesorialegal-amyos.blogspot.com/2011/01/que-es-la-asesoria-legal-o-asesoria.html](http://www.asesorialegal-amyos.blogspot.com/2011/01/que-es-la-asesoria-legal-o-asesoria.html). Última consulta: 08/12/2011.

2º- La posibilidad que ofrece el dictamen de un asunto o norma en específico, de poner en conocimiento de los directivos de manera preventiva, los beneficios o perjuicios que puede ocasionar una decisión o proyecto normativo, en el ámbito del desempeño de la entidad.

En tal sentido, los pronunciamientos pueden versar sobre: el Reglamento Disciplinario Interno, el Reglamento de Protección e Higiene del Trabajo, el Convenio Colectivo de Trabajo, el Plan de Divulgación Jurídica, diferentes instrumentos jurídicos y actos de la administración, los planes de prevención y detección de los descontroles administrativos y la lucha contra el delito económico, la eficiencia de la gestión económica de la entidad, los controles de la contratación económica, los sistemas de calidad y aplicación del perfeccionamiento, la atención a la protección de la Propiedad Industrial, como un activo más de la empresa, la actualización de la inscripción en el Registro Comercial, el Mercantil, o de los inmuebles en el Registro de la Propiedad, y los efectos de estas, entre otros. La asimilación de las recomendaciones sobre todo ello, aprovechadas de manera eficaz, permite una gestión económica saludable a cualquier sujeto, pues previene litigios, la concurrencia ante órganos jurisdiccionales o arbitrales por motivos comerciales o laborales, los resultados desfavorables en auditorías, las interrupciones en actividades, los pagos de multas o de indemnizaciones, etc.

Cuando impartiendo clases sobre la materia algún estudiante me ha dicho que cuántos papeles más tiene que hacer un asesor, siempre digo que al buen asesor le tiene que complacer hablar y escribir, no cualquier cosa (noticias, observaciones, escritos informales) sino redactar dictámenes, escritos polémicos, contratos, certificaciones y otros instrumentos legales, de los que la técnica jurídica nos enseña. Me auxilio del ejemplo del médico, que llena recetas, certificados médicos, elabora diagnósticos, métodos, no cualquier escrito. Eso es en resumen, fomentar el valor de la profesionalidad, del cual algo hablamos en el acápite 4.

Si la posibilidad de actuación del asesor jurídico en cuestiones específicas se aprovecha dignamente, los resultados son palpables. No hay nada más gratificante que –al hacer un dictamen sobre las cuentas por cobrar de una Cooperativa de Producción Agropecuaria,

proponer en el plan de medidas y luego emprender acciones con los deudores, logrando recuperar el dinero con buena suerte incrementado— ver entonces en los rostros el agradecimiento de los campesinos, que es como ver el de un niño.

7. Algunos consejos útiles de los profesionales del Derecho que desarrollan hoy el asesoramiento jurídico a personas jurídicas vinculadas con la gestión económica, para los directivos de estas

Las siguientes recomendaciones están conformadas a partir de la revisión de los problemas o áreas vulnerables más comunes, identificados en diagnósticos legales elaborados por consultores jurídicos y diferentes acciones de control del sistema del Ministerio de Justicia. Algunas son de carácter general y otras más específicas, pero todas tributan al mejor desenvolvimiento de nuestra economía.

1. Domine la misión de la entidad que dirige y los límites de su alcance, de ello dependerá que haga las cosas bien y sepa hasta dónde puede llegar.
2. Adecue correctamente esa misión a las funciones que debe garantizar su organización, o sepa al dedillo las que tiene determinadas, para que pueda medir con certeza los resultados que alcance.
3. Conozca y exija el cumplimiento de las atribuciones y obligaciones de los principales cargos que se le subordinan, para que pueda encaminar a cada uno en la tarea que realmente le corresponde y utilice racionalmente los recursos humanos con que cuenta.
4. Donde existan recursos económicos, tanto materiales como efectivo, se debe controlar con mayor rigor a los que de una forma u otra participan en el proceso de obtención y distribución de dichos recursos.
5. Conozca las normas de auto control y las funciones de las personas que deben exigir por ellas, no firme ningún documento sin antes revisarlo. Previo a la firma de cheques debe revisarse la factura que le dio origen. Nunca firme facturas ni permita a los que tienen firmas autorizadas de cheques que firmen facturas como recibidas.

6. Verifique que en las cláusulas contractuales se pacten condiciones de calidad, formas de pago, reclamaciones y otras, ajustadas a la modalidad de contrato que usted realiza, a las características de los productos y servicios en cada caso. No se conforme con proformas establecidas que pueden dar lugar a afectaciones intencionales para su entidad, aproveche la fase de negociación.
7. Los medios básicos son por lo general recursos fáciles de sustraer o romper, tenga delimitada el área de responsabilidad por trabajador o grupo de trabajadores, evite que se trasladen estos sin que se cumplan los mecanismos correspondientes, no esté conforme con los dictámenes técnicos de roturas de equipos eléctricos o mecánicos, detrás de una supuesta rotura se puede esconder un delito.
8. Donde existe efectivo existen las causas para la corrupción, realice arqueos de caja sorpresivos, controle a sus inspectores mediante comprobaciones posteriores. Exija a su Jefe de Recursos Humanos que tenga el cotejo de firmas de todos los trabajadores y cuando usted revise las nóminas, controle la plantilla contra el físico, así evita pagos indebidos y puede realizar un control más correcto y preciso.
9. Realice los inventarios correspondientes en cada período, solicite auditorías, no le tenga miedo a un resultado negativo, si le da la oportunidad de subsanar errores por iniciativa propia.
10. Cumpla al pie de la letra y exija el cumplimiento de las legislaciones de protección física, salud e higiene del trabajo, el Convenio Colectivo de Trabajo así como su Reglamento Disciplinario Interno, eso permite un buen estado de ánimo general en el colectivo.
11. Realice rendiciones de cuenta con sus dirigentes y cuadros sobre el cumplimiento del Código de Ética, así previene conductas incorrectas o las corrige si ya se hubiesen realizado.
12. No permita manifestaciones de nepotismo dentro del centro, colabore con la tranquilidad de las familias y amigos, así como elimine las sospechas sobre las personas que tienen esas relaciones.
13. No permita que ningún dirigente subordinado a usted realice actividades ilícitas tomando como pretexto una gestión estatal, puede ello revertirse contra el buen desempeño de la entidad.
14. No deje de denunciar ningún delito por muy sencillo que parezca, contribuya a crear un adecuado ambiente de control.

15. Ponga a funcionar el Comité de Prevención y Control Interno y de no existir, créelo de inmediato, varias personas pensando en ello facilitan la solución a los problemas.
16. Siempre consulte con su asesor jurídico antes de tomar determinaciones de índole legal, administrativa o económica que le ofrezcan dudas.
17. Donde se paguen estímulos debe controlar que se cumplan los indicadores propuestos sin paternalismo.
18. Ponga bajo la custodia de la persona más ordenada y responsable, la documentación legal básica de la entidad cuando sea imposible que la tenga el jurista.
19. Actualice todos sus Registros, Licencias, inscripciones, etc., de manera que los activos de la entidad estén debidamente protegidos y las actividades que realiza la entidad adecuadamente soportadas.

Por último, me aventuro a reiterar lo que en otras ocasiones he dicho: *“El reto del asesoramiento jurídico en las condiciones actuales, es desarrollarlo con las herramientas que tenemos, de manera revolucionaria, con valentía y austeridad por sobre todas las cosas, estando a la altura de lo que nuestro país realmente necesita”*²⁸ en el orden legal.

Bibliografía por orden de consulta

Normativa

Constitución de la República de Cuba.

DL 147/1994 y los Acuerdos sucesivos del CECM complementarios.
(No. 3950/01).

Decreto Ley No. 81/1984.

Decreto Ley No. 77 /1984.

Decreto No. 138/1987.

Resolución No. 107 de 12/06/01. MINJUS.

Resolución No. 42 de 06/03/02. MINJUS.

28 Arabelle Bonet López: Conferencia “El asesoramiento jurídico en la empresa cubana actual”. Diplomado Asesoría Jurídica Edición 2010. Centro de Superación Ministerio de Justicia. Última diapositiva.

Resolución No. 43 de 06/03/02. MINJUS.
Resolución No. 44 de 06/03/02. MINJUS.
Resolución No. 45 de 06/03/02. MINJUS.
Resolución No. 61 de 15/03/07. MINJUS.
Resolución No. 167 de 30/07/08. MINJUS.
Código de Comercio de 1884.
Ley 54 de 1985.
Ley 59 de 1987.
Normas Unión y Empresas Estatales (Acuerdo CECM 1988).
Decreto 42 de 1979.
Acuerdo 4047 del CECM: “Reglamento de las Administraciones Municipales y Provinciales”.
Ley 91 “De los Consejos Populares”.
DL 142 de 1993.
DL 141 de 1993.
Ley 77 de 1995.
DL 206 de 1996.
Decreto Ley 226 del 2001.
Decreto Ley No. 252/07.
Decreto No. 281/07.
Ley No. 4 de 1977 (derogada).

Doctrinal y otras

Resolución Económica del 5to. Congreso del PCC.
Lineamientos de la política económica y social del 6to. Congreso del PCC.
FERNÁNDEZ BULTÉ, JULIO: *Teoría del Estado y el Derecho*, Editorial Félix Varela, 2004.
FERNÁNDEZ BULTÉ, JULIO; MIJAIL NICOLAEVICH MÁRCHENCO Y OTROS: *Manual de Teoría del Estado y el Derecho*, Editorial Pueblo y Educación, 1988.
COLECTIVO DE AUTORES: *Temas de Derecho Económico*, Editorial Félix Varela, 2005.
GARCINI GUERRA, HÉCTOR: *Derecho Administrativo*, Editorial Pueblo y Educación, 1986.

COLECTIVO DE AUTORES: *Temas de Derecho Administrativo cubano*, Editorial Félix Varela, 2004.

Revista Divulgación Jurídica MINJUS. No. 21, Año 4, 1986.

Revista Divulgación Jurídica MINJUS. No. 26, Año 5, 1987.

CORTÉS OSORNO, HUGO (MÉXICO): "La ética profesional del abogado". Ponencia JURISCUBA 2009.

Revista Cubana de Derecho, UNJC. No. 21 enero-junio 2003.

BONET LÓPEZ, ARABELLE: Conferencia "El asesoramiento jurídico en la empresa cubana actual". Diplomado Asesoría Jurídica Edición 2010. Centro de Superación Ministerio de Justicia.

Informes de inspección del MINJUS, controles gubernamentales y evaluación integral del asesoramiento jurídico del 2000 al 2010. Dirección Consultorías Jurídicas y Atención a Asesores Jurídicos.

CRUZ LABRADA, ODRIS: "Retos de la organización y funcionamiento del asesoramiento jurídico en Cuba". Trabajo final Diplomado Asesoría Jurídica Edición 2010. Centro de Superación Ministerio de Justicia.

Sitios de la red de información digital

<http://www.madrid.es/UnidadWeb/Contenidos/Colecciones/GobiernoAdministracion/EstudiosGobYAdon/Ficheros/AsesoríaJurídica.pdf>.

<http://www.cenda.cult.cu/php/loader.php?cont=asesoria.htm>.

<http://www.juridica.una.ac.cr/>.

<http://www.maj.ie.edu/>.

http://www.asesorialegal_amyos.blogspot.com/2011/01/que-es-la-asesoria-legal-o-asesoria.html.

LAS LAGUNAS JURÍDICAS. SU INCIDENCIA EN LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Lic. Deyli González Milián¹
Msc. Grisel Galiano Maritan²

“Las leyes no pueden escribirse de modo que comprendan todos los casos que pueden a veces acaecer, sino que basta que contengan los que ordinariamente suceden”.

Salvio Juliano
(D.1.3.10)

Palabras Claves:

Lagunas, Plenitud, coherencia, ordenamiento jurídico

Resumen

La presente investigación aborda un tema novedoso y de gran importancia para la plena aplicación del Derecho. El Derecho constituye un sistema que requiere de tres rasgos fundamentales para su eficacia: la unidad, la coherencia y la plenitud. Estos presupuestos se ven afectados por aquellas imperfecciones legislativas, o vacíos normativos denominados lagunas legales, donde a pesar de su existencia, los operadores del Derecho están en la obligación de solucionar basándose en el principio de *non liquet*. En la investigación se realiza un estudio teórico doctrinal sobre todas las definiciones, supuestos, causas y efectos de las lagunas jurídicas y de su incidencia en la plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico.

- 1 Licenciada en Derecho por la Universidad de Ciego de Ávila. Jueza del Tribunal Municipal Popular de Ciego de Ávila.
- 2 Licenciada en Derecho por la Universidad de Camagüey. Máster en Ciencias de la Educación Superior. Profesora de Derecho Civil. Parte General y Derecho de Autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ciego de Ávila.

Sumario: I. A modo de introducción. I.1 La plenitud, unidad y coherencia como fundamento del ordenamiento jurídico. I.2 Las lagunas jurídicas. Fundamentos doctrinales. I.2.1 Las lagunas jurídicas. Aproximación conceptual y causas que las originan. I.2.2 Clasificación y efectos de las lagunas jurídicas. II. Consideraciones Finales

A modo de introducción

Desde el Derecho Romano, cuna del Derecho, los ordenamientos jurídicos aspiraron a ser plenos y coherentes, pretendiendo resolverlo todo con soluciones sabias, coherentes, orgánicas y sin contradicciones para todos los conflictos; donde toda norma jurídica sería un programa o plan de conducta para los destinatarios de la misma, sin obviar ninguna situación que requiriera de tutela jurídica. Tal es el caso del *Corpus Iuris Civilis*, obra por excelencia del Derecho que trató de compilar todas las producciones jurídicas existentes en la época, tratando de establecer un único cuerpo legal capaz de regular todas las conductas humanas y que sirvió de inspiración a posteriores creaciones legislativas.

Esta pretensión recorrió varias etapas y tomó mayor fuerza al calor del gran movimiento codificador del siglo XIX, donde en busca de mayor seguridad jurídica se imponía al juez la obligación de actuar ante cualquier conflicto, aunque este no estuviese contemplado en ninguna norma. Esta idea prevaleció solo como una aspiración, dada la propia dinámica de las relaciones sociales, pues el tiempo demostró que siempre aparecerán nuevas situaciones que no alcanzan previsión legislativa. Igualmente le sería difícil crear normas perfectas sin ambigüedades ni contradicciones con otras, provocando la existencia de vacíos legislativos, y como consecuencia surgen las lagunas en la ley, que influyen negativamente sobre el ordenamiento jurídico, dificultando su plenitud.

El problema de las lagunas legales deviene en un inevitable inconveniente, tanto para la teoría como para la filosofía del Derecho. Su existencia dentro del ordenamiento jurídico desacredita el prestigio del Derecho ante los ciudadanos de un país, quienes acuden a él con la aspiración de que sus derechos e intereses no sean vulnerados, que-

dando un grado de incertidumbre dos cuestiones fundamentales, por un lado la seguridad jurídica, y por otro, la justicia plena.

La importancia de este tema radica en la necesidad que tiene el sistema jurídico de presentarse como un ente que se considere lo más pleno posible, coherente y unitario a la vez, convirtiéndose estos rasgos en imprescindibles para el ordenamiento jurídico, viéndose afectado no solo con la presencia de las lagunas en la ley, sino además, con el silencio sobre la forma de solucionarlas.

Cuando hablamos de Derecho, se hace referencia a un amplio y complejo conjunto de normas jurídicas vigentes en un determinado período de tiempo, que presentan, además, una unidad estructural con una fuerte cohesión o unidad interna, pues las normas jurídicas no existen aisladas y como afirma López Calera,³ ellas forman un conjunto ordenado y sistemático al que se le denomina ordenamiento jurídico.

Esa unificación y sistematización de las normas jurídicas necesitan, para lograr su eficacia y su carácter sistémico, como aduce Fernández Bulté,⁴ la existencia de dos rasgos fundamentales: la coherencia y la plenitud. El primero supone la unidad que tiene que expresarse tanto en el plano interno como en el formal del ordenamiento jurídico, y el segundo significa la garantía de una justicia, la más perfecta posible para los hombres de una sociedad.

Por ello, para que sea pleno el ordenamiento jurídico, debe tener una respuesta para cada demanda de la vida social, y ello solo se logrará si se completa con las nuevas leyes que surgen a raíz del dinamismo de las relaciones sociales,⁵ o a través de principios universales del Derecho, o aquellos que se encuentran en su interior; solo así logrará su plenitud, aspiración que continúa latente para todos los legisladores en pos de lograr una correcta aplicación del Derecho.

En la práctica jurídica cotidiana surgen en forma reiterada problemas en la aplicación de la ley, y los motivos más usuales es la exis-

3 Nicolás María López Calera (1987): *Introducción al Estudio del Derecho*, 2da. edición, Granada, p. 124.

4 Julio Fernández Bulté (2005): *Teoría del Estado y del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, p. 225.

5 Las normas no se encuentran aisladas, todas forman una amalgama dentro del ordenamiento jurídico donde una se nutre de la otra.

tencia de lagunas o vacíos en los ordenamientos legales. Estos problemas deben ser resueltos, y la forma adecuada para ello es a través de la integración.

La presente investigación nace de la inquietud por desentrañar el verdadero significado de los vacíos legales y de los defectos legislativos de que puede adolecer el ordenamiento jurídico, a través del análisis de la repercusión que tienen sobre el mismo. Es por ello que se analizará la problemática surgida como consecuencia de las llamadas “lagunas jurídicas”, que constituyen una dificultad que afecta la plenitud en todos los ordenamientos jurídicos, lo que lo convierte en un tema polémico en Cuba, pues a pesar de ser tan recurrente en la vida jurídica y sobre todo en la actividad judicial cotidiana, no se ha tratado desde el punto de vista teórico y práctico con la profundidad que merece.

I.1. La plenitud, unidad y coherencia como fundamento del ordenamiento jurídico

El Derecho positivo no está integrado por una sola norma ni tampoco por un solo tipo o clase de normas como afirman Fernández Galiano y De Castro,⁶ en él se encuentran una multiplicidad de normas jurídicas de variadas características y signos que difieren entre sí, ya sea por la diferencia de épocas históricas en que fueron creadas, por su ámbito de aplicación, su jerarquía, o por la materia que regulan, entre otras causas; pero toda esa multiplicidad de normas no forman un simple conglomerado causal, sino que integran una totalidad que actúa unitariamente, lo cual constituye un requisito esencial para la eficacia u operatividad social de las propias normas jurídicas.

La unidad de las normas jurídicas, como afirman los autores,⁷ no es una mera construcción ficticia impuesta por la necesidad de coherencia de las normas jurídicas, su misión de normar conductas exige una mutua complementación y dependencia, por lo que no existen aisladas y dispersas, al contrario, están integradas dentro de conjun-

6 Antonio Fernández Galiano y Benito De Castro (1993): *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Editorial Universitas, S.A., Madrid, pp. 178-179.

7 Ídem, p. 179.

tos o sistemas regulativos unitarios, tales como las Leyes, Decretos, Estatutos, Reglamentos, etc. Estas unidades jurídicas de operación se caracterizan por estructurarse internamente siguiendo una esquematización sistematizadora y coherente, pues hace una distribución escalonada de su contenido en “partes”, “títulos”, “secciones”, “capítulos”, “apartados”, “artículos”, “párrafos”, etc.

El carácter estructural del Derecho demuestra, como refiere Jawitsch,⁸ la alta organización de su contenido y un medio capaz de garantizar internamente tanto la unidad, como el sentido general y obligatorio de sus normas; pero estas no pueden basarse únicamente en la estructura del Derecho, porque además presentan vínculos externos con la estructura económica, política y clasista de la sociedad y con el Estado, lo que significa que de cierta forma el carácter estructurado de Derecho tiene sus raíces en la esfera de las estructuras sociales y se fundamenta finalmente fuera del Derecho. El ordenamiento jurídico debe tener una correcta coordinación, pues la vinculación de las normas del sistema de Derecho de un país garantiza que las relaciones sean reguladas de una forma uniforme, dotando de estabilidad al sistema e influyendo en el sentido de derecho de los ciudadanos.

En ese sentido, Fernández Bulté⁹ refiere que la unidad interna viene dada por la unidad de intención política, social, económica y ética. Existe unidad interna en un sistema de Derecho si en el ordenamiento jurídico todas sus normas, tanto primarias como secundarias, sustantivas, adjetivas y de todos los rangos, expresan las mismas intenciones políticas, protegen semejantes intereses económicos, o trazan perfiles semejantes en esos terrenos, y a su vez concuerdan con sus premisas sociales e ideológicas sin desprenderse de sus principios éticos. Si por el contrario, las normas que se corresponden entre sí, en cuanto a su contenido social y su mensaje político o su principal solución económica, rompen a la vez los esquemas éticos que se amparan en otras principales o rompen con la armonía que debe haber entre la política, la economía, los problemas generales de la sociedad y la ética que postula el sistema, estamos ante la carencia de unidad interna.

8 L. S. Jawitsch (1988): *Teoría General del Derecho*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, p. 114.

9 Julio Fernández Bulté (2005): Ob. cit, p. 155.

Las bases para obtener armonía dentro del ordenamiento jurídico es la existencia de una voluntad política predominante y determinados intereses políticos en juego que desean hacerse prevalecer. Por ello, desde el punto de vista jurídico-formal, existen un conjunto de principios que en el orden técnico-jurídico hacen que unas disposiciones se subordinen a otras, que la producción normativa de un órgano prime sobre la de otros, que unas puedan dejar sin vigor a otras anteriores y que puedan existir leyes generales junto a leyes específicas para ciertas circunstancias e instituciones que permitan regularla de forma diferenciada, y aún así ambas tengan valor jurídico y fuerza obligatoria. Por ello, se hace necesario que cada norma que surja se integre al ordenamiento jurídico sin afectar su unidad y coherencia, tarea que es bastante azarosa.

Para obtener la armonía externa del ordenamiento jurídico, es importante la publicidad de las normas, que consiste en darlas a conocer a través de los órganos de divulgación oficial, y como expresa Prieto Valdés,¹⁰ constituye la acción previa a la entrada en vigor de las disposiciones normativas, con lo que se logra la seguridad jurídica de la población a quien van dirigidas las normas.

La unidad externa del sistema jurídico, según Fernández Bulté,¹¹ es el orden y la armonía en la jerarquización de las normas, es decir, que las normas inferiores se correspondan con las superiores atendiendo al ordenamiento constitucional, y no solo eso, sino que además se ajusten las distintas instituciones jurídicas sin antinomias, guardando la debida relación las distintas ramas del Derecho sin contradicción en su contenido o en el desempeño de sus funciones.

Todo ordenamiento jurídico como refiere Prieto Valdés,¹² goza de unidad y coherencia, pero en la práctica es imposible en su aspecto formal, puesto que las disposiciones normativas se promulgan en distintos momentos históricos por órganos del Estado diferentes, e incluso, dominados estos por mayorías políticas o con expresiones de voluntades políticas muy disímiles; la promulgación de las distintas disposiciones jurídicas dependen, en gran medida, de las necesidades o imposiciones del momento.

10 Marta Prieto Valdés: "El ordenamiento jurídico cubano. Caracteres y principios esenciales", en: Lissette Pérez Hernández (Compiladora): *Selección de Lecturas sobre el Estado y el Derecho. Curso de formación de trabajadores sociales*, p. 118.

11 Julio Fernández Bulté (2005): Ob. cit., pp.155-156.

12 Marta Prieto Valdés: Ob. cit., p. 115.

La organicidad, la coherencia y unidad del sistema jurídico tiene que expresarse tanto en un plano formal, o sea, en su estructura normativa y funcional; como en el plano interno.

La aspiración de lograr que en cada ordenamiento las partes se integren al todo de forma armónica se garantiza según Ferrari Yaunner¹³ con la existencia de principios y valores que dentro de él funcionan como guías axiológicas y deontológicas que tienden a uniformarlo desde el momento de creación normativa, hasta su aplicación concreta en la sociedad.

Al respecto, Fernández Bulté¹⁴ explica que el Derecho de todo Estado no está integrado solamente por el sistema legislativo, al contrario, está formado por los productos de todas las formas que generan derechos, tales como: los actos notariales, las sentencias emitidas por los tribunales, los contratos jurídicos, las presunciones y los principios a los que antes hacía referencia.

Analizando los anteriores criterios, podemos decir que el sistema jurídico abarca todo el Derecho de un Estado, por lo que no está solamente integrado por normas jurídicas, sino además por otras formas que producen efectos jurídicos, como los testamentos, los contratos, y sentencias de los tribunales.

La principal función que realiza el Derecho es la de regular, dar respuestas y soluciones a cada una de las situaciones sociales que merezcan ser tuteladas por él, teniendo en cuenta las condiciones y la realidad del momento por el que discurren estas. Por eso, desde la época en que surge se trató de que fuese unitario y pleno.

Fernández Bulté¹⁵ señala que desde la antigüedad existió esta pretensión de plenitud para todos los ordenamientos jurídicos, muestra de ello es la compilación del emperador Justiniano quien mandó a Triboniano,¹⁶ reconocido por su gran talento jurídico y su extraordinario saber general, a reunir en una sola obra los Códigos Gregoriano,

13 Majela Ferrari Yaunner (2010): "Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba". Tesis para optar por la categoría de Doctor en Ciencias Jurídicas, La Habana, pp. 13-14.

14 Julio Fernández Bulté (2005): Ob. cit., p. 155.

15 Ídem, p. 225.

16 AA. VV. (2002): *Manual de Historia General del Estado y del Derecho I*. Primera Parte, 2ª reimpresión, Editorial Félix Varela, La Habana, pp. 11-16.

Hemogeniano y Teodosiano con la edición de las constituciones posteriores, y para ello, debía suprimir las repeticiones, las contradicciones y las caídas en desuso, cuidando de respetar el orden cronológico. Así se compilaron las constituciones imperiales y se recogió el *ius vetus*, el viejo Derecho, para lo cual se creó el *Digesto* o *Pandectas*,¹⁷ que constituyó una parte del *Corpus Iuris Civilis*, el cual adolecía de una dificultad, pues sostenía firmemente la teoría del “dogma de la plenitud” donde se negaba absolutamente la existencia de lagunas en la ley.

El principio de la plenitud fue incorporado a la mayoría de los ordenamientos jurídicos estatales de forma indirecta, a través de un precepto en el cual se imponía a los jueces el deber de pronunciarse jurídicamente sobre cualquier asunto litigioso que ante ellos se presentase. Dicho principio, como afirman Fernández Galiano y de Castro,¹⁸ fue incorporado a la concepción jurídica estatista de la época moderna, consagrándose finalmente en la etapa donde se desarrollaron las codificaciones en la que se buscaba la seguridad jurídica y la fe en la racionalidad de la ley. Sin embargo, dado el dinamismo de la vida social, la ideología de la plenitud quebró. Los juristas pusieron en dudas la solidez de sus convicciones, por lo que surgieron corrientes de pensamiento que demostraron la movilidad del Derecho y por tanto, su carácter incompleto. Se convirtió en un hecho que los jueces no siempre podían encontrar la solución jurídica más adecuada dentro del conjunto legislado y se vieron obligados a recurrir a otros factores de decisión jurídica. El dogma de la plenitud vaciló un poco, pero no llegó a desaparecer, al contrario, lo reanimó la lucha por la defensa del principio de certeza jurídica¹⁹ y el temor de caer en arbitrariedades dentro de la vida jurídica.

17 *Digesto* o *Pandectas* proviene del vocablo latino *digere* que quiere decir poner en orden y del vocablo griego *pandectas* que significa que lo contiene todo.

18 Antonio Fernández Galiano y Benito De Castro (1993): Ob. cit., pp. 183-184.

19 En ese sentido se pronuncia Encarnación Fernández: “Esa búsqueda de la certeza y, más ampliamente, de la seguridad jurídica aparece íntimamente ligada a la afirmación de la supremacía del poder legislativo, como expresión de la soberanía popular, sobre el poder judicial. Esto se corresponde además con el principio de la división de poderes. En ese sentido, puede decirse que la trascendencia práctica del dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico estatal reside en imponer al juez la obligación de extraer siempre del ordenamiento jurídico estatal la solución para cualquiera casos que se le sometan”. Citado por: Julio Fernández Bulté (2005): Ob. cit., p. 227.

Ello estuvo condicionado por el triunfo de la clase burguesa y la formación de los grandes estados nacionales donde se desarrolló el monismo jurídico. En el fondo de este conjunto ideológico estaba la búsqueda de la seguridad jurídica, la exigencia de que el Estado nacional y racional que representa al pueblo podía asegurar la veracidad del Derecho y la justicia. Nace así la concepción del estatismo del Derecho,²⁰ que negaba la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico, basándose en que el Estado era el único creador de Derecho y que por tanto, este siempre sería pleno.

La vida nos demuestra que las cosas no pueden ser de ese modo, analizando el criterio de López Calera,²¹ un ordenamiento jurídico se autodefine con las características de la unidad, la plenitud y la coherencia; la unidad significa que solo hay un sistema de normas o que fuera del sistema no hay normas, y es coherente en cuanto a que no presenta contradicciones o antinomias, siendo pleno si está dotado de la inexistencia de lagunas.

En ese sentido, es loable señalar que no hay un producto humano tan perfecto que reúna sin fallos esas características. Por ello se dan insuficiencias reales y concretas en los ordenamientos, que no son ni tan unitarios, ni tan plenos como frecuentemente se afirma.

La doctora Bonifaz²² considera que una correcta técnica jurídica para la creación de una norma debe seguir lo que ella denomina la regla de las tres “c”, significa que para que una norma tenga mayores probabilidades de eficacia, deberá ser clara, completa y coherente.

Cuando referimos que una norma debe ser clara, significa que esta no deberá ser ambigua, o sea, que no debe dar lugar a posibles confusiones, ni abusar de tecnicismos, pues debe recordarse que dicha

20 En relación con este criterio, Fernández Bulté comentó: “El ascenso de la burguesía supuso la formación de los grandes Estados nacionales y con ello se desarrolló extraordinariamente el monismo jurídico y la referida concepción del estatismo del derecho: todo el derecho procede del Estado, es su primera premisa; todo lo que se requiera en derecho lo dicta el Estado; el derecho dictado por el Estado es; en consecuencia, seguiría ese discurso, el derecho total, absoluto, completo, pleno y sin lagunas”. Julio Fernández Bulté (2005): Ob. cit, p. 226.

21 Nicolás María López Calera (1987): Ob. cit, p. 126.

22 Citado por: Mónica Guadalupe Ramírez Monares (2001): *Principios generales del Derecho. Metodología jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México. Facultad de Derecho. Disponible en Word Wide Web: <http://www.comunidad.derecho.org>. (Consultado el 13-01-2011), párrafo 6-10.

norma estará elaborada para ser leída y entendida por la población en general y que no todos poseen el mismo nivel intelectual o capacidad para entender palabras de alguna ciencia específica, etc.

El hecho de que una norma sea completa, significa que esta no tiene lagunas, que no hay vacíos en la misma. La coherencia por su parte, tiene que ver con que no existan contradicciones entre sí o con las demás disposiciones normativas ya existentes, o con las normas de su misma jerarquía o superiores a ella.

La ausencia de cada uno de los aspectos antes mencionados ocasionará determinadas dificultades. Así, si la norma no es clara, ocasionará problemas de interpretación, si no es completa, acarreará problemas de integración de la norma, y si no es coherente ocasionará un conflicto de aplicación de normas.

El fin del ordenamiento jurídico, como afirma Poole Derqui,²³ es promover entre los hombres una justicia lo más perfecta posible. Es por eso que se habla de plenitud a su entender, ya que al promover todos los valores que con sus medios específicos puede proteger se puede calificar como justo.

Desde el punto de vista de la concepción normativista del orden jurídico, Hassel²⁴ plantea que el sentido unitario de una pluralidad de normas se encuentra en la referencia a una norma fundamental que constituye el punto de partida de la creación del Derecho. Esta norma fundamental es la que le da al sistema jurídico su sentido de plenitud, es decir, un sistema que contemple y regule todos los hechos jurídicos.

Sin embargo, esta postura no se compadece con los vacíos de regulación jurídica, según refiere el mencionado autor,²⁵ ello obliga a distinguir dos cuestiones diferentes; el problema lógico jurídico de las ausencias de regulación, ante la posibilidad de que algún supuesto de hecho pueda no ser contemplado por los géneros normativos del Derecho, y por otro lado, el problema de las soluciones inconvenientes o injustas que puedan derivarse de la aplicación de la norma a un caso

23 Diego Poole Derqui (1998): *El Derecho de los juristas y sus implicaciones: Un diálogo con Lombardi Vallauri*, Editorial DYKINSON, S.L, Madrid, pp. 339-341.

24 Guillermo Hassel (2009): *Introducción al Derecho*. Disponible en Word Wide Web en: [http://www.alipso.com/monografía 2 /Introducción al-Derecho-unidad-10/index.php](http://www.alipso.com/monografía%20Introducción%20al-Derecho-unidad-10/index.php). (Consultado el 14-01-2011), párrafo 43.

25 Ídem.

concreto, como consecuencia de que dicho caso no está expresamente previsto en ella, o por la intención del autor. Este es el problema axiológico o político jurídico donde la regulación jurídica existe, pero la solución que la norma suministra no permite la consagración del fin último del Derecho.

Por otra parte, en similar criterio refiere Latorre²⁶ que del ordenamiento en su conjunto se han de extraer las reglas aplicables a cualquier caso que se presente. De ahí se deriva lo que pudiese llamarse “plenitud del ordenamiento jurídico”, en el sentido de que un ordenamiento debe permitir los medios de solución de todos los casos concretos que se presenten. La plenitud del ordenamiento jurídico no debe basarse en la consideración de que este no presenta lagunas, que lo recoge todo, por el contrario, la plenitud es una aspiración que queda en el plano deontológico.

El Derecho visto en su totalidad goza de plenitud porque dentro de él se encuentran las posibles soluciones para colmar los vacíos jurídicos, sin embargo, el ordenamiento jurídico carece de plenitud porque la ley además de contener lagunas en su interior, no evidencia los métodos o las vías para darle solución.

1.2. Las lagunas jurídicas. Fundamentos doctrinales

El hombre proviene de una evolución constante desde hace millones de años, durante los cuales la experiencia, el instinto, y el aprender de sus errores lo ayudaron a sobrevivir. Así también en este transcurrir utilizó su capacidad creadora para que le ayudara a resolver los diversos conflictos producidos por la convivencia social. De esta manera el Derecho hizo su aparición y con él la ley.

La ley, como creación humana, adquiere características propias del hombre, es por ello que resulta susceptible de contener sus anhelos, expectativas, creencias, temores, valores y claro está, también sus defectos, esa creación resulta imperfecta, de ahí que aun las más claras al tiempo de su elaboración, son susceptibles de encontrarse con

26 Ángel Latorre (1971): *Introducción al Derecho*, Tercera Edición, Editorial Ariel, Barcelona, p. 89.

dificultades de aplicación práctica. La sociedad se encuentra en una constante evolución de diversa índole (moral, social, tecnológica, etc.) y por más esfuerzos que haga el legislador a fin de contener el supuesto de hecho general y abstracto que constituye la ley, inevitablemente su creación será superada por la realidad, de ahí el surgimiento de lo que pudiese ser llamado como “lagunas jurídicas”.

La existencia de las lagunas jurídicas ha sido admitida desde la antigüedad por la ciencia y las legislaciones. A partir del siglo XIX se llegó a negar su existencia por algunos sectores científicos, tema que originó disímiles debates tratando de explicarlo y buscarle solución. Hoy se ha convertido en una realidad palpable que limita la plenitud del ordenamiento jurídico, pero que puede ser salvada.

Desde esta perspectiva histórica,²⁷ algunos niegan la existencia de las lagunas, haciéndolo desde el “dogma de la plenitud”. Posteriormente este dogma comienza a formar parte de la concepción estatista del Derecho en virtud de la cual el Estado tiene que encontrar los mecanismos para resolver los conflictos que se presenten, puesto que él tiene a su cargo la creación de las normas. A finales del siglo XIX hubo una fuerte reacción contra el dogma de la integridad o plenitud del ordenamiento jurídico.

Fernández Galiano y de Castro²⁸ para justificar el dogma de la plenitud y por tanto de la inexistencia de lagunas, defienden la teoría del espacio jurídico vacío, la de la norma general exclusiva y la de la obligación de juzgar del juez. La primera teoría fue formulada por K. Bergbohm y defendida por Santi Romano,²⁹ ella parte del principio de

27 Majela Ferrari Yaunner (2009): “Las lagunas jurídicas. Posiciones doctrinales y jusfilosóficas”, *Revista Cubana de Derecho*, No. 34, julio-diciembre, 2009, editada por la Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, p. 46.

28 Antonio Fernández Galiano y Benito De Castro (1993): *Ob. cit.*, pp. 184-186.

29 “[...] se puede concebir perfectamente que un ordenamiento jurídico admita como principio fundamental la limitación a determinadas materias, de forma que las que quedan fuera hayan de ser consideradas como jurídicamente irrelevantes, formando por tanto un campo en el que no se reconocen ni derechos ni obligaciones. Y no se trata solo de una mera posibilidad, sino de una exigencia indeclinable de todo ordenamiento, si resulta cierto el axioma antes recogido de que ningún ordenamiento asume la pretensión de regular toda clase de actividades y manifestaciones individuales, sino simplemente las que interesan a sus fines. Ver Santi Romano (1963): *El ordenamiento jurídico*, Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 316-317.

que la actividad humana está dividida en dos sectores: uno donde la actividad está vinculada por normas jurídicas y aquel en que dicha actividad es libre. Al primero se le llama espacio jurídico lleno y al segundo espacio jurídico vacío, este último tiene lugar cuando una determinada actividad no está regulada en ninguna norma. Atendiendo a esta consideración, la acción del Derecho se presenta con ciertos límites, pero no quiere decir que el Derecho tenga vacíos o deficiencias en todos los casos.

Esta teoría ha sido criticada por algunos autores,³⁰ entre los que se destaca Ferrari Yaunner,³¹ a cuyo criterio nos afiliamos, quien sostiene que de esta forma no se puede resolver ni justificar la inexistencia de lagunas, pero sí incrementa el problema. El desarrollo social le impone al Derecho nuevas metas de regulación que cumplir, pues a medida que transcurre el tiempo surgen situaciones merecedoras de ser tuteladas jurídicamente debido a las nuevas exigencias sociales que siempre va a presentar la sociedad.

La segunda teoría desarrollada por E. Zitelmann y D. Donati³² plantea, rechazando la anterior, que no existe el espacio jurídicamente vacío, sino que toda actividad humana está regulada por alguna norma jurídica, pues los comportamientos no comprendidos en la regulación de las normas jurídicas particulares serán regulados por una norma general excluyente. Dicha teoría igualmente justifica la inexistencia de las lagunas y debe su nombre a la importancia que se le da al principio que plantea que en el Derecho “todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido”.

Otros como Kelsen también defienden esta postura al considerar que: “[...] urge advertir que no existen lagunas auténticas en el sentido de que no fuese posible decidir un litigio con arreglo a las normas vigentes, porque no se pudiese aplicar la ley por falta de un precepto que hiciese referencia al caso. [...] El orden jurídico no solo contiene el principio de que se está obligado a una determinada conducta, sino también el contrario: se es libre de hacer u omitir aquello a lo que no se está obligado. Esta norma es la que se aplica cuando se decide ne-

30 [...] la lógica es impotente para llenar todos los vacíos resultantes de la insuficiencia de textos. José Castán Tobeñas (1951). *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo I, Volumen I, Instituto Editorial REUS, 8va. edición, Madrid, p. 367.

31 Majela Ferrari Yaunner (2009): Ob. cit, p. 48.

32 Citado por: Antonio Fernández Galiano y Benito De Castro (1993): Ob. cit., p.185.

gativamente la pretensión de que se realice una conducta no obligatoria”.³³ Esta teoría es puramente normativista y se reduce a la exigencia solamente de lo que está regulado por el Derecho positivo, pero no es lo suficientemente convincente para la justificación de la inexistencia de lagunas.

Ambas teorías aunque parecen similares, presentan discrepancias. Para la primera, lo que no está cualificado por ninguna norma jurídica es irrelevante, existiendo por tanto una libertad *de facto*, y para la segunda, lo incualificado es indiferente, la libertad sería *de iure*.

La última teoría está fundamentada en la obligación del juez de aplicar el Derecho a cualquier situación que se le plantee, buscando para ello la forma necesaria.³⁴ Cossio analiza esta teoría sosteniendo que para él no hay lagunas del Derecho,³⁵ porque hay jueces con la obligación de dictar sentencias, tanto en los casos previstos como en los no previstos. Pero no basta la existencia de jueces, puesto que ellos necesitan de una serie de mecanismos que los ayuden a buscar la solución más adecuada, ya sea dentro del propio ordenamiento jurídico, o fuera de él.

“La ley presenta lagunas, el Derecho no; el espectro de un espacio sin norma reguladora no existe, resulta algo incomprensible, el Derecho es siempre completo, plenario, sin poros. Lo que no implica la ausencia de lagunas legales, ya que por muy expresiva y cuidadosa que la ley sea, deja fuera de sí innumerables eventos y situaciones sin regular”.³⁶

Entenza Escobar,³⁷ aclara que “El reconocimiento de las deficiencias de las normas no debe producir la falsa impresión de que haya en el Derecho vacíos normativos. El orden jurídico no puede padecer

33 Hans Kelsen (1933). *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1ra. edición, Madrid, pp. 65-66.

34 Hans Kelsen expresa: “La falta de determinada norma jurídica dentro de un orden jurídico, fundándose en un juicio de valor subjetivo político-moral, es representada como la imposibilidad lógica de su aplicación”. Hans Kelsen (1946). *La teoría pura del Derecho*. 2da. edición, Editorial Losada, Buenos Aires, p. 256.

35 Carlos Cossio (1947): *La plenitud del Ordenamiento Jurídico*, Editorial Losada S. A., 2da. edición, Buenos Aires, p. 156.

36 Julio Garcearán De Vall (1957): *El juez ante la norma injusta y otros estudios*, Editorial Librería Martí, La Habana, 1957, p. 208.

37 Pedro Fernando Entenza Escobar (1957): *La norma jurídica civil*, Editorial J. Cebrian, La Habana, p. 47.

de lagunas, pues el juez, en todo caso, tiene que ofrecer una solución mediante la elaboración de una norma concreta que acude a llenar vacíos que pudieran adolecer las normas superiores”. De esta forma niega la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico, las que según él, solo pueden darse en el plano de la ley.

Para Geny,³⁸ la organización jurídica positiva, aún la más perfecta, deja inevitablemente abiertos ciertos huecos que la sola lógica es impotente a llenar, y ante los cuales se necesita de medios independientes para poder llenarlos.

En sentido general, el problema de las lagunas jurídicas abarca doctrinalmente dos criterios distintos, la inexistencia de las lagunas en el Derecho³⁹ y por el contrario, la admisión de ellas en la ley. Lo cierto es que su existencia es verdadera.

Desvernine y Galdós⁴⁰ defienden la teoría de la norma general excluyente basada en la obligación del juez de juzgar, donde apoyan la idea de la inexistencia de lagunas en el Derecho, aunque no niegan la posibilidad de que estas se encuentren en la ley.

En otros autores, sin embargo, puede encontrarse una construcción teórica más amplia respecto al tema, en este caso se encuentra Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro quien recrea la teoría kelseniana acerca de la plenitud hermética del ordenamiento, sin embargo, defiende la existencia de lagunas de la ley.⁴¹

38 Citado por: José Castán Tobeñas (1951): Ob. cit, p. 367.

39 Al respecto Hans Kelsen expresó: “La conducta jurídicamente no prohibida y, por lo tanto, permitida en ese sentido de un individuo, puede ser garantizada por el orden jurídico de manera que los restantes individuos estén obligados a consentir ese comportamiento, es decir, estén obligados a no impedirlo o no intervenir de algún modo en él. Así sucede siempre cuando existe una prohibición general de recurrir a la fuerza física, reservándose ese empleo de la fuerza a la comunidad jurídica. Pero es enteramente posible que la conducta no prohibida, y en ese sentido, permitida, de un individuo, no consistente en el empleo de fuerza física, se contraponga a la de otro individuo cuya conducta tampoco está prohibida, y, por ende, sea permitida. Tendremos entonces, como ya se señaló, un conflicto de intereses que el orden jurídico no previene; ningún orden jurídico puede prevenir todos los conflictos posibles de intereses”. Estas palabras del autor, a pesar de considerar él que las lagunas son una ficción, suenan a una admisión implícita de la posibilidad de que ellas existan. Hans Kelsen (1946): Ob. cit, p. 252.

40 Citado por: Majela Ferrari Yaunner (2010): Ob. cit, p. 40.

41 Ídem, p. 41.

Aunque los autores más notables de este período se concentran fundamentalmente en el tratamiento de temas afines como la interpretación, las fuentes del Derecho y la integración, de alguna forma tocan el referente a las lagunas, unos con mayor rigor y profundidad que otros, algunos desde el Derecho Civil y otros desde la teoría y la filosofía del Derecho, pero todos siguiendo la idea del Código Civil español plantean la existencia de lagunas solo en la ley, negando por diferentes razones su aparición en el Derecho. Se hace evidente que durante este período, la vigencia del Código Civil español y su tratamiento expreso del tema, incentivó la atención teórica al respecto.

Luego del triunfo revolucionario de 1959, se mantiene este cuerpo legal rigiendo la materia civil hasta la promulgación en 1987 del Código Civil cubano, aún vigente en nuestro país. En este período se constata una ausencia de investigaciones sobre las lagunas jurídicas dada la influencia de la teoría jurídica de la ya desaparecida Unión Soviética.

1.2.1. Las lagunas jurídicas. Aproximación conceptual y causas que las originan

Numerosos autores dentro de la doctrina jurídica han dedicado su estudio a dar una definición del término lagunas, existiendo entre ellos puntos en común, donde las diferencias en ocasiones tienen implicaciones teóricas o, simplemente semánticas.

Desde el punto de vista metodológico existen dos grupos fundamentales, en el primero se ubican los conceptos que distinguen las lagunas como aquellos vacíos o la ausencia de regulación.

Dentro del citado grupo encontramos a De Castro y Bravo,⁴² quien refiere que las disposiciones de la ley, como obra humana que son, no pueden regular ni preverlo todo, por lo que está a favor de los vacíos normativos. Por otro lado, Nino⁴³ expone que existen lagunas cuando el caso que se presenta carece completamente de respuesta en el sistema jurídico.

42 Federico de Castro y Bravo (1955): *Derecho Civil de España*, Parte General, Tomo I, 3ra. edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 528-529.

43 Carlos Santiago Nino (1997): *Introducción al análisis del Derecho*, 8va. edición, Barcelona, p. 281.

Siguiendo esta misma línea se pronuncia Latorre,⁴⁴ quien considera que las lagunas son áreas vacías para las cuales la ley no ha previsto ninguna norma. Prieto Sanchís⁴⁵ plantea que: “un cierto caso representa una laguna de un determinado sistema cuando este no correlaciona dicho caso con alguna calificación normativa, esto es, cuando no lo declara ni prohibido u ordenado, ni permitido”.

Decir que todos los textos legislativos son completos, que regulan todos los potenciales supuestos de la vida social, es, según Benjamín Cardozo,⁴⁶ una ilusión, porque la existencia de lagunas en la ley es una realidad.

Fernández Galiano y De Castro⁴⁷ refieren que por laguna jurídica se entiende la carencia o inexistencia de una norma general específica dentro del ordenamiento jurídico que regule el caso planteado, es el vacío normativo que los juristas tendrán que colmar recurriendo a mecanismos de complementación previstos en el ordenamiento jurídico.

El término laguna, según refieren Díez-Picazo y Gullón,⁴⁸ es utilizado en sentido metafórico para referirse a posibles huecos o vacíos. En ese sentido, Fernández Bulté⁴⁹ señala que cuando se hace alusión a las lagunas jurídicas, se está hablando por tanto, de la ausencia total de solución jurídica; de la falta de normatividad o de regulación para poder resolver los conflictos sociales; se trata de un vacío legislativo o jurídico en general, o a una falta de normatividad.

Por laguna entiende Karl Larenz⁵⁰ tanto la ausencia de disposición, de coherencia de regulación, como la falta de disposición restrictiva si la finalidad de la norma exige limitación. Carnelutti, por su parte, las

44 Ángel Latorre (1971): Ob. cit., p. 82.

45 Luis Prieto Sanchís (2007): *Apuntes de Teoría del Derecho*, Editorial Trotta, 2da. edición, Madrid, p. 125.

46 Citado por: Laura Miraut Martín (1999): *La Teoría de la Decisión Jurídica de Benjamín Nathan Cardozo*, Editorial DYKINSON, Madrid, p. 180.

47 Antonio Fernández Galiano y Benito de Castro (1993): Ob. cit., p. 187.

48 Citado por: Grisel Galiano Maritan (2008): “La interpretación y la integración de los contratos como actos jurídicos civiles”, Tesis en opción al título de Licenciada en Derecho, Camagüey, p. 37.

49 Julio Fernández Bulté (2005): Ob. cit., p. 225.

50 Citado por: Francisco Lledó Yagüe y Manuel María Zorrilla Ruiz (1998): *Teoría General del Derecho (para un entendimiento razonable de los episodios del mundo)*, Editorial DYKINSON S. L, Madrid, p. 326.

define como un “caso que no está regulado por la fuente legislativa o por cualquier otra fuente”.⁵¹

Para Puig Peña⁵² un vacío puede producirse porque no ha llegado el momento de dictar disposición; por omisión involuntaria; porque habiendo disciplina no la hay para el punto controvertido; o porque la disciplina aplicable es susceptible de varias soluciones y no puede determinarse la preferible.

El otro grupo de teóricos asumen la posibilidad de la existencia de lagunas cuando la norma jurídica, a pesar de existir, es deficiente. En ese sentido, encontramos el criterio de Díez-Picazo,⁵³ quien las define como deficiencia o inexistencia de la ley.

Según Cossio,⁵⁴ las lagunas son oscuridad o insuficiencia de las leyes o la inexistencia de un determinado precepto legal expreso. De Castro y Bravo⁵⁵ considera que lagunas jurídicas son también aquellas situaciones que el legislador ha redactado con descuido, en forma incorrecta o contradictoria porque aquí el intérprete busca y no encuentra el texto que le resuelva lo planteado.

En las definiciones dadas por los anteriores autores existen puntos de convergencia, consistente en la consideración de que las lagunas son situaciones a las que el ordenamiento debe dar respuesta, lo que garantiza su plenitud, la justicia y la seguridad jurídica.

Lo cierto es que no solo hay lagunas ante la ausencia total de regulación, sino además, cuando a pesar de existir la norma para una situación determinada, esta se declara inaplicable e ineficaz por ser oscura o ambigua, por lo que ambos casos merecen un respaldo legal.

Las causas de existencia de las lagunas pueden ser numerosas, y se convierten en la razón de ser de las clasificaciones que sirven para tipificar las lagunas como afirma Ferrari Yaunner.⁵⁶ Según la citada autora ellas pueden encontrarse cuando en el momento en que aparece la norma surgen determinadas situaciones que no existían y por ende,

51 Francesco Carnelutti (1941): *Teoría General del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 115.

52 Citado por: Antonio Fernández Galiano y Benito De Castro (1993): Ob. cit., p. 187.

53 Luis Díez-Picazo (1982): *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, Editorial Ariel, España, p. 277.

54 Carlos Cossio (1947): Ob. cit., p. 114.

55 Federico de Castro y Bravo (1955): Ob. cit., p. 529.

56 Majela Ferrari Yaunner (2009): Ob. cit., pp. 59-60.

el legislador no las tuvo en cuenta quedando desprovistas de regulación en ese momento. Esta causa es considerada la principal, aunque no es la única, pues puede ocurrir además que el legislador por olvido deje fuera de la ley determinada cuestión, ya sea porque subestimó su importancia social o trascendencia jurídica, o porque consideró que carecía de la madurez necesaria para ser reglamentada. Otra causa es el incumplimiento por parte del legislador de un mandato constitucional, ya sea expreso o que derive de la propia regulación suprema.

Cuando existe una antinomia entre normas de igual jerarquía y los criterios para resolverla no permiten optar por ninguna de las dos normas en conflicto, surge una laguna legal porque se invalida la norma existente quedando así un vacío normativo, igualmente sucede cuando las normas tienen deficiencias técnicas relacionadas con el uso del lenguaje, como son los conceptos jurídicos indeterminados, ambiguos o vagos que hacen difícil o imposible su concreción al caso.

Las causas políticas también generan lagunas jurídicas, pues evidencian la contradicción entre los intereses del legislador y los de determinado sector social donde hay supuestos susceptibles de regulación que no están normados. La remisión normativa provoca lagunas cuando una norma remite a una segunda y esta segunda vuelve a remitir a la primera ocasionando una indecisión en cuanto a la norma que se debe aplicar.

I.2.2. Clasificación y efectos de las lagunas jurídicas

Teniendo en cuenta su definición y características, las lagunas han sido clasificadas por autores como Lombardi Vallauri⁵⁷ en estáticas y dinámicas, las primeras son aquellas deficiencias del texto legal contemplado en sí mismo, es decir, son aquellas limitaciones que el legislador pudo prever en el momento de redactar la ley, pero no lo hizo. Las segundas son aquellas que el legislador no pudo prever porque las circunstancias sociales cambiaron y su exigencia de regulación se presenta novedosa. Dentro de las estáticas distingue dos grupos, las consideradas lagunas por defecto, que pueden surgir por varias cau-

57 Citado por: Diego Poole Derqui (1998): Ob. cit., pp. 63-70.

sas, como la inexistencia de norma aplicable al caso en cuestión, ya sea porque no hay norma en absoluto o porque la norma es indeterminada o en sí misma incompleta. En un segundo grupo se ubican las lagunas estáticas por contradicción, que son aquellas que pueden darse en dos niveles distintos: en uno puramente gramatical y en otro de la lógica jurídica; en el primero se trata de las típicas antinomias; otros la califican como lagunas de colisión⁵⁸ provocadas por la existencia de antinomias en el ordenamiento, cuando sobre el mismo supuesto existe una contradicción sin primar una regulación sobre la otra base de los criterios de jerarquía, prioridad, competencia, entre otros. En el segundo nivel, se trata de las contradicciones que pueden surgir al interpretar con distintos criterios las normas que gramaticalmente no se contradicen.

Si el vacío o la carencia se produce con respecto al conjunto de normas legales, tenido en cuenta como parte del ordenamiento jurídico total, a criterio de Fernández Galiano y De Castro,⁵⁹ se trata de lagunas legales que ponen en apuros a los juristas, porque se está ante el supuesto en el que el problema de las lagunas se presenta en su sentido más genuino, pues en todo ese sistema de normas estatales no se encuentra una norma capaz de resolver la cuestión. Larenz⁶⁰ a este tipo de lagunas, donde la norma particular es incompleta, las denomina lagunas normativas. Si por el contrario, el problema de las lagunas se plantea dentro de la consideración del ordenamiento jurídico ideal, se está según el autor, ante las lagunas ideológicas que solo son resolubles en el ámbito de la política legislativa general.

Consideramos que las lagunas ideológicas no suponen en realidad lagunas jurídicas en sentido estricto, puesto que no puede hablarse en tales casos de falta de regulación jurídica ni de regulación jurídica insuficiente. Lo que hay es, por el contrario, una regulación injusta, ello significa una regulación inadecuada desde el punto de vista de la realización de los valores jurídicos, que conviene, ciertamente, modificar ajustándola en todo caso a las exigencias inherentes al ideal de justicia.

58 Colectivo de Autores (1995): *Derecho Civil Parte General*, 2a. edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 196.

59 Antonio Fernández Galiano y Bentio de Castro (1993): Ob. cit., pp. 187-188.

60 Karl Larenz (2001): *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Segunda edición, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, p. 365.

Los citados autores Fernández Galiano y De Castro⁶¹ han centrado su atención en una clasificación más específica, distinguiendo las lagunas propias y las impropias; las propias son aquellos vacíos o insuficiencias normativas del ordenamiento jurídico considerado en sí mismo. Las impropias son carencias normativas que registran un determinado ordenamiento jurídico positivo cuando se le contrasta con algún tipo de ordenamiento modélico, sea real o ideal. Ambas se diferencian en que las primeras encuentran solución en el conjunto de las normas vigentes a través de la actividad de los intérpretes; y las segundas, solo pueden ser resueltas a través de la creación de nuevas normas.⁶²

Distinguen además estos autores, entre las lagunas subjetivas y las lagunas objetivas: las primeras son aquellos vacíos legislativos que se originan con la actuación del legislador que a causa de error o por inadvertencia, o bien por una decisión consciente, ha dejado sin regular determinadas conductas o materias. Por su parte, las objetivas se producen por el envejecimiento de los ordenamientos jurídicos debido a la propia dinámica de las relaciones sociales. Aquí encontramos una similitud con las lagunas estáticas y dinámicas clasificadas por Lombardi, donde la única diferencia radica en la denominación de ambas lagunas.

Bobbio⁶³ las divide en voluntarias e involuntarias. Las primeras son las que el legislador consciente y a propósito deja porque entiende que la materia es muy complicada, y por tanto no puede ser regulada con reglas demasiado minuciosas considerando mejor encomendarlas a la interpretación del juez, caso por caso. Las involuntarias son las que dependen de cualquier descuido del legislador que deja de regular determinado caso o desatiende alguno por no ser frecuente.

En una tercera clasificación Fernández Galiano y De Castro⁶⁴ ubican las *praeter legem* o fuera de la ley, que se dan cuando las normas jurídicas son particularizadas y no permiten que sean incluidos en su regulación específica todos los supuestos que pueden presentarse en

61 Antonio Fernández Galiano y Benito De Castro (1993): Ob. cit., p. 188.

62 Ídem.

63 Norberto Bobbio (1998): *Teoría General del Derecho*, Editorial Debate, 5ta. reimpresión, España, p. 225.

64 Antonio Fernández Galiano y Benito de Castro (1993): Ob. cit., p. 188.

esa materia y a ese nivel de particularidad. Las *intra legem* existen, por el contrario, cuando las normas jurídicas son tan genéricas y abstractas que no llegan a ofrecer una solución adecuada para varios de los supuestos particulares que se presentan dentro del área de relaciones sociales por ellas reguladas.

Desde el punto de vista metodológico, las clasificaciones serán un punto de partida para en un momento posterior analizar las formas de solución de las lagunas, pues se ha valorado que los mecanismos para resolverlas pueden ser distintos según el tipo de laguna del que se trate.

En relación con las normas que remiten a otras normas, son identificadas con el nombre de lagunas por remisión,⁶⁵ que a su vez pueden ser recíprocas cuando dos normas se remiten la una a la otra sin que ninguna regule el supuesto, se encuentran además las no desarrolladas cuando existe una omisión legislativa, o cuando se haya remitido la regulación de dicha materia a otro órgano que no necesariamente tiene que ser el legislativo.

Haciendo referencia a la valoración de la justicia que brinda o garantiza la solución por la norma al caso en cuestión, las lagunas pudieran clasificarse según el criterio de Fernández Bulté en lagunas axiológicas, se trata en esos casos, no de la ausencia de normas, sino de la existencia de normas que resultan inadecuadas, evidentemente injustas a la luz de la moral media, ineficaces o, por cualesquiera otras razones, de inadmisibles aplicación.⁶⁶ En este caso, se trata de una norma que no puede aplicarse por abarcar casos o arrastrar consecuencias que el legislador no habría ordenado de haber sido consecuente con ellos.

Si la causa es la indeterminación o vaguedad de los conceptos jurídicos Salguero⁶⁷ las clasifica en lagunas de reconocimiento, que se originan cuando hay un área oscura o indeterminada desde el punto de vista semántico en un término o concepto previsto en la norma que impide determinar si un caso individual pertenece o no a este supuesto. En esa misma línea identifica a las lagunas de conocimiento

65 Colectivo de Autores (1995): Ob. cit., p. 196.

66 Julio Fernández Bulté (2005). Ob. cit., pp. 227-228.

67 Manuel Salguero (2002): *Argumentación jurídica por analogía*, 1ra. edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, pp. 57-59.

provocadas por el desconocimiento de las particularidades de un hecho, y por tanto es difícil o casi imposible incluirlo dentro de una clase genérica de casos.

Si fuésemos a criticar esta clasificación compartiríamos el criterio de Ferrari Yaunner,⁶⁸ quien aduce que en este caso no existe una laguna porque realmente el vacío no está en la norma propiamente dicha, sino que el jurista desconoce elementos o características imprescindibles para su tipificación. En las lagunas de reconocimiento podemos afirmar la existencia de una laguna, ya que es en la letra de la norma donde aparece un término que resulta ambiguo haciéndose difícil la aplicación de la norma a determinados casos.

Las lagunas en el Derecho no existen en su totalidad, pero sí en la ley, donde el ordenamiento jurídico es quien debe instrumentar mecanismos que tengan la misión de completar e integrar las nuevas soluciones de las que carece la ley, para que aún cuando no haya lagunas legales, no se produzca un vacío jurídico.

Se hace necesario el análisis de los efectos de las lagunas de la ley pues, solo conociendo su incidencia sobre el ordenamiento jurídico y la sociedad en general obtendremos las soluciones para llenarlas, y ello debe ser una meta a cumplir tanto para el legislador como para los juristas.

Uno de los efectos de las lagunas para el ordenamiento jurídico que enuncia Ferrari Yaunner⁶⁹ es la afectación al principio de seguridad jurídica, ya que el ordenamiento fue pensado para dar soluciones a todos los acontecimientos que se presentaran en la sociedad merecedores de tutela jurídica con un fundamento de plenitud o completitud. Este efecto, en ocasiones, disminuye con la utilización de mecanismos de integración y no deja de ser una cuestión preocupante que tiende a afectar a la seguridad jurídica. El principio de legalidad se ve igualmente afectado cuando la norma es omisa u oscura. En este sentido, al no existir para cada caso una solución, el principio debe ser salvado de otra forma, pero no mediante la aplicación directa de normas preexistentes, ya que en su ausencia radica fundamentalmente el problema de las lagunas.

Se lacera la justicia, principalmente en el caso de las lagunas axiológicas o ideológicas, ya que aunque no sean consideradas lagunas

68 Majela Ferrari Yaunner (2009): Ob. cit., p. 66.

69 Ídem, pp. 66-68.

solucionables por el intérprete no dejan de perjudicar la noción de justicia prevaleciente en la sociedad. Por otra parte la existencia de normas para los casos que ante el Derecho se presenten es un presupuesto importante de justicia y seguridad que se vulnera con la propia existencia de vacíos o deficiencias normativas.⁷⁰

Su presencia afecta la coherencia, la unidad y la plenitud del ordenamiento jurídico al igual que la validez de las normas cuando la laguna es provocada por la existencia de una norma defectuosa y no por la ausencia de regulación.

La eficacia de los derechos se afecta con las omisiones legislativas que en muchas ocasiones surgen producto del incumplimiento de un mandato constitucional que impone la obligación de legislar determinada cuestión.

Los vacíos o normas oscuras pueden provocar afectaciones a los derechos de los ciudadanos, pues se deja en manos de los juristas la toma de decisiones sobre el mecanismo a utilizar para resolver el caso y esto puede acarrear disímiles errores o arbitrariedades.

Atendiendo a las condiciones históricas y socioeconómicas de la sociedad y a la voluntad política, el ordenamiento jurídico debe establecer medios de solución para todo caso que se presente, sin dejar desamparada la pretensión de ningún ciudadano. Así quedaría reforzada la seguridad jurídica y se obtendría una mayor coherencia y plenitud en el mismo. Por ello, es menester de los juristas analizar y buscar las soluciones posibles para suplir las lagunas, utilizando para ello mecanismos de integración que posibiliten la tutela de principios y valores jurídicos afectados por este tipo de situaciones, minimizando así sus efectos y dando la posibilidad a los ciudadanos de recuperar la certeza y la garantía de justicia en el Derecho.

II. Consideraciones finales

El Derecho es un ente integrado por una serie de elementos interconectados entre sí de manera ordenada, que interactúan de forma dinámica haciendo obligatoria la adaptación de las normas a la situa-

70 Ibidem, p. 67.

ción jurídico-social actual por una cuestión de garantía de la justicia y la plenitud del Derecho. No es solo un conjunto de normas, al contrario, está integrado además por principios y valores de los cuales el operador jurídico se debe auxiliar para resolver las deficiencias que se encuentran dentro del ordenamiento jurídico que afectan su plenitud.

El ordenamiento jurídico debe gozar de una armonía tanto interna como externa entre sus componentes, quienes deben nutrirse de forma recíproca para irse completando y actualizando, porque no constituye un sistema estático, al contrario, está siempre en estado constituyente porque las relaciones sociales son muy ricas, cambian con el devenir histórico. Por eso, atendiendo a las condiciones históricas y socioeconómicas de la sociedad y a la voluntad política, el ordenamiento jurídico debe establecer medios de solución para todo caso que se presente, sin dejar desamparada la pretensión de ningún ciudadano.

El Derecho visto en su totalidad goza de plenitud porque dentro de él se encuentran las posibles soluciones para colmar los vacíos jurídicos, sin embargo, el ordenamiento jurídico carece de plenitud porque la ley, además de contener lagunas en su interior, no evidencia los métodos o las vías para darle solución.

Las lagunas de la ley son circunstancias fácticas que el legislador no previó, o normas inaplicables que padecen de imperfecciones legislativas, pero ambas situaciones merecen garantía jurídica porque lesionan la plenitud, la coherencia del ordenamiento jurídico, y, fundamentalmente, la seguridad jurídica, lo cual deviene en una dificultad para los ciudadanos que acuden al Derecho en busca de una solución justa que ampare sus derechos, haciéndose imprescindible de esta manera, la búsqueda de soluciones a través de la integración del Derecho.

Bibliografía

Fuentes teóricas

AA. VV. (2002): *Manual de Historia General del Estado y del Derecho I*, Primera Parte, 2da. reimpresión, Editorial Félix Varela, La Habana.

- AA. VV. (2006): *Derecho Notarial*, Tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana.
- BOBBIO, N. (1998): *Teoría General del Derecho*, Editorial Debate, 5ta. reimpresión, España.
- CAÑIZARES ABELEDO, F. (1996): *Teoría del Estado*, Primera edición, Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, Cuba.
- CARNELUTTI, F. (1941): *Teoría General del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1951): *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo I, Introducción y Parte general, Volumen I, Instituto Editorial Reus, Octava edición, Madrid.
- COSSIO, CARLOS (1947): *La plenitud del Ordenamiento Jurídico*, Editorial Losada S. A., 2da. edición, Buenos Aires.
- DE CASTRO y BRAVO, F. (1955): *Derecho Civil de España*, Tomo I, Parte general, 3ra. edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- DIEZ PICAZO, LUIS (1982): *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, Editorial Ariel, España.
- ENTENZA ESCOBAR, P. F. (1957): *La norma jurídica civil*, Editorial J. Cebrian, La Habana.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, JULIO (2005): *Teoría del Estado y del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana.
- FERRARI YAUNNER, M. (2009): "Las lagunas jurídicas. Posiciones doctrinales y jusfilosóficas", *Revista Cubana de Derecho* No. 34, julio-diciembre, 2009, Editada por la Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana.
- FERRARI YAUNNER, M. (2010): "Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba". Tesis para optar por la categoría de Doctor en Ciencias Jurídicas, La Habana.
- GALIANO FERNÁNDEZ, A y DE CASTRO, B. (1993): *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Editorial Universitas, S.A., Madrid.
- GALIANO MARITAN. G. (2008): "La integración y la interpretación de los contratos como actos jurídicos civiles". Tesis en opción al título de Licenciada en Derecho, Camagüey.
- JAWITSCH, L. S. (1988): *Teoría General del Derecho*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana.
- KELSEN, H. (1946): *La teoría pura del Derecho*, 2da. edición, Editorial Losada, Buenos Aires.

- KELSEN, HANS. (1933): *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1ra. edición, Madrid.
- LATORRE, A. (1971): *Introducción al Derecho*, Tercera edición, Editorial Ariel, Barcelona.
- LLEDÓ YAGÜE, F Y ZORRILLA RUIZ, M. M. (1998): *Teoría General del Derecho (para un entendimiento razonable de los episodios del mundo)*, Editorial DYKINSON S. L., Madrid.
- LÓPEZ CALERA, N. M. (1987): *Introducción al Estudio del Derecho*, 2da. edición, Granada.
- MIRAUT MARTÍN, L. (1999): *La Teoría de la Decisión Jurídica de Benjamín Nathan Cardozo*, Editorial DYKINSON, Madrid.
- NINO, C. S. (1997): *Introducción al análisis del Derecho*, 8va. edición, Barcelona.
- POOLE DERQUI, D. (1998): *El Derecho de los juristas y sus implicaciones: Un diálogo con Lombardi Vallauri*, Editorial DYKINSON, S. L., Madrid.
- PRIETO VALDÉS, M.: "El ordenamiento jurídico cubano. Caracteres y principios esenciales", en: PÉREZ HERNÁNDEZ, L. (Compiladora): *Selección de Lecturas sobre el Estado y el Derecho. Curso de formación de trabajadores sociales*.
- RAMÍREZ MONARES, M. G. (2001): "*Principios generales del Derecho. Metodología jurídica*", Universidad Nacional Autónoma de México. Facultad de Derecho. Disponible en Word Wide Web: <http://www.comunidad.derecho.org>.
- ROMANO, SANTI (1963): *El ordenamiento jurídico*, Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

LA ASOCIACIÓN CONTRACTUAL

Los negocios conjuntos sin constituir una nueva persona jurídica

Ya vimos que bajo la denominación genérica de *joint venture* o empresa mixta suelen identificarse aquellos negocios caracterizados por la acción conjunta de dos o más socios de diferentes países, con un objetivo determinado, mediante la cual se logra una participación de ambos en la contribución, en los riesgos y beneficios y en el control financiero, que suele incluir la transferencia de tecnología en cualquiera de sus manifestaciones; y que adoptan una forma ágil y flexible, capaz de adaptarse a los requerimientos de los intereses de las partes y a las exigencias de la legislación local.

También vimos que estas asociaciones económicas aunque pueden asumir variadas formas o modalidades, de acuerdo con la actividad mercantil a que se dediquen, se agrupan en dos clases o formas desde el punto de vista jurídico: la asociación contractual y la empresa mixta propiamente dicha.

Destacamos cómo la diferencia esencial radica en la constitución o no de una nueva persona jurídica, diferente a la de las partes que la integran, lo que repercute no solo en la formalidad o instrumentación jurídica, sino, lo que es más importante aún, en la delimitación de la responsabilidad patrimonial de las partes en la asociación.

¿Y puede haber asociación o sociedad sin personalidad jurídica propia? ¿El hecho mismo de la asociación de dos o más partes para emprender un negocio en común, no implica necesariamente la creación de una nueva persona jurídica?

La respuesta merece un breve análisis para precisar la diferencia entre el sentido y alcance del término *asociación* como constitutivo de una sociedad, de una persona jurídica, y del propio término cuando es sólo un contrato, sin llegar a constituir una personalidad distinta a la de las partes.

Para el derecho, *persona* es sujeto de la relación jurídica. O lo que es igual, en sentido jurídico *persona* significa *sujeto de derecho*. De acuerdo con la teoría del Derecho civil –y las regulaciones de nuestro

correspondiente Código— los sujetos de derecho o sujetos de la relación jurídica pueden ser *personas naturales o jurídicas*. La *persona natural* se identifica, como con razón se ha dicho,¹ con la noción común, como individuo de la especie humana. Las personas jurídicas (morales o ficticias, como le llaman otros), son entidades creadas por el derecho en las cuales se combina un valor (persona, capacidad) y un valor objetivo (patrimonio propio). Son, por tanto, y una combinación de individuos y medios a la cual el derecho otorga una especial connotación: la de persona.

Hay otras combinaciones de individuos y medios a las que la ley no otorga categoría de personas, como por ejemplo, la comunidad matrimonial de bienes, que constituye un patrimonio común, distinto de aquel que individualmente pueda corresponder a cada uno de los cónyuges y sin embargo, no es considerado persona. En el ámbito mismo de las asociaciones, hay casos donde el derecho no atribuye la cualidad de persona a combinaciones de individuos y medios, como por ejemplo, las sociedades simples en nombre colectivo y comandita en el derecho italiano, que a pesar de estar dotadas de autonomía patrimonial con respecto a los socios, no gozan, sin embargo, la condición de persona.²

Según el Código Civil cubano, *persona jurídica* es aquella entidad que, poseyendo patrimonio propio, tiene capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones (artículo 39,1). El propio Código se encarga de precisar las personas jurídicas que reconoce, señalando entre ellas las sociedades y las asociaciones constituidas de conformidad con los requisitos establecidos en las leyes (artículo 39,2; inciso ch).

La diferencia entre las sociedades y las asociaciones está dada, según la doctrina, por el fin económico que persiguen las primeras y el fin cultural, científico o de beneficencia que realizan las otras; fin que siempre es común a todos los asociados, aunque para la obtención de este fin la asociación debe ejercer una actividad económica.³

En nuestro derecho, la sociedad puede ser *civil y mercantil*. La *civil* surge mediante el contrato de sociedad, que es aquel a través del cual

1 Leopoldo Borja: "Algunos aspectos de las sociedades Irregulares" en *Revista de Derecho Privado*, año 1, no. 3, julio-septiembre de 1984, Caracas, Venezuela, p. 145.

2 Ídem.

3 Ídem, p. 150.

los socios se obligan a aportar dinero u otros bienes, o su participación laboral, con el fin de alcanzar objetivos que estén en armonía con los intereses sociales. La sociedad, para su constitución requiere la previa aprobación del organismo estatal competente y adquiere personalidad jurídica por su inscripción en el registro público correspondiente. El contrato de sociedad requiere la forma escrita (artículo 396 del Código Civil).

La sociedad *mercantil*, que es la que nos interesa para este estudio, puede ser de personas y de capital, conforme al criterio económico-jurídico de distinción, atendiendo a la limitación de responsabilidad patrimonial entre la sociedad y los socios. Así la sociedad *colectiva* o la *comandita* constituyen sociedades de personas, y la de *responsabilidad limitada* y la *anónima* son ejemplos de sociedades colectivistas o de capitales. Las asociaciones y sociedades, como personas jurídicas, tienen capacidad jurídica general que estará limitada solamente por el hecho de no estar facultadas para aquellas actuaciones o relaciones jurídicas reservadas exclusivamente a la persona natural. Asimismo tienen capacidad de obrar, a través de sus órganos, que no solo la representan, sino más aún, ponen en acción la propia capacidad de la persona jurídica.

Ahora bien, la asociación podemos verla en tres momentos distintos: como relación jurídica, como contrato y como institución. Y es en este último momento en que la asociación puede constituir una nueva persona jurídica.

Semántica y jurídicamente hablando, asociación es el género, y sociedad la especie, ya que el hecho de asociarse, de ser socios en un objetivo determinado, no necesariamente lleva implícito la creación de una sociedad civil o mercantil.

Para llegar a la sociedad, a la creación de una persona jurídica diferente a la de los socios, habrá que transitar lógicamente el camino de la relación jurídica y del contrato; pero la asociación puede abarcar otras formas en las cuales los sujetos de la relación jurídica, mediante un contrato, se constituyan en socios. O sea, se asocien para enfrentar o acometer determinada actividad o empresa en común, sin que ello necesariamente implique la formación de una sociedad (con todas las de la ley) como entidad, como persona, distinta a la de los socios que le dan vida.

Más aún, la sociedad no es el único tipo de contrato asociativo, ya que dentro del género común, contratos de asociación podemos considerar los de sociedad, los de participación, las cooperativas y otros que reconoce el derecho en los distintos sistemas jurídicos.

Según la doctrina, los rasgos distintivos del contrato de sociedad que lo diferencian de los otros contratos asociativos, son: el aporte de los socios, el ejercicio en común de una actividad económica y el fin que persiguen las partes de procurarse una ventaja patrimonial.

Y es aquí donde en materia de empresas mixtas vemos que las tres características están presentes en las dos modalidades o formas de asociación: la empresa mixta propiamente dicha, que es aquella donde las partes constituyen una sociedad mercantil, o sea, una nueva persona jurídica que adopta la forma de sociedad mercantil; y la asociación contractual, mediante la cual las partes se asocian para acometer un negocio en común, sin que ello lleve implícito la creación de una nueva persona jurídica, de una sociedad mercantil distinta a los socios.

La asociación contractual. Concepto. Formas de utilización

La *asociación contractual*, también llamada *asociación mixta contractual* y *joint venture*, es la asociación mediante contratos de dos empresas para emprender un trabajo en común, en la cual cada una de las partes mantiene su personalidad jurídica propia. Por tanto, no origina la creación de una tercera persona jurídica independiente de la de las partes.

La asociación contractual se emplea a menudo en aquellos casos en los que las leyes del país donde han de llevarse a cabo las operaciones, no permiten la creación de una sociedad o compañía mercantil para el objetivo que se propone. Por su índole, menos permanente, este tipo de asociación sirve, en ocasiones, como fase preliminar de futuras empresas mixtas de participación en el capital; es decir, como un período de prueba que precede a la creación formal de una empresa mixta propiamente dicha.

Se utiliza también con frecuencia en el ámbito de la contratación internacional de construcciones y plantas completas, para la construc-

ción de grandes y complejas obras y proyectos industriales, en los que la experiencia de uno solo de los contratistas puede resultar insuficiente, por lo que se asocia a otro que asume una parte importante en el proyecto. En estos supuestos, hay que distinguirla de subcontratación, pues no solo se trata de que el contratista principal contrata con el empleador o inversionista y mantiene con él toda la relación jurídica del negocio. No; en este tipo de asociación contractual, típica de la construcción internacional, cualquiera de los asociados responde ante el empleador o inversionista por la obligación en su conjunto, y este tiene el derecho de reclamar su cumplimiento indistintamente a cualquiera de ellos. Es, en estos casos, una obligación solidaria entre los socios con respecto al empleador.

Pero hay otras modalidades de asociación contractual, en atención al objeto de la negociación. Así el asociado extranjero puede suministrar recursos financieros, bienes de capital patentes industriales, asistencia técnica y *know how* asociado local, a cambio del pago de ciertos *cánones*, *royalties* o derechos que pueden calcularse de acuerdo con los niveles de producción, de venta, de beneficios y utilidades u otras formas. Es frecuente también la utilización de esta modalidad de asociación para el establecimiento de mecanismos de comercialización y otras variantes de cooperación mercantil, entre ellas las que establecen formas del llamado comercio intermediario.

Como bien señala la doctrina, la asociación mixta contractual nace con el contrato y termina con la culminación de la obra o propósito que se persigue. Es la unión para una aventura en común al solo efecto de esta.

La asociación de empresas

Una de las formas más frecuentes de asociación contractual actualmente se conoce con el nombre de asociación de empresas y consiste en la asociación de dos o más empresas para acometer en común un negocio determinado, sin necesidad de constituir para ello una sociedad mercantil.

Se trata, por tanto, de un contrato mediante el cual en forma transitoria, es decir, por un término fijado o mientras se realice cierto negocio

o actividad, dos empresas se asocian a fin de que con el concurso de entidades a ellas subordinadas, o su personal o sus medios económicos o financieros, llevar a cabo la realización o explotación mercantil, o sea, un negocio específico.

En la práctica, en muchos países, no requiere aprobación por autoridad alguna, y ni siquiera es objeto de inscripción en registro. Se instrumenta jurídicamente mediante un contrato, en el cual las partes deben precisar en qué consiste la participación de cada socio —es decir, de qué manera van a participar en el negocio, ya que no se trata de formar o constituir un capital común— así como la forma o proporción en que compartirán los riesgos y las utilidades. Y designan, por lo general, un comité de gestión integrado por representantes de cada asociado, para coordinar las actividades propias del negocio y la forma de colaboración.

Es importante destacar que, como asociación contractual al fin, no posee personalidad jurídica y, por ende, nombre propio, por lo que la contratación con terceros se hace a nombre de cualquiera de los asociados.

Tiene como ventaja que es dúctil jurídicamente y puede instrumentarse libremente, ajustándose a los requerimientos de los socios. Como desventaja, que hay que acatarlo todo, a que requiere una más acabada elaboración jurídica, lo cual no ocurre cuando se acude a una de las formas tradicionales de sociedad mercantil, que sirve entonces como plataforma jurídica para las relaciones entre los socios.

Las cuentas en participación

El contrato de *cuentas en participación* constituye una forma transitoria o intermedia entre la sociedad mercantil, que crea una persona jurídica, y la relación jurídica meramente contractual. En efecto, mediante la cuenta en participación un apersona concede parte a otra en las ganancias y pérdidas de sus operaciones mercantiles.⁴

Es un contrato en el que existe una vinculación entre dos o más socios; objetivo determinado en común y participación en los riesgos

4 *Diccionario de Derecho Privado*, Editorial Labor, España, 1954, p. 1316.

y beneficios; por lo que podemos incluirlo dentro de los contratos que dan vida a una asociación mixta contractual. Pero siempre llamando la atención de que no solo no da lugar a una nueva persona jurídica (como las otras asociaciones mixtas de carácter contractual), sino que, además, ni siquiera trasmite la imagen de la existencia de cierta asociación entre las partes, ya que por el contrario, el rasgo distintivo de las cuentas en participación es que el comerciante o gestor, que recibe dinero de otro, es quien da la cara al negocio, compartiendo luego el éxito o el fracaso, las ganancias o las pérdidas, con la parte que invirtió dinero en su negocio.

Tales características han hecho que en la doctrina algunos autores la denominen *sociedad oculta*, por no tener existencia alguna a los ojos de otros, ni reflejar las relaciones privadas entre los partícipes. Se trata de un contrato, no de una sociedad; ocupa el escenario mercantil solo la empresa del comerciante o gestor.

Ya el Código de Comercio español de 1885 que se hizo extensivo a Cuba en 1886, dejó clara esta forma primaria de asociación cuando en su artículo 239 formula el concepto legal de este contrato: *Podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte de capital que conviniere y haciéndose partícipes de sus resultados, prósperos o adversos, en la proporción que determinen.*

Esta característica de la cuenta en participación, mediante la cual un comerciante individual o persona jurídica, puede tomar interés en el negocio de otro y compartir con él riesgos y beneficios, sin asumir más participación que la de aportar cierto capital y la responsabilidad en los resultados económicos de la gestión del otro, ha hecho que para algunos autores las cuentas en participación resulten una forma de sociedad accidental y transitoria. Sin embargo, son evidentes las diferencias entre la cuenta en participación y la sociedad mercantil, como veremos a continuación:

- Las cuentas en participación no están sujetas en su formación a ninguna solemnidad, por lo que pueden constituirse por escrito mediante documento público o privado y hasta verbalmente. Su existencia puede probarse por cualquiera de los medios admitidos en derecho (artículo 240 del Código de Comercio).
- La razón o firma y denominación social, es el elemento característico de las compañías mercantiles. En las cuentas en participación

no existe la persona jurídica, por lo que en las negociaciones no se podrá adoptar nombre comercial común a todos los partícipes, ni usar de más crédito directo que el del comerciante que las hace en su nombre y dirige bajo su responsabilidad individual (artículo 241 del Código de Comercio).

- En las cuentas en participación no existe un fondo social, como sucede en las sociedades mercantiles, sino que es un comerciante (o una sociedad ya constituida) titular de la empresa que conserva su patrimonio (individual o social) y lo aumenta con la aportación del asociado.
- Las cuentas en participación solo producen efectos entre los contratantes, mientras que la sociedad los produce entre terceros: *los que contraten con el comerciante que lleve el nombre de la negociación, solo tendrán acción contra el tercero que contrató con el gestor, a no ser que este les haga cesión formal de sus derechos* (artículo 242 del Código de Comercio).

No obstante, es cierto que tiene de común con la sociedad mercantil, especialmente con la comanditaria, el hecho de que uno de sus componentes entre en ella comprometiendo solo parte de su capital, mientras que el otro compromete todo su crédito y patrimonio. Por otra parte lo separa de ella la diferencia esencial de que la empresa mercantil (cuenta en participación) no es explotada por la sociedad misma en su conjunto, sino regida en su totalidad por uno de los asociados: el propietario del negocio de que se trate.

Como bien señala Garrigues, el contrato de cuentas en participación puede comprender dos modalidades: la *asociación ocasional*, al referirse solo a un negocio u operación mercantil, o la asociación tácita, consistente en la explotación de una industria mercantil determinada.⁵

En cuanto al contenido del contrato de cuentas en participación, nada más ilustrativo que transcribir un párrafo del citado maestro español: “Todas las relaciones jurídicas derivadas de este contrato están dominadas por la idea de que se trata de una sociedad cuya existencia no se revela al exterior. Las relaciones internas entre los contratantes son las propias del contrato de sociedad. Pero en las relaciones con terceros no hay necesidad de representar a ninguna persona jurídica

5 Joaquín Garrigues: Ob. cit., p. 58.

social, porque esta no existe y es el gestor el único que en su propio nombre actúa, vinculando su individual responsabilidad. Hay, por tanto, posibilidad de aplicación analógica de las normas sobre el contrato de sociedad mercantil a la relación interna e imposibilidad de aplicar esas normas a las relaciones jurídicas externas”.⁶

El comercio intermediario y la asociación económica internacional

El comercio internacional se ha caracterizado por la utilización, indistintamente, de dos métodos o formas de distribución y venta de las mercancías en el mercado exterior: directamente, o sea, mediante la vinculación entre productor y consumidor, e indirectamente, que implica la utilización de intermediarios entre el productor y los destinatarios.

La intermediación comercial puede adoptar las más variadas formas desde el punto de vista económico o mercantil, en virtud del considerable número de servicios que el intermediario puede poner a disposición del productor y del consumidor. Ejemplos de ello pueden ser, entre otros: la búsqueda de clientes en el extranjero, como es el caso del llamado “turoperador” en el turismo internacional, que aporta su clientela a un determinado polo o centro turístico; la realización de las operaciones de expedición de las mercancías; la facturación y el cobro de mercancías o servicios, la gestión y el cobro de créditos cedidos sobre facturas pendientes de pago; la gestión y obtención de seguros de todo tipo; la selección, empaquetamiento y clasificación de productos; la realización de trámites aduanales; el aseguramiento de actividades de transportación, etcétera.

Desde el punto de vista jurídico-económico, el intermediario no depende del productor ni del consumidor, aunque una parte de los grandes productores tienen empresas comercializadoras que llevan a cabo la comercialización exclusiva de las producciones del grupo. No obstante, aun en estos casos existe una separación jurídica entre la empresa y el resto de las compañías que integran el grupo, a fin de no comprometer a estas en los resultados de su actividad. Por lo gene-

6 Ídem, p. 60.

ral, las comercializadoras o *trading*, como comúnmente se conocen, logran una especialización en determinada actividad o en una rama específica del comercio internacional.

En general, estas empresas comercializadoras obtienen sus ganancias y beneficios –como bien ha señalado el profesor Guerrero Setién– en algunos casos, sobre la base de la diferencia de precios resultante de la compra y venta que realizan directamente como actividad propia y asumiendo los riesgos derivados del giro; en otras ocasiones, su remuneración se pacta o establece en función de los servicios prestados en la realización de la actividad intermediaria que en los mercados externos se le confía contractualmente.⁷

A pesar de la internacionalización de la producción y circulación de las mercancías, que ha desembocado en el desarrollo de las transnacionales que absorben un volumen extraordinario del comercio mundial contemporáneo dominado por ellas, o con una participación decisiva en su canalización o control, la significación económica de los mecanismos comerciales intermediarios mantienen, en general, su importancia y utilidad.

Los intermediarios comerciales siguen ofreciendo numerosas ventajas en el desempeño del comercio internacional, como la de evitar a las empresas exportadoras tener que invertir cuantiosos recursos en la organización de canales de comercialización en el extranjero, al disponer de bases técnicas, personal calificado, oficinas y locales de reputación reconocida, y, lo que es más importante aún, disponen, en muchos casos, de recursos propios y fuentes para el financiamiento de las operaciones, derivado de sus relaciones con los bancos locales, lo que ofrece significativas ventajas en numerosos giros comerciales.⁸

Las asociaciones con intereses extranjeros pueden asumir la modalidad del comercio intermediario, no solo para constituir una empresa comercializadora, que puede adoptar la forma de empresa mixta propiamente dicha con personalidad jurídica, sino que en ocasiones de lo que se trata es de procurar un agente, un comisionista, un concesionario, que coadyuve a desarrollar una más eficiente gestión comercial en mercados que resulten nuevos para el país, o en actividades

7 Ernesto Guerrero Setién: *Derecho Comercial Internacional*, edición del Instituto del Comercio Exterior, La Habana, 1986, fascículo II, p. 36.

8 Ídem, p. 37.

y giros mercantiles donde la experiencia de uno solo puede resultar insuficiente, lo que pone de manifiesto la necesidad de conocer y estudiar las instituciones jurídicas y fórmulas contractuales básicas que en el campo de la intermediación comercial se utilizan actualmente, entre otras, veremos brevemente los contratos de Comisión, Agencia, Corretaje, Concesión Mercantil y Facturación.

El Contrato de Comisión

La *comisión* es un mandato. Así lo dispone el Código de Comercio vigente cuando en su artículo 244 establece que: *Se reputará comisión mercantil el mandato cuando tenga por objeto un acto u operación del comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o comisionista*. Recordemos que por el contrato de mandato una persona se obliga a realizar un acto jurídico o gestionar su realización en interés de otra (artículo 398 del Código Civil).

La comisión, pues, es un mandato caracterizado por:

- La cualidad mercantil del acto jurídico encomendado, ya que debe tratarse de un acto u operación del comercio;
- la condición de comerciante o agente mediador de una de las partes, mandante o mandatario (en este caso *comitente* y *comisionista*);
- la retribución. El mandato civil es gratuito, según dispone el artículo 398 del Código Civil; la comisión es onerosa, salvo pacto en contrario, como autoriza el artículo 277 del Código de Comercio.

El comisionista contrata por encargo del comitente, y puede hacerlo en nombre propio o en nombre de aquel. Cuando contrata en nombre propio, no tiene necesidad de declarar quién es el comitente ya que queda obligado de un modo directo, como si el negocio fuera suyo, con las personas con quien contrató, las cuales no tienen acción contra el comitente. Por el contrario, cuando contrata a nombre del comitente deberá hacerlo constar así, y en este caso el contrato y las acciones derivadas del mismo producirán su efecto entre el comitente y las personas que contrataron con el comisionista. No obstante, el comisionista queda aún obligado mientras no pruebe la comisión si el comitente la negare, sin perjuicio, claro está, de la acción que pueda tener contra este en virtud del contrato entre ambos.

El comisionista, como el mandatario, debe procurar con la diligencia propia de un comerciante, llevar a cabo la comisión sujetándose estrictamente a las instrucciones del comitente y debe, igualmente, rendir cuenta a este de su gestión. He ahí la esencia misma de las obligaciones del comisionista en este contrato: cumplir la comisión mercantil, y rendir cuentas.

El comitente, por su parte, debe abonar el precio de la comisión salvo pacto en contrario. Este precio que se llama asimismo “comisión” en el lenguaje común mercantil, se presume como obligación, ya que como bien dice Garrigues⁹ la presunción legal es aquí la contraria que en el mandato civil; la actividad del comisionista es propia de la actividad mercantil auxiliar, y presupone un propósito de lucro. Generalmente este precio se pacta en el contrato y suele ser un tanto por ciento sobre el precio de venta o compra de las mercancías, en caso de la compraventa, o sobre el valor o monto de la operación de que se trate.

El negocio tipo de comisión supone dos contratos distintos entre tres personas: un contrato de gestión (comisión) entre el comitente y comisionista, y un contrato de ejecución de esa gestión (compraventa, préstamo, depósito, etc.) entre el comisionista y un tercero, que significa el negocio de realización.

El objeto de la comisión mercantil puede ser, para nuestro derecho positivo (Código de Comercio, artículo 244), cualquier acto u operación de comercio, de acuerdo con la tradición jurídica del sistema español, a diferencia de otras legislaciones (la alemana, por ejemplo) que ciñen la comisión solo a la compraventa de mercaderías.

El Código de comercio prevé distintos supuestos especiales de comisión, además de la compraventa o venta, como la comisión de transporte, en virtud de la cual el comisionista se obliga a pactar un contrato de transporte en concepto de cargador y por cuenta del comitente; de aquí se desprende la diferencia entre comisionista de transportes y porteador: mientras este se obliga directamente a efectuar el transporte, el primero se limita a obtener el transporte por medio de un porteador; su obligación consiste en contratar el transporte (contrato de realización de la comisión), pero no en realizarlo por sí mismo o por medio de sus auxiliares.¹⁰

9 Joaquín Garrigues: Ob. cit., p. 109.

10 Ídem, p. 114.

EL CONTRATO DE AGENCIA

El comisionista es un mediador ocasional que actúa por encargo expreso del comitente, el *agente* es un comerciante, un empresario que ejerce una industria independiente, pero coordinada a la de otro comerciante cuyo interés representa. *El contrato de agencia*, según Garrigues,¹¹ se caracteriza por los rasgos distintivos siguientes:

- Es un contrato de duración. La agencia tiene como requisito la estabilidad; entraña, pues, una actividad ejercida de modo continuo.
- Es un contrato cuyo objeto es la promoción o conclusión de otros contratos. El agente no es un simple mediador imparcial, sino que es promotor de operaciones que influyen en la voluntad de terceros para llevarlos a la suscripción de los contratos del giro de que se trate.
- Es un contrato celebrado entre empresarios mercantiles. Es un contrato mercantil y no un contrato de trabajo, ya que no entraña relación de subordinación entre un empresario y un subordinado, sino de coordinación entre el empresario y su agente, que es también un empresario.
- Es un contrato que engendra una relación de confianza. Por su carácter de contrato duradero, el de agencia obliga a ambas partes a una cooperación basada en la confianza mutua.
- Las obligaciones principales que el contrato de agencia origina para las partes son diferentes, según se trate del agente o del representado.

Para el agente:

- Promover o concluir contratos en interés del representado. Ello no implica que espera por cargos concretos, sino que actúa buscando cuantas ocasiones propicias se presenten para promover el negocio.
- Cooperar a la ejecución de contratos con terceros. Aunque depende de las condiciones que se pacten en el contrato, es frecuente que el agente se encargue de la entrega de mercancías, cobro de precios, etc.; en fin, que no solo se limite a la promoción y suscripción de los contratos, sino que, además, participe en su ejecución.

11 Ídem, pp. 120-121.

- Seguir las instrucciones del representado. Esta obligación no alcanza en el contrato de agencia la misma magnitud que en el de comisión; lo típico es que pocas veces se den instrucciones concretas para su actuación, por lo que el agente decide cómo realizar las actividades; por algo, según señalamos antes, resulta la independencia una característica del agente.
- Informar al representado.
- Defender los intereses del representado. Recuérdese que es un contrato de confianza, que obliga al agente a dar prioridad al interés del representado, aun frente al suyo propio

Para el representado:

- Pagar la retribución convenida. Es un contrato oneroso, en el cual ambos empresarios procuran la obtención de lucro.
- Compensar los gastos realizados por el agente. Aunque en la mayoría de los casos en la retribución del agente se han tenido ya en cuenta los gastos habituales de la explotación de su empresa.
- Facilitar al agente los elementos necesarios para su gestión.

EL contrato de agencia no está regulado en el Código de Comercio, por lo que resulta un contrato atípico. Sin embargo, este contrato tiene un tratamiento legislativo específico en el derecho de varios países, como Alemania, Francia, Italia, Japón, Suiza, Austria, por lo que, como señala el profesor Guerrero Setién,¹² al concertarse contratos en los que esos sistemas jurídicos resulten de aplicación, han de tenerse sus disposiciones, especialmente en la indemnización del agente que se despidе o cuyo contrato se cancela.

El Contrato de Corretaje

El *contrato de corretaje* es “aquel por cuya virtud una de las partes, que puede ser una persona o varias interesadas en la celebración de un contrato, sean entre sí, sea con tercera persona, se obliga abonar a la otra parte, llamada *mediador o corredor*, una remuneración por el hecho de indicar la oportunidad de celebrar el contrato o por el hecho de conseguir por su propia actividad esa celebración”.¹³

12 Ernesto Guerrero Setién: Ob. cit., p. 43.

13 Joaquín Garrigues: Ob. cit., p. 124.

Se trata de un contrato de gestión intereses ajenos, como el de la comisión y el de agencia. En esencia significa la promesa de un pago o retribución para el supuesto de que se alcance a través de la intermediación o gestión del corredor el negocio previsto. Las obligaciones esenciales que emanan de este contrato para el corredor son: guardar el secreto o la discreción con respecto a las instrucciones que reciba de su cliente y sobre cualquier otro aspecto que pueda causar incidencias en la realización del negocio; y comunicar a su cliente el desarrollo de su gestión. Algunos autores añaden la obligación de imparcialidad, partiendo del criterio de que el corredor debe situarse en un punto intermedio entre los futuros contratantes, y que, por lo tanto, su gestión es imparcial; en realidad, como bien apunta Garrigues, esta obligación solo es exigible cuando el corredor resulta serlo de dos personas que quieren llegar a concluir el mismo contrato (vendedor y comprador; arrendador y arrendatario, etcétera). En estos casos el corredor no defiende los intereses de uno en particular, sino que sirve a ambos, que depositaron en él su confianza. Fuera de este supuesto, no hay por qué exigir esa obligación.

Por su parte, el corredor tiene derecho a exigir el premio o pago del corretaje, cuando el negocio o contrato previsto se lleve a efecto, bien por el hecho de haber informado sobre la posibilidad de celebrarlo, o bien por su gestión directa en el asunto. Esta cuestión resulta algo polémica en la doctrina española por haber originado gran número de litigios en los tribunales de ese país.¹⁴ Por ello es importante definir en el contrato este aspecto.

Igualmente importante resulta el tema de la responsabilidad del corredor. Es obvio que dependerá de la obligación que hubiere asumido; si se comprometió a la celebración de un contrato, podrá exigírsele alguna responsabilidad por incumplimiento; pero lo más frecuente es que el corredor no asuma ninguna obligación para conseguir un determinado resultado, por lo que no puede haber para él ninguna responsabilidad. Esta institución, como indica el profesor Guerrero, es de significativa importancia en los giros marítimo-bursátil y de inmuebles en los países capitalistas.¹⁵

14 Ídem, p. 126.

15 Ernesto Guerrero Setién: Ob. cit., p. 47.

El Contrato de Concesión Mercantil

Mediante el contrato de concesión mercantil, “un comerciante o empresario –concesionario– se compromete a vender en una zona y en determinadas condiciones los productos de otro empresario –concedente– y a prestar a los adquirientes de estos productos determinada asistencia”.¹⁶

Se trata de un contrato atípico para la legislación mercantil vigente en Cuba, heredada de España, y todavía, para las de este país; ante la ausencia de regulación en el Código de Comercio, razón por la cual, como acertadamente señala Garrigues, cobran una gran importancia las estipulaciones o pactos de las partes en el contrato.

En el comercio internacional actualmente está muy difundida esta figura; al extremo de que casi todos los productos amparados por marcas de prestigio, se venden bajo este régimen de comercialización. Igualmente sucede con aquellos productos requeridos de asistencia o servicio de posventa.

La concesión lleva aparejada generalmente el otorgamiento de derecho de exclusividad para la venta de productos amparados por ella en determinada zona, aunque puede existir el contrato de concesión sin que necesariamente se otorgue la exclusiva.

Lo que si es típico en este contrato es que el número de productos a vender deba alcanzar un mínimo determinado, o sea, que entrañe la obligación del concesionario a adquirir durante cierto tiempo una determinada cifra de productos; lo que suele realizarse a través del mecanismo del depósito hasta que se produzca la venta, o bien mediante la venta por el concedente de esos productos al concesionario, con pacto de reserva de dominio hasta la liquidación del precio o importe. El concesionario suele cargar con los costos de su empresa y con los riesgos de la operación que realiza.

El contrato de concesión mercantil, como señala Garrigues¹⁷ aun siendo un contrato de colaboración, como el de comisión o el de agencia, se califica, sin embargo, como un contrato *sui generis*, ya que su estabilidad y duración lo aleja de la comisión y lo acerca a la agencia, mientras, por otra parte, la actuación del concesionario a nombre y por

16 Joaquín Garrigues: Ob. cit., p. 127.

17 Ídem, p. 28.

cuenta propia lo separa del de agencia. En ocasiones, al concesionario se le llama comúnmente “agente”, aunque, como vimos, son dos contratos diferentes y originan situaciones jurídicas distintas.

El Contrato de Facturación

El *factoring* es una figura mercantil muy difundida en nuestros tiempos; con el mismo nombre se identifica tanto a la sociedad que se dedica a ello, o sea, que colabora con el empresario mercantil, como el contrato que vincula a ambos. Estas sociedades, que deben su origen a la práctica comercial norteamericana, prestan una serie de servicios de gestión a sus clientes, que son, precisamente, los empresarios con los que contratan y a los que ofrecen su colaboración con los servicios principales siguientes:

- Gestión de cobro de los créditos cedidos por el empresario y aceptados en cada caso por la sociedad de facturación la cual asume, en las condiciones previstas en el contrato, los riesgos posibles por la posible insolvencia de los deudores del empresario.
- Servicios complementarios de la investigación de la clientela, informes comerciales, contabilidad de ventas, etcétera.

Las gestiones del *factoring* se remuneran mediante el pago de una comisión fijada al efecto; comisión que suele estar prevista en sus tarifas de servicios.

Las relaciones internas entre el empresario y la sociedad de facturación se rigen mediante el contrato celebrado entre ellos, contrato que la doctrina compara con el de comisión.

El *contrato de facturación* es, generalmente, un contrato de adhesión, en el cual el *factoring* propone y el empresario se adhiere, mediante contratos tipos especialmente preparados al efecto.

LA RELACIÓN JURÍDICA PATRIMONIAL¹

Concepto de la relación jurídica patrimonial

La relación jurídica se denomina relación jurídica patrimonial cuando los intereses perseguidos por los sujetos y protegidos por el ordenamiento jurídico son de naturaleza económica. Un determinado interés es patrimonial cuando es susceptible de una objetiva valoración económica, es decir, cuando es valorable en términos estrictamente económicos. En la actualidad podemos decir que un interés es económico o patrimonial si es susceptible de traducción dineraria.

Por tanto, la relación jurídica patrimonial es vehículo o medio a través del cual las personas realizan sus intereses económicos mediante la cooperación, la prestación de servicios y el intercambio de bienes.

Estructura

Como toda relación jurídica, la relación jurídica patrimonial posee una determinada estructura. En ella se puede distinguir unos sujetos (la relación jurídica es siempre una relación entre sujetos), un objeto y un contenido.

Los sujetos, al menos dos, ocupan las posiciones que llamamos activa o de poder jurídico (sujeto activo) y pasiva o de deber jurídico (sujeto pasivo). El objeto está conformado por los bienes, cosas y servicios, económicamente valorables, ya sean bienes materiales, inmateriales, energías o servicios o conductas. El contenido de la relación jurídica patrimonial es la correlación de las situaciones de poder y deber que la conforman y, por tanto, el conjunto de derechos o facultades, cargas y deberes que a los sujetos se atribuyen o que se les imponen.

1 Tomado del libro *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Editora Tirant Lo Blanch.

Derecho de crédito y derecho real: distinción

La tradición histórica nos ha legado dos grandes categorías de relaciones jurídicas patrimoniales: la relación jurídica-obligatoria y la relación jurídico-real.

La primera distinción entre el derecho de obligación o de crédito y el derecho real se basa en que aquel es un derecho personal: faculta a su titular (sujeto activo) para exigir una prestación personal, una determinada conducta, a otro sujeto, llamado sujeto pasivo.

Además, el derecho de crédito es un derecho relativo, frente al carácter absoluto e inmediato que se predica, en la teoría clásica, de los derechos reales. La relatividad del derecho de crédito significa que solo se puede ejercer frente a uno o varios sujetos determinados, precisamente los sujetos obligados. Tal relatividad se manifiesta igualmente en el ejercicio judicial del derecho. Por otro lado, los derechos reales son derechos susceptibles de posesión y, por tanto, de adquisición originaria.

Más estas diferencias, esquemáticamente expuestas, solo se manifiestan claramente en la contraposición de los derechos de crédito y por real antonomasia, es decir, sin contraponernos un derecho de crédito típico (reclamación de una cantidad dineraria) y el derecho real por excelencia (la propiedad). Más allá de los paradigmas y de los conceptos, los caracteres clásicos no aparecen con la suficiente nitidez. Así, hay derecho de créditos similares a determinados derechos reales (por ejemplo, el arrendamiento de cosa, el comodato y el usufructo); hay derechos de crédito que gozan de una oponibilidad similar a la de los derechos reales (por ejemplo, determinados arrendamientos, el derecho de opción debidamente inscrito). Igualmente, la progresiva aceptación de la responsabilidad aquiliana por la lesión del crédito por un tercero acerca notablemente la protección y defensa del crédito a la propia y absoluta del derecho real.

Por último, la posibilidad de incorporar determinados derechos de crédito a un documento y así “cosificarlos”, permite la sumisión de este (el título) a las reglas de circulación propias de los títulos valores o de los bienes muebles, superando de esta forma las reglas de transmisión de los derechos de crédito. Del mismo modo, permite su posesión a través de la posesión del documento y, por tanto, su adquisición ori-

ginaria. Además, no todos los derechos reales son poseíbles: el derecho real de hipoteca no es susceptible de posesión sino de inscripción registral, la prenda sin desplazamiento de la posesión.

La distinción entre derechos reales y derechos de crédito tiene una innegable trascendencia práctica en el orden a la adquisición del derecho (vid. artículos 609 y 1095 Código Civil), a su transmisión, a su publicidad, etc. Mas no se trata de dos categorías químicamente puras sino que, entre ellas hay una clara conexión. En primer lugar, determinados derechos de crédito hacen tránsito a los derechos reales. Así, la fuente por antonomasia de las obligaciones, el contrato, es un medio idóneo para la constitución, modificación y extinción de las relaciones jurídico-reales: ciertos contratos (los de finalidad traslativa) más la tradición o entrega posesoria son modos (derivativos) de adquisición y transmisión de la propiedad y demás derechos reales (artículo 609). En segundo lugar, en determinados supuestos, derecho de crédito y derecho real aparecen conformando una entidad compleja y unitaria: son los derechos reales de garantía, como la hipoteca, la prenda o la anticresis. En tercer lugar, no es difícil constatar relaciones obligatorias en el contenido de determinados derechos reales, señaladamente en los de goce como el usufructo. Finalmente, la tradición histórica nos ha legado una serie de situaciones o figuras intermedias como los *iura ad rem* o vocaciones al derecho real, los derechos reales *in faciendo* y las llamadas obligaciones *propter rem*.

Los *iura ad rem* son una serie de situaciones en las que un determinado derecho de crédito hace tránsito a un derecho real. Por antonomasia es la situación en que se encuentra un sujeto que dispone de título (de adquisición) (contrato de compraventa) pero no se ha verificado todavía el modo (transmisión de la posesión) o la del sujeto cuyo derecho se ha inscrito (pero se ha anotado previamente) en el Registro de la Propiedad por un defecto subsanable, en tanto se procede a la subsanación. En estos supuestos, y otros similares, no hay, se dice, un *ius in rem*, pero hay un *ius ad rem*. Como fuere, no parece muy clara la utilidad práctica de mantener esta categoría: lo *iura ad rem* no son más que derechos de crédito o personales que pueden convertirse en derechos reales.

Los llamados derechos reales *in faciendo* son aquellos que imponen al sujeto pasivo la obligación de realizar una prestación positiva (cfr.

artículos 533 y 1604, respecto de las servidumbres y de los censos). Las obligaciones *propter rem* son aquellas en las que el sujeto pasivo de la relación obligatoria se determina por su relación con la cosa: el deudor es quien en cada momento sea titular o poseedor de la cosa. Ambas categorías responden a una elaboración doctrinal y han perdido gran parte de su transcendencia práctica. El carácter *in faciendo* de algunos derechos reales se puede englobar en el contenido obligatorio de determinados derechos reales. Las obligaciones *propter rem*, cuyo mayor desarrollo doctrinal se produce en ocasión de los censos y la prohibición canónica del interés, no son, actualmente, sino un modo de determinar el sujeto pasivo de una relación jurídica obligatoria y su ámbito de responsabilidad. Aquí radica ahora su interés.

La obligación. Naturaleza y sentido

Concepto de obligación

Tradicionalmente, la obligación se ha definido como un vínculo jurídico en cuya virtud un sujeto (llamado deudor) debe observar una determinada conducta (prestación) a favor de otro sujeto (llamado acreedor). La obligación es, por tanto, una concreta relación entre dos posiciones o situaciones: una de poder jurídico o posición acreedora y otra de deber jurídico o posición deudora.

El Código civil regula la obligación en el Libro IV, cuyo Título I tiene como rúbrica precisamente “De las obligaciones”, mas no ofrece, a pesar de la amplia regulación, su concepto. Unas veces parece confundir obligación con deber jurídico, y, como sabemos, la obligación es solo uno de los tipos (si se quiere, el prototipo) de deberes jurídicos. Otras veces denomina obligación al hecho o al acto que la origina (cfr. artículos 1100, 1101, 1137, 1139, etc.). Por último, en ocasiones equipara la obligación con la situación pasiva o de deber, es decir, con la deuda (en cambio, los artículos 112 y 1114 Código civil se refieren a la adquisición de derechos “en virtud de una obligación”).

La obligación es la situación jurídica en que se encuentran dos o más sujetos y en cuya virtud uno o alguno de estos puede exigir del otro o de los otros una determinada conducta económicamente

valorable. La situación del deudor es una situación de deber y de sujeción; la situación del acreedor es una situación de poder o señorío jurídico. Mas la estricta relación entre un crédito y una deuda no define con exactitud el complejo fenómeno de obligación: la posición deudora no está conformada solo por deberes principales y accesorios, sino también por facultades; a la posición acreedora no se le atribuyen solo facultades sino que también comprende cargas. Por ello, para aprehender en su totalidad el fenómeno obligatorio, se debe hablar de relación jurídica obligatoria.

Patrimonialidad

La obligación es un medio jurídico de realización de intereses económicos. Por tanto, tiene un claro carácter patrimonial, al igual que la prestación, sin perjuicio de que el interés del acreedor no sea en sí un interés económico. La larga discusión doctrinal acerca de la patrimonialidad de la obligación queda así clarificada mediante la distinción entre la obligación, prestación e interés del acreedor. La obligación es el marco o vínculo idóneo para la realización de intereses económicos: prestación de servicios e intercambio de bienes, la prestación (dar, hacer o no hacer alguna cosa, ex artículo 1088) debe ser susceptible de valoración económica; en cambio, basta con que el interés del acreedor sea serio y digno de tutela jurídica.

La relación obligatoria

Concepto. Cooperación y perdurabilidad

La mera conexión o correlación entre un crédito y una deuda como situaciones contrapuestas no explica completamente todo el fenómeno obligatorio. Por ello, es preferible hablar de relación jurídica obligatoria. Con esta expresión nos referimos al complejo fenómeno o a la compleja y sucesiva situación en que se encuentran un acreedor y un deudor.

En esta concepción no cabe duda de que la relación obligatoria se centra en dos polos o posiciones, una activa y otra pasiva; pero signi-

fica también la aprehensión de las mismas no como situaciones aisladas o independientes salvo en su correlación sino como una relación total, global, dirigida a la realización de interés y fines de naturaleza económica dignos de tutela jurídica. La posición acreedora y la posición deudora no son, entonces, dos posiciones antagónicas o encontradas sino dos situaciones que confluyen en un marco de libertad y de cooperación y colaboración (prestación de servicios e intercambio de bienes) económica y social.

La idea de relación evoca también la de perdurabilidad, aunque la prestación principal sea de cumplimiento instantáneo. La relación entre el comprador y el vendedor, por ejemplo, que es una relación obligatoria contractual, no se agota por el mero pago del precio y la entrega de la cosa, menos aún la relación arrendaticia o la societaria.

Posición jurídica del acreedor

El acreedor es el sujeto que se coloca en la posición activa o de poder de la relación obligatoria. Es, por tanto, el titular de un derecho subjetivo de carácter patrimonial que llamamos derecho de crédito. El derecho de crédito es un conjunto unitario de facultades (la idea de derecho de crédito sirve también precisamente para unificar tales facultades) agrupadas para la satisfacción del interés de su titular, el acreedor. Mas el derecho de crédito no está formado solo por tales facultades sino que al acreedor también se le imputan deberes y se le atribuyen cargas. Por ello, el derecho de crédito es una situación de poder jurídico compleja.

a) Facultades del acreedor

La facultad principal del acreedor es la de exigir, al deudor, el cumplimiento de la prestación. Tal facultad la puede ejercitar el acreedor extrajudicial o judicialmente. En el primer caso, se dirige al deudor reclamando el cumplimiento de la prestación, es decir, la adopción de la conducta debida. En el segundo caso, en cambio, se dirige a los órganos jurisdiccionales competentes para que estos constriñan al deudor, mediante el oportuno pronunciamiento, al cumplimiento de la prestación. El incumplimiento del deudor permite al acreedor dirigirse contra los bienes de aquel, presentes y futuros, según la acogida expresión

del artículo 1911. Para ello, el acreedor debe recabar la autoridad judicial, es decir, el ejercicio de la facultad de agresión patrimonial se debe realizar, sino hay consentimiento del deudor, mediante la acción o ejercicio judicial del derecho. Si no es posible el cumplimiento forzoso, entonces el acreedor solicitará el embargo y posterior realización forzosa del valor de los bienes del deudor previamente embargados. Con el importe obtenido se hará pago al acreedor.

Además de las mencionadas facultades (exigir el cumplimiento de la prestación y realizar forzosamente determinados bienes del deudor), el acreedor dispone de otras facultades. Así, puede disponer de su derecho de crédito (artículos 1112, 1209 y 1526 y ss. Código civil) con sujeción a la ley y salvo pacto en contrario. El acto de disposición del crédito puede ser tanto *inter vivos* como *mortis causa*, a título oneroso o a título gratuito, en garantía, etc. Más aún: el acreedor puede realizar el acto de disposición máximo sobre su crédito mediante la renuncia del mismo o la condonación de la deuda (vid. artículos 1187 y ss. Código civil)

Igualmente, el acreedor dispone de diversas facultades dirigidas principalmente a la conservación de la solvencia del deudor y, por tanto a asegurar la efectividad de su crédito. En este sentido, se pueden señalar las facultades del acreedor dirigidas a impugnar los actos del deudor en perjuicio de su crédito (actos fraudulentos y simulados), como la acción de simulación o la acción revocatoria o pauliana (artículos 1111; 1291 y ss. Código civil); o las facultades destinadas a subsanar la inercia del deudor que no realiza su activo patrimonial real o potencial, como la acción subrogatoria (artículo 1111 Código civil) o la aceptación de la herencia por los acreedores (artículo 1001 Código civil).

La efectividad del crédito y el evitar un perjuicio para el acreedor se consigue también mediante otras facultades como la acción de devasación (artículo 117LH); el vencimiento anticipado de la deuda (artículo 1129 Código civil); las medidas cautelares (artículos 721 y ss. LEC), el ejercicio de acciones conservativas en las obligaciones condicionales (artículo 1121 Código civil); el ejercicio de la prescripción renunciada (artículo 1937 Código civil); la facultad de intervenir en la participación de la cosa común o de la herencia o en la disolución y liquidación de la sociedad, en las que el deudor es, respectivamente, comunero, heredero o socio (artículos 403, 1059, 1083 y 1708 Código civil).

b) Deberes y cargas

Respecto a los deberes, estos son, en primer lugar, los derivados de la propia relación obligatoria, es decir, del programa prestacional. En segundo lugar, son los derivados de las exigencias de la buena fe y de la proscripción del abuso del derecho (artículos 7 y 1258 Código civil). De esta forma, el acreedor no puede exigir del deudor el cumplimiento de una prestación distinta de la pactada, ni en un lugar diverso del convenido, ni por un tiempo diferente al estipulado, etcétera.

La carga se puede definir como la conducta impuesta a un sujeto cuya inobservancia no genera una reacción del ordenamiento jurídico en términos de imputabilidad, reprochabilidad y responsabilidad, sino de privación de los efectos (favorables) que a la adopción de dicha conducta le hubiera producido: No se trata, pues, de una situación de sujeción ni de una obligación, la carga puede venir impuesta por la ley o puede derivar de la propia reglamentación obligacional.

Al acreedor compete la carga de procurar la liberación del deudor, facilitando este e imponiendo una mayor onerosidad o gravedad para el deudor en el cumplimiento de la prestación. De esta derivan otras cargas como las de cooperar con el deudor en el orden a la realización de la prestación, la de informarle de las vicisitudes que sean de interés para el deudor (por ejemplo, artículo 1752), o el examen de la bondad de la prestación realizada por el deudor (por ejemplo, artículo 1484). Como es fácil de observar, tales cargas derivan o, al menos, guardan una relación directa, con las exigencias de la buena fe (artículos 7 y 1258 Código civil).

Justamente tiene carácter abusivo la concesión al profesional (en este caso, el deudor) del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato (cláusula 8ª disp. dic. 1ª LGDCU).

Si el acreedor no observa la conducta prevista como carga, el ordenamiento jurídico prevé diversas consecuencias. En primer lugar, si la carga no observada es la de procurar la liberación del deudor, el acreedor se coloca en mora (*mora creditoris*) si le es imputable el retraso en el cumplimiento del deudor. Además, el ordenamiento jurídico posibilita que el deudor quede liberado de la prestación de dar mediante la consignación (artículos 1176 y ss. Código civil). En segundo lugar, si la carga inobservada es la de verificar la bondad de la cosa entrega-

da por el deudor, el acreedor pierde la facultad de reclamar, por este concepto, frente al deudor (vid. artículo 336 CCom; y artículos 38 y 39 CV). Finalmente, si el acreedor no facilita la información necesaria y suficiente al deudor, responderá de los perjuicios que por esta omisión informativa cause al deudor (vid. artículo 1752 Código civil).

Naturaleza y contenido de la deuda

La deuda es, en la concepción tradicional del fenómeno obligatorio, un deber jurídico. Precisamente aquel deber que compete al sujeto que se coloca en la posición pasiva de la relación obligatoria (deudor) y que consiste en la observancia o adopción de una determinada conducta. Esta conducta, llamada prestación o conducta prestacional, consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa (artículo 1088 Código civil). Más así como crédito no está conformado solo por facultades, así la deuda no es solo un deber jurídico, sino una situación compleja en la que, junto con los deberes jurídicos principales y accesorios, hay también facultades. Además, se debe tomar en consideración que el ordenamiento jurídico tutela igualmente los intereses del deudor mediante un principio de *favor debitoris* en cuya virtud la interpretación del alcance de la vinculación se debe realizar a favor del deudor. Tal principio de *favor debitoris* tiene un claro refrendo en otro principio: el de libertad. La regla es, pues, la libertad: la menor vinculación y la menor onerosidad.

a) Deberes del deudor

El deber jurídico principal consiste en la realización de la conducta configurada como prestación: el deudor debe desarrollar la conducta (activa o pasiva) que conduzca al dar, hacer o no hacer “alguna cosa” a que se ha obligado. Además, debe hacerlo en el momento y en los términos establecidos en el programa prestacional o, en su defecto, en los previstos por la ley.

Más el deudor está obligado no solo a lo expresamente acordado con el acreedor (si la obligación es contractual) sino a cuanto derive de la ley, de la buena fe y de los usos del tráfico (artículo 1258). Por tanto, de cualquiera de las fuentes mencionadas derivan deberes accesorios o secundarios para el deudor. De esta manera, el deudor también está

obligado a procurar, en cuanto le sea posible, la satisfacción objetiva del acreedor, es decir, que su actividad se dirija a realizar de la manera más completa posible el interés del acreedor en la prestación.

b) Facultades del deudor

Junto al deber principal de realización de la prestación prometida y los deberes accesorios o secundarios que coadyuvan a la ejecución de aquel, la situación de deuda está conformada también por facultades de las que el deudor es titular. La primera de ellas es, sin duda alguna, la facultad de liberarse de la obligación, la cual guarda relación directa con la carga del acreedor de procurar la liberación del deudor. El acreedor no puede, sin justa causa (vid. artículos 1166, 1169 y 1176; Código civil y artículo 6 LOE), impedir, rehusar u obstaculizar el cumplimiento del deudor y su consiguiente liberación del vínculo obligatorio. En su caso, el deudor dispone de un medio previsto por el ordenamiento jurídico para las prestaciones de dar: la consignación de la cosa (artículos 1176 y ss. Código civil). Además, mediante el oportuno requerimiento y ofrecimiento del pago, el deudor coloca al acreedor en mora. Con ello, los riesgos del deterioro y pérdida de la cosa serán, a partir de ese momento, del acreedor. Si la prestación es de hacer, obviamente no se puede proceder a la consignación, pero sí a colocar al acreedor en mora.

Finalmente, el deudor goza de facultades defensivas frente a la prestación del acreedor. Así podrá oponerse a esta, cuando no se adecue al programa prestacional, mediante una oportuna defensa procesal que llamamos excepción: por ejemplo, si el acreedor reclama una deuda prescrita o exige el cumplimiento antes del vencimiento (vid. artículos 1148, 1845, 1853, etc., Código civil; y artículo 405 LEC).

c) Deuda y responsabilidad patrimonial

La deuda no es el único elemento que conforma la posición pasiva de la relación obligatoria: esta se completa con un segundo elemento que es la responsabilidad patrimonial. Este elemento, presente, al menos, latente en toda relación obligatoria, se manifiesta precisamente cuando el deudor no observa la conducta configurada como prestación. Entonces el deudor es responsable, es decir, responde de la inobservancia de la conducta prestacional, siempre que le sea imputable (y reprochable) dicha inercia omisiva.

Todo lo cual no significa, obviamente, que la situación pasiva de

la relación obligatoria se resuelva en la responsabilidad patrimonial del deudor. Esta no es sino la última instancia o *ratio* de la relación obligatoria, normalmente no deseada ni por el deudor ni por el acreedor.

La relación obligatoria sinalagmática

Concepto y estructura

La relación obligatoria se articula sobre una posición de poder jurídico y otra de deber jurídico. El sujeto titular del poder se denomina acreedor; el sujeto constreñido a adoptar una determinada conducta, deudor. Esta es la estructura más simple de la relación obligatoria. Mas esta estructura puede ser más compleja si los sujetos de la relación obligatoria se colocan a la vez en posición activa o de poder jurídico y en la posición pasiva o de deber jurídico, es decir, si son recíprocamente acreedores y deudores.

Vale el ejemplo de la compraventa: el comprador es acreedor del vendedor por la causa objeto del contrato, pero, a su vez, es deudor del mismo por el precio; el vendedor es acreedor del comprador por el precio, pero el deudor por la entrega de la cosa.

Lo esencial de esta clase de relación jurídica no se halla en pluralidad de prestaciones o, si se quiere, de obligaciones, sino en la reciprocidad de las mismas. Un sujeto puede ser, respecto de otro, acreedor y deudor: acreedor, por ejemplo, de la cosa que le ha comprado; deudor por ejemplo, de la devolución de la cantidad dineraria que el otro sujeto le entregó en concepto de préstamo. Aquí no hay reciprocidad porque las distintas prestaciones (u obligaciones) no existen mutuamente, es decir, no hay interdependencia entre ellas: entre la entrega de la cosa y la devolución de la cantidad prestada no hay un nexo de dependencia o causalidad.

Cuando se verifica este, de dependencia mutua, decimos que la obligación o la relación obligatoria es recíproca o sinalagmática. Por eso, en tales supuestos la conducta prestacional asumida por cada una de las partes se suele denominar contraprestación.

El pago del precio es la prestación principal del comprador, mas en

relación con la entrega de la cosa (prestación principal del vendedor) es una contraprestación: el comprador se obliga a pagar el precio contra la obligación del vendedor de entregar la cosa y viceversa; es decir, porque el vendedor se obliga a entregar la cosa.

De cuanto se ha dicho, parece deducción fácil que el carácter sinalagmático de la relación obligatoria se halla íntimamente ligado a la naturaleza onerosa de la misma. Efectivamente, sinalagmaticidad requiere onerosidad; pero entre ambas cualidades no hay una relación de sinonimia, sino de género a especie: no toda relación onerosa (género) es necesariamente sinalagmática (especie) (por ejemplo, el préstamo); en cambio, la relación sinalagmática es siempre onerosa (por ejemplo, la compraventa, la permuta, suministro).

La relación obligatoria sinalagmática en el Código civil

El Código civil se refiere a las relaciones obligatorias sinalagmáticas en diversos artículos. La denomina “obligaciones recíprocas” (artículos 1100 y 1124) y obligaciones que imponen “recíprocas prestaciones” (artículo 1120). Del Código civil deriva un régimen jurídico propio de las obligaciones sinalagmáticas o recíprocas que se manifiesta fundamentalmente en sede de incumplimiento y que se caracteriza básicamente por lo siguiente:

- a) El régimen de mora: en general, mientras una de las partes no cumpla, la otra no se coloca en mora; desde que una de las partes cumple, la otra se coloca en mora (artículo 1100 *in fine*). Obviamente se trata de un criterio general que se debe adecuar al contenido, en su caso, del contrato y, señaladamente, a la determinación del momento de cumplimiento de las respectivas y recíprocas prestaciones.
- b) Los efectos del incumplimiento: el incumplimiento de una de las partes faculta a la otra parte, si no ha incumplido, a resolver el vínculo obligatorio o a exigir el cumplimiento y, en cualquier caso, a reclamar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos (artículo 1124; vid. también 1504).
- c) Una determinada defensa ante la prestación de cumplimiento: la llamada *exceptio non adimpleti contractus* (excepción de incumpli-

miento contractual) significa que una parte puede enervar la prestación de cumplimiento de la otra en tanto esta, debiendo haber cumplido, ni lo ha hecho ni se ha allanado a hacerlo. También puede invocar la *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de cumplimiento defectuoso.

Las fuentes de las obligaciones

Determinación, clasificación y crítica

Las fuentes de las obligaciones, en sentido formal, son aquellos hechos en virtud de los cuales las obligaciones se originan y nacen creando un vínculo entre el deudor y acreedor. El artículo 1089 del Código civil establece una quintuple enumeración, fruto de la evolución histórica y la elaboración doctrinal, de los hechos de los que nacen las obligaciones. En general, se trata de una clasificación de escasa trascendencia práctica, con un valor meramente expositivo y sistemático.

La doctrina reduce la enumeración de la fuentes de las obligaciones a una clasificación bimembre: la autonomía privada o poder del individuo de constituir sus propias relaciones jurídicas (contrato, relaciones contractuales de hecho, actos jurídicos *mottis causa*, voluntad unilateral) y la constitución heterónoma (actos administrativos y judiciales, obligaciones nacidas de la ley, etc.).

En realidad, la fuente última y mediata de las obligaciones es la ley. Los actos y hechos de la voluntad y los que causan un daño injusto a otra persona son fuentes de las obligaciones de cumplir lo convenido o reparar el daño causado precisamente porque la ley los establece. Más aún, la ley es fuente de las obligaciones porque la propia ley lo establece.

La regulación de las fuentes de las obligaciones es claramente asistemática: así, el contrato está regulado en el Título II del Libro IV; el cuasicontrato, en el Título XVI, Capítulo I, del mismo libro; el delito, en el Código penal (artículos 19 y ss.; y 109 y ss.) y en las leyes especiales; y el cuasidelito, en el Título XVI, Capítulo II del Libro IV del Código civil.

Las fuentes de las obligaciones según el artículo 1089 del Código civil

a) Las obligaciones de origen legal

Las obligaciones nacidas de la ley, dice el artículo 1090, no se presuponen y solo son exigibles las expresamente determinadas en el Código civil o en las leyes especiales. Las obligaciones nacidas de la ley se regulan por las leyes que las creen y, en su defecto por lo dispuesto en el Libro IV (De las obligaciones y contratos) del Código civil.

La expresión “ley” se debe entender, no en sentido estricto como disposición legal o norma escrita emanada de los órganos que ostenten el poder legislativo, sino como expresión comprensiva de cualquier clase de norma jurídica: la ley, la costumbre y los usos y los principios generales del derecho (cfr. artículos 1258 Código civil y 2 CCom).

b) Las obligaciones contractuales

El contrato es la fuente de las obligaciones voluntarias por excelencia, pero no la única que tiene como presupuesto la voluntad personal. Utilizando una expresión gráfica, el artículo 1091 dice que los contratos tienen “fuerza de ley” entre las partes contratantes. El contrato se debe entender aquí como el hecho o acto del que derivan las obligaciones, es decir, como el acuerdo de voluntades de dos o más sujetos, de contenido patrimonial, generador de una relación obligatoria contractual (cfr. artículos 1254 y ss. Código civil).

c) Las obligaciones cuasicontractuales

Los cuasicontratos son las fuentes de las obligaciones que se contraen voluntariamente pero sin convenio. La definición general de la categoría se contiene en el criticado artículo 1887 del Código civil. El Código civil regula como cuasicontratos dos figuras: la gestión de los negocios ajenos (sin mandato) (artículos 1888 a 1894) y el cobro de lo indebido (artículos 1895 a 1901).

d) Las obligaciones nacidas de los delitos y las faltas

Se regulan, fundamentalmente, en el Código penal en los artículos 19 y ss., y 109 y ss.; vid. también artículos 61 y ss. LORPM). El objeto básico de estas obligaciones consiste en indemnizar los daños y perjuicios producidos por la conducta activa u omisiva tipificada como delito o falta.

e) Las obligaciones cuasidelictuales

Son las derivadas de las acciones u omisiones dañosas, no tipificadas como delitos o faltas, en las que el sujeto agente ha intervenido con culpa o negligencia. El Código civil las regula en los artículos 1902 y ss. El objeto de este tipo de obligaciones consiste, por tanto, en la reparación del daño culposo o negligentemente causado. Se trata de los llamados delitos civiles o responsabilidad civil, aquiliana o extracontractual.

La declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones

La declaración unilateral

La cuestión consiste, básicamente, en determinar si la sola manifestación de la voluntad unilateral constituye un hecho idóneo que dé lugar al nacimiento de una obligación a la que quede vinculado el emisor de la declaración. El Código civil no parece, en principio, proporcionar elementos suficientes para resolver la cuestión ni en sentido positivo ni en sentido negativo. La jurisprudencia ha mantenido, en general, una posición contraria a la admisión de la declaración unilateral como fuente de las obligaciones.

Para centrar correctamente el problema se debe determinar qué supuestos no son casos de declaración unilateral de voluntad. Así, no son la oferta contractual, la actuación no dirigida a crear una obligación, la promesa de cumplimiento de una obligación ya constituida, el reconocimiento de deuda, las declaraciones de voluntad esencialmente revocables como el testamento ni las que derivan su fuerza obligatoria de la ley (como la hipoteca unilateral) ni las que no obligan a su cumplimiento (como la promesa de matrimonio)

Realmente, la cuestión radica en determinar a partir de qué momento la declaración de voluntad unilateral vincula al sujeto que la emite o, si se refiere, desde qué instante no puede revocar dicha declaración de voluntad. Desde este planteamiento del problema, parece claro que el sujeto que emite una determinada manifestación de voluntad está obligado *ex bona fide* a mantenerla durante un plazo congruo

y a revocarla, en su caso, dando a la revocación la misma publicidad que a la manifestación. Igualmente, los usos del tráfico pueden imponer las obligaciones citadas. La declaración unilateral puede generar serias expectativas y fundada confianza en el sujeto receptor de la misma. Dichas expectativas y confianza no pueden verse burladas o defraudadas por un cambio arbitrario e inopinado de voluntad del sujeto emisor.

La promesa pública de recompensa y el concurso con premio

Supuesto típico de declaración unilateral de voluntad es la promesa pública de recompensa y su especie, el concurso con premio. La promesa pública de recompensa es, señala Díez-Picazo, la anunciada públicamente a favor de la persona que realice un acto u obtenga un resultado determinado. El promitente queda vinculado desde el momento en que emite su declaración de voluntad. No es, por tanto, necesaria la aceptación expresa o tácita del receptor o posibles receptores de la misma, como mantiene la tesis contractualista.

El Código civil, a diferencia de otros códigos extranjeros, no regula la promesa pública de recompensa. Su admisión en nuestro ordenamiento puede venir dada por la vía consuetudinaria y de los usos del tráfico. Como fuere, la buena fe y la tipicidad social de la promesa impiden que el promitente la revoque antes de un término congruo y exigen que la revocación se le dé la misma publicidad que a la promesa. En otro caso, es decir, si un sujeto ha dado inicio al acto o ha obtenido el resultado o a la revocación se realiza de mala fe, sin la publicidad necesaria o de manera intempestiva, el promitente responderá frente a quien actuó confiando en la promesa.

TRIBUNAL SUPREMO POPULAR¹

LICENCIADA CARIDAD M. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, SECRETARIA DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR.

CERTIFICO: Que el Consejo de Gobierno de este Tribunal, en sesión ordinaria celebrada el día veintidós de diciembre del año dos mil diez, adoptó el acuerdo que copiado literalmente dice así:

POR CUANTO: Se ha advertido que existen Dictámenes en materia penal que han perdido vigencia, en algunos casos por la modificación o derogación posterior de las disposiciones legales en que se sustentaban, y en otros por la variación sustancial de los criterios expuestos en instrumentos jurídicos dictados por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

POR CUANTO: En tal virtud, resulta conveniente dejar sin efecto los Dictámenes que en anexo al presente se relacionan, cuya vigencia y aplicación se dispusiera por este órgano.

POR TANTO: El Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en uso de las facultades y atribuciones que le están conferidas por la Ley No. 82, “De los Tribunales Populares”, de fecha 11 de julio de 1997, adopta por unanimidad, el siguiente:

ACUERDO No. 311

PRIMERO: Dejar sin efecto los Dictámenes aprobados en materia penal por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular que se anexan al presente.

SEGUNDO: Comuníquese a los vicepresidentes y presidentes de salas del Tribunal Supremo Popular, a los presidentes de los Tribunales Provinciales Populares y, por su conducto, a los presidentes de sus

1 Acuerdo del Tribunal Supremo Popular, tomado de la *Gaceta Oficial de la República*, Ordinaria No. 3, de 28 de febrero de 2011, p. 38.

respectivas salas de lo Laboral y Tribunales Municipales Populares; a la Ministra de Justicia, al Fiscal General de la República, al Presidente de la Junta Nacional de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos; y publíquese en la Gaceta Oficial de la República, para general conocimiento.

ANEXO

Dictámenes

- 2, de fecha 29 de marzo de 1978
- 3, de fecha 5 de abril de 1978
- 5, de fecha 10 de abril 1978
- 14, de fecha 6 de junio de 1978
- 15, de fecha 15 de junio de 1978
- 25, de fecha 25 de septiembre de 1978
- 28, de fecha 19 de octubre de 1978
- 43, de fecha 1ro. de diciembre de 1978
- 44, de fecha 1ro. de diciembre de 1978
- 57, de fecha 20 de marzo de 1979
- 62, de fecha 30 de abril de 1979
- 64, de fecha 10 de mayo de 1979
- 65, de fecha 19 de mayo de 1979
- 66, de fecha 19 de mayo de 1979
- 68, de fecha 31 de mayo de 1979
- 69, de fecha 31 de mayo de 1979
- 79, de fecha 20 de octubre de 1979
- 82, de fecha 9 de febrero de 1980
- 87, de fecha 29 de febrero de 1980
- 88, de fecha 29 de febrero de 1980
- 89, de fecha 10 de marzo de 1980
- 96, de fecha 24 de mayo de 1980
- 102, de fecha 23 de junio de 1980
- 103, de fecha 5 de agosto de 1980
- 104, de fecha 5 de agosto de 1980
- 106, de fecha 5 de agosto de 1980

- 107, de fecha 5 de agosto de 1980
- 116, de fecha 25 de diciembre de 1980
- 121, de fecha 10 de marzo de 1981
- 134, de fecha 17 de noviembre de 1981
- 151, de fecha 28 de septiembre de 1982
- 156, de fecha 21 de diciembre de 1982
- 159, de fecha 27 de abril de 1983
- 163, de fecha 5 de julio de 1983
- 187, de fecha 5 de junio de 1984
- 197, de fecha 28 de agosto de 1984
- 209, de fecha 8 de enero de 1985
- 210, de fecha 8 de enero de 1985
- 214, de fecha 5 de febrero de 1985
- 220, de fecha 2 de abril de 1985
- 223, de fecha 2 de abril de 1985
- 234, de fecha 6 de agosto de 1985
- 244, de fecha 10 de abril de 1986
- 247, de fecha 20 de mayo de 1986
- 252, de fecha 4 de noviembre de 1986
- 275, de fecha 30 de septiembre de 1987
- 282, de fecha 8 de diciembre de 1987
- 301, de fecha 10 de enero de 1989
- 317, de fecha 19 de febrero de 1991

OBRAS GENERALES DE DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

- BARREDA ELCORO, RODRIGO: *Trasmisión de los derechos y obligaciones derivados del contrato de arrendamiento*, México, D.F., s/e, 1974, 144 p.
- BENITO, LORENZO: *Manual de Derecho Mercantil*, Editorial Victoriano Suárez, Madrid, 1924, 2 t.
- _____ : *Manual de Derecho Mercantil*, Establecimiento Tipográfico Domenech, Valencia, 1904-1908, 2 v.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ: *El cumplimiento de las obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, 526 p.
- BERGOLEA ZAPATA, JORGE: *Unificación de régimen en las obligaciones y contratos*, Impreso en talleres gráficos Didot, Buenos Aires, 1946, 164 p.
- BORRELL SOLER, ANTONIO: *Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1953, 291 p.
- BORJA SORIANO, MANUEL: *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Porrúa S.A., México, 1944, 506 p.
- BLANCO, ALBERTO: *Curso de obligaciones y contratos en el Derecho Civil*, Editorial Cultural S.A., Habana, 1930, 440 p.
- _____ : *Curso de obligaciones y contratos en el Derecho Civil Español*, Editorial Cultural S.A., Habana, 1930-1943, 3 t.
- _____ : *Curso de Obligaciones y Contratos en el Derecho Civil Español*, s/e, 1930.
- _____ : *Curso de Obligaciones y Contratos en el Derecho Civil Español. Contratos en Especie*, La Habana, s/e, 1943, 312 p.
- _____ : *Curso de Obligaciones y Contratos en el Derecho Civil español*, Imprenta y Papelería Librería Nueva, La Habana, 1930-1943, 3 t.
- BARRERA GRAF, JORGE: *Derecho Mercantil*, Talleres Impresos Chávez S.A. de C.V., México, 1991, 121 p., ISBN: 968-36-1923-1.
- CAMUS, E. F.: *Código Civil Explicado*, Editorial Cultural, S.A., La Habana, 1945, 618 p.

- CLEMENTE DIEGO, D. F. DE: *Trasmisión de las Obligaciones. La trasmisibilidad de las obligaciones*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1912, 352 p.
- DÍAZ PAIRÓ, ANTONIO: *Introducción al Derecho de Obligaciones*, Librería Temis, La Habana, 1942, 2 v.
- _____ : *Introducción al Derecho de Obligaciones*, Librería Temis, La Habana, 1942-1943, 2 v.
- _____ : *Teoría General de las Obligaciones*, Imprenta y Papelería ALFA, La Habana, 1948, 222 p.
- GÁSPERI, LUIS DE: *Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil Paraguayo y Argentino*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1946, 2 v.
- GORASTIAGA, NORBERTO: *La causa en las obligaciones*, Editorial Ideas, Buenos Aires, 1944, 706 p.
- GIORGIANNI, MICHELE: *La obligación*, Editorial Bosch, Barcelona, 1958, 229 p.
- GIORGI, JORGE: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, Madrid, s/e, 1909, 8 t.
- GORLA, GINO: *El contrato*, Editorial Bosch, Barcelona, 1959, 557 p.
- _____ : *El contrato*, Editorial Bosch, Barcelona, 1959, 671 p.
- Ent. sec. Materias: JURISPRUDENCIA ITALIANA
- HEDEMANN, J. W.: *Derecho de Obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, 2 v.
- HILSENRAD, ARTHUR: *Las obligaciones precontractuales*, Editorial Góngora, Madrid, 1932, 209 p.
- LARENZ, KARL: *Derecho de Obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, 2 t.
- MARTÍNEZ ESCOBAR, MANUEL: *Obligaciones y Contratos*, Editorial Cultural, S.A., La Habana, 1938, 524 p.
- _____ : *Obligaciones y Contratos*, Editorial Cultural, S.A., La Habana, 1955, 529 p.
- MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA: *Comentarios al Código Civil Español*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1890-1905, 11 t.
- MONTES ÁNGEL, CRISTÓBAL: *Naturaleza jurídica de la obligación que nace de la promesa del hecho ajeno*, Caracas, s/e, 1974, 39 p.
- OJEDA RODRÍGUEZ, NANCY: *Guía de Estudio. Carrera de Derecho. Derecho de Obligaciones*, La Habana, s/e, 2005, 29 p.

- PERAL COLLADO, DANIEL A.: *Obligaciones y Contratos Civiles*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1980-1984, 466 p.
- PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B.: *Lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000, 335 p., ISBN: 959-258-128-2.
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL: *Compendio de Derecho Civil*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1995, 4t., ISBN: 9968-432-262-3.
- SCHOO, ALBERTO D: *Régimen jurídico de las obligaciones monetarias internacionales*, Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1940, 1000 p.