

Edición: Rosa Alfonso Mestre
Diseño de cubierta: Frank Herrera García
Diseño interior: Arsenio Fournier Cuza
Diagramación: Luis Moya Medina

© Colectivo de autores, 2005
© Sobre la presente edición:
Editorial Félix Varela, 2005

ISBN 959-258-860-0 Obra completa
959-258-862-7 Segunda parte

EDITORIAL FÉLIX VARELA
San Miguel No. 1111
entre Mazón y Basarrate, Vedado,
Ciudad de La Habana, Cuba.
Email: elsa@enpses.co.cu
Telef.: 878-6986

ÍNDICE GENERAL

PRIMERA PARTE

Prólogo

Evolución histórica del Derecho Mercantil

Surgimiento y evolución del Derecho Mercantil en Cuba

Concepto, caracteres y fuentes del Derecho Mercantil

Fuentes de Derecho Mercantil

La empresa y el establecimiento mercantil

El empresario mercantil. Generalidades

Requisitos

Prohibiciones e incompatibilidades para el ejercicio de la actividad económica constitutiva de empresa

El estatuto jurídico del empresario mercantil

Responsabilidad del empresario mercantil

Colaboradores del empresario mercantil

El Empresario Social

Concepto y características de sociedad mercantil

Requisitos de Constitución

Efectos o consecuencias de la personalidad jurídica

La sociedad y demás fenómenos asociativos

Sociedad irregular y sociedad en formación

Distinción entre sociedad civil y sociedad mercantil

Clasificación de las sociedades mercantiles

Tipos de sociedades mercantiles

Las sociedades personalistas

La sociedad colectiva. Generalidades

Definición y caracteres

Régimen Jurídico Interno

La sociedad Comanditaria. Generalidades
La Sociedad Anónima
Antecedentes
Concepto y características
Denominación de la sociedad
Requisitos de Constitución
Procedimiento de fundación de la Sociedad
El capital social
La acción
Órganos de la Sociedad
La Sociedad Anónima en el ordenamiento jurídico cubano
Las sociedades mercantiles de capital totalmente cubano
Transformación, fusión, escisión, disolución y liquidación de sociedades
La Sociedad de Responsabilidad Limitada
Concepto y naturaleza
Características
Naturaleza jurídica
Requisitos de constitución
Órganos sociales
La Sociedad de Responsabilidad Limitada en la legislación cubana
La sociedad unipersonal
Causas que propiciaron el surgimiento de la sociedad unipersonal. Análisis teórico
Concepto de sociedad unipersonal
Constitución de la sociedad unipersonal
La constitución de una sociedad unipersonal según la forma social adoptada
Funcionamiento de la sociedad unipersonal
Modificaciones estructurales
Extinción de la sociedad unipersonal. Disolución y liquidación
Unión de Empresarios
Surgimiento de la Unión de Empresarios
Grupos de Sociedades. Concepto
Elementos que distinguen al Grupo de Sociedades
Clasificación de los grupos de sociedades
Relaciones internas en el Grupo de Sociedades
Relaciones externas de los grupos de sociedades
Regulación legal sobre los Grupos de Sociedades
Las cuentas anuales consolidadas en el Grupo de Sociedades
La *Joint Venture* como modalidad especial de Grupo de Sociedades
Diferencias con instituciones jurídicas afines
Unión temporal de empresarios

Las sucursales y agentes de sociedades mercantiles extranjeras

Sucursales. Definición

Generalidades del contrato de agencia

Aspectos fundamentales del régimen jurídico de las sucursales y agentes de sociedades mercantiles extranjeras

Contratos Mercantiles. Generalidades

Especialidad en el régimen general de las obligaciones

Teoría general de los contratos mercantiles

La Compraventa Mercantil

Elementos del contrato

Contenido del contrato

Extinción del contrato

Compraventas mercantiles especiales

La compraventa internacional

Contratos afines a la compraventa mercantil

SEGUNDA PARTE

Contratos de Colaboración Mercantil

De la colaboración mercantil

Contrato de Comisión. Concepto

Criterios de determinación de la mercantilidad del contrato

Caracteres del Contrato

Naturaleza Jurídica

Regulación en Cuba

Elementos del Contrato

Obligaciones de las partes

Contrato de agencia. Función Económica y Ventajas

El contrato de producción cooperada

Concepto

Características

Naturaleza Jurídica

Contratos Financieros

Contrato de arrendamiento financiero o *Leasing*

Contrato de factoraje o *Factoring*

Contrato de franquicia o *Franchising*

Contrato confirmatorio o *Confirming*

Los contratos de depósito y préstamo mercantiles

Contrato de Depósito Mercantil. Concepto

Criterios de mercantilidad

Clasificación

Obligaciones de las partes
Diferencias más importantes del régimen jurídico del depósito civil
y el depósito mercantil
Extinción
Contrato de Préstamo mercantil. Concepto
Contratos Bancarios
Introducción
El contrato bancario. Concepto y delimitación
Naturaleza mercantil del contrato bancario
Contenido de los contratos bancarios
Operaciones activas
Préstamo bancario de dinero. Concepto
Naturaleza jurídica y mercantilidad del préstamo bancario
Distinción de figuras afines al préstamo bancario
Contenido y elementos personales del contrato de préstamo bancario de dinero
El contrato de apertura de crédito bancario. Concepto
Naturaleza jurídica de la cuenta de crédito bancario
Contenido del contrato de cuenta de crédito bancario
Los descubiertos o sobregiros en cuenta corriente bancaria
Contrato de tarjeta de crédito. Concepto
Contrato de descuento bancario
Tipos de descuentos atendiendo a la forma en que se realiza
Contrato de redescuento
Los créditos bancarios de firma
El aval, el preaval y la promesa de aval
La línea de avales
Las garantías a primer requerimiento
Las cartas de *confort* o patrocinio
Créditos documentarios. Concepto
Operaciones pasivas
Los contratos de depósito bancario de dinero. Concepto
Operaciones neutras
Contrato de cuenta corriente bancaria y otras cuentas bancarias
Contratos de seguro
Antecedentes y desarrollo
El seguro en Cuba
Clases de empresas de seguro
Clasificación de los seguros
La regulación del contrato de seguro en nuestro ordenamiento jurídico
Características
Elementos personales, reales y formales

Perfeccionamiento del contrato de seguro
Principales deberes y derechos de las partes del contrato de seguro
Títulos valores
Generalidades
Función económica
Concepto y naturaleza jurídica del título valor
Clasificación de los títulos valores
La letra de cambio
Cuba
El pagaré y el cheque
Insolvencia patrimonial
La insolvencia patrimonial del empresario
La suspensión de pagos: Causa, efectos, procedimiento y solución
La quiebra. Concepto, clases, requisitos, efectos, procedimientos y extinción de la quiebra

ÍNDICE

SEGUNDA PARTE

Índice general / III

Índice. Segunda parte / IX

Prólogo / XIII

Contratos de Colaboración Mercantil / 1

De la colaboración mercantil / 1

Contrato de Comisión. Concepto / 2

Criterios de determinación de la mercantilidad del contrato / 3

Caracteres del Contrato / 4

Naturaleza Jurídica / 5

Regulación en Cuba / 6

Elementos del Contrato / 6

Obligaciones de las partes / 9

Contrato de agencia. Función económica y ventajas / 23

El contrato de producción cooperada / 57

Concepto / 58

Características / 59

Naturaleza Jurídica / 63

Contratos Financieros / 65

Contrato de arrendamiento financiero o *Leasing* / 66

Contrato de factoraje o *Factoring* / 74

Contrato de franquicia o *Franchising* / 76

Contrato confirmatorio o *Confirming* / 77

Los contratos de depósito y préstamo mercantiles / 79

Contrato de Depósito Mercantil. Concepto / 79

Criterios de mercantilidad / 79
Clasificación / 81
Obligaciones de las partes / 85
Diferencias más importantes del régimen jurídico del depósito civil
y el depósito mercantil / 91
Extinción / 92
Contrato de préstamo mercantil. Concepto / 93
Contratos Bancarios / 100
Introducción / 100
El contrato bancario. Concepto y delimitación / 101
Naturaleza mercantil del contrato bancario / 102
Contenido de los contratos bancarios / 102
Operaciones activas / 106
Préstamo bancario de dinero. Concepto / 106
Naturaleza jurídica y mercantilidad del préstamo bancario de dinero / 108
Distinción de figuras afines al préstamo bancario / 110
Contenido y elementos personales del contrato de préstamo bancario
de dinero / 111
El contrato de apertura de crédito bancario. Concepto / 113
Naturaleza jurídica de la cuenta de crédito bancario / 114
Contenido del contrato de cuenta de crédito bancario / 116
Los descubiertos o sobregiros en cuenta corriente bancaria / 116
Contrato de tarjeta de crédito. Concepto / 117
Contrato de descuento bancario / 118
Tipos de descuentos atendiendo a la forma en que se realiza / 120
Contrato de redescuento / 121
Los créditos bancarios de firma / 122
El aval, el preaval y la promesa de aval / 123
La línea de avales / 124
Las garantías a primer requerimiento / 125
Las cartas de *confort* o patrocinio / 126
Créditos documentarios. Concepto / 128
Operaciones pasivas / 130
Los contratos de depósito bancario de dinero. Concepto / 130
Operaciones neutras / 134
Contrato de cuenta corriente bancaria y otras cuentas bancarias / 134
Contratos de seguro / 140
Antecedentes y desarrollo / 140
El seguro en Cuba / 142
Clases de empresas de seguros / 144
Clasificación de los seguros / 147

La regulación del contrato de seguro en nuestro ordenamiento jurídico /	153
Características /	154
Elementos personales, reales y formales /	155
Perfeccionamiento del contrato de seguro /	158
Principales deberes y derechos de las partes del contrato de seguro /	161
<i>Títulos valores</i> /	166
Generalidades /	166
Función económica /	169
Concepto y naturaleza jurídica del título valor /	170
Clasificación de los títulos valores /	171
La letra de cambio /	179
Cuba /	202
El pagaré y el cheque /	206
<i>Insolvencia patrimonial</i> /	214
La insolvencia patrimonial del empresario /	214
La suspensión de pagos: Causa, efectos, procedimiento y solución /	218
La quiebra. Concepto, clases, requisitos, efectos, procedimientos y extinción de la quiebra /	222
<i>Bibliografía</i> /	241

PRÓLOGO

Al presentar este libro a los profesores, estudiantes y público en general se hace necesario, ante todo, subrayar el esfuerzo y dedicación con los que los profesores de la asignatura en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, se volcaron en su realización en un plazo extraordinariamente corto, dada la premura con que se requería disponer del mismo para su empleo en todas las universidades y centros universitarios municipales del país.

Se trata, hasta donde conocemos, del primer intento después del triunfo de la Revolución de sistematizar en un texto los conocimientos básicos del Derecho Mercantil en forma diferenciada y no vinculada a otras disciplinas jurídicas, tales como el Derecho Económico o el Derecho Comercial Internacional y, en este sentido, continúa por el camino iniciado con la edición en 1998 del Código de Comercio (actualizado) preparado también por un colectivo de profesores de la facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

La obra, destinada tanto a los estudiantes de la licenciatura en Derecho como a otras carreras universitarias que incluyen esta disciplina en su currículo docente cual es el caso de las económicas, ha seguido en el orden metodológico el programa vigente de la asignatura, ampliándolo con el objetivo de brindar al lector una panorámica doctrinal lo suficientemente amplia, que le permita profundizar posteriormente de forma autónoma en aspectos de su interés en esta materia.

Los autores trataron en todo momento de vincular los conceptos e instituciones desarrollados a la realidad cubana de hoy y a su derecho positivo en el sentido más amplio del término, sin olvidar la necesaria generalización doctrinal que permita aplicar los conocimientos adquiridos

a los aspectos concretos de la contratación internacional y al estudio comparado de legislaciones de otros países.

Dado que las instituciones mercantiles en Cuba no se han reformulado en nuestra legislación mucho más allá del Código de Comercio vigente, que no es otro que el Código español de 1889, se ha aprovechado el caudal legislativo y, sobre todo, doctrinario de autores extranjeros, principalmente españoles para desarrollar los conceptos expuestos; sin embargo, al acudir a fuentes doctrinales extranjeras se ha tratado en todo momento de ceñirse a la realidad cubana dada, en primera instancia, por nuestro sistema económico-social y su consecuente diversidad conceptual y legislativa.

Esta edición que hoy modestamente presentamos es un primer paso en una dirección mucho más compleja y ambiciosa de sistematizar doctrinalmente las instituciones y conceptos del Derecho Mercantil por autores cubanos.

Las próximas ediciones de esta obra, permitirán con seguridad mejorar la actual, al eliminar las inevitables insuficiencias y errores que esta presenta, lo que permitirá elevar tanto su rigor conceptual como el aspecto pedagógico, inherentes ambos a todo libro de texto universitario.

DR. RUBÉN MUÑIZ GRIÑÁN

CONTRATOS DE COLABORACIÓN MERCANTIL

LIC. JOHANNES SAN MIGUEL GIRALT

DE LA COLABORACIÓN MERCANTIL

Las actuales exigencias de la economía y el comercio exigen más que nunca de la colaboración. Si en un momento determinado se había dicho que el esfuerzo de un solo hombre era insuficiente para llevar adelante un negocio, hoy puede decirse sin temor a equívocos de ninguna clase, que el más poderoso empresario, capaz de coordinar los esfuerzos de millones de personas en función de desplegar su empresa, va a necesitar siempre de otros empresarios para desenvolver su actividad económica.

Por colaboración mercantil puede entenderse un sinnúmero de actividades, en un sentido muy amplio no es erróneo considerar cualquier empresa llevada a cabo por cualquier empresario como actos de colaboración mercantil, porque el carácter concatenado de las relaciones comerciales y de negocios entre los empresarios mismos, obligan necesariamente a depender unos de otros para lograr sus objetivos negociales. En consecuencia, cada uno de los sujetos que contrata con un empresario, son colaboradores mercantiles del mismo, en la medida en que le permitan desenvolver su actividad económica. Vistas las cosas de esa manera, el comprador mercantil es colaborador del vendedor, porque a través del contrato de compraventa mercantil, colabora con la empresa de este último; sin embargo, a este contrato no se le conoce como contrato de colaboración mercantil.

A lo que jurídicamente hablando se entiende como colaboración mercantil, es a la promoción y conclusión de contratos en interés de otra persona, en particular de otro empresario. Bajo la idea de la colaboración mercantil, se designa la gestión de negocios que son ajenos¹ al objeto social del colaborador, que es

¹No entraremos aquí en la naturaleza de la distinción –si es que existe tal– entre la colaboración mercantil y gestión de intereses ajenos, huelga hablar de intentos de distinguirlos. Las

promover y concertar contratos para otros empresarios. Esta actividad de contratación por cuenta ajena y eventualmente de representación, no es exclusiva del Derecho Mercantil, tiene su raíz técnica y conceptual en el Derecho Civil que ofrece como referente el contrato de mandato, el cual provee el modelo básico de comportamiento a seguir por las partes que intervienen en relaciones de este tipo.

Vale realizar una nueva aclaración, tampoco es colaboración mercantil la estrictamente material. Autores fundamentalmente españoles, hablan de colaboración mercantil en sentido material, cuando se corresponde con actos donde el mandatario no realiza acción legalmente trascendente que vincule al mandante, como por ejemplo, concertar contratos en su nombre; tales son los casos del corretaje y el arrendamiento de servicios. A través de esos contratos, el mandatario no tiene la posibilidad de someter la voluntad del mandante a través de su acción concertadora. Solamente encargan realizar una obra, y es eso lo que hacen.

Haremos referencia indistintamente a colaboración mercantil y a intermediación comercial en la presente contribución, la distinción entre ambos es motivo e invitación a la reflexión.

CONTRATO DE COMISIÓN. CONCEPTO

Es sencillamente un contrato por el cual un empresario (comisionista) se obliga a concertar un acto de comercio en interés de otro empresario (comitente). Casi de manera unánime la doctrina coincide en este concepto, sin embargo, históricamente la comisión ha estado íntimamente vinculada a la compraventa mercantil.

Legalmente el contrato de comisión se define como mandato con ciertas características que lo hacen de naturaleza mercantil y no civil. Alguna doctrina mexicana (RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ) intenta distinguir la comisión de un “mandato mercantil”; distinción que no cabe en nuestro ordenamiento -. Para nosotros el concepto legal de comisión está en el artículo 398 del Código Civil Cubano por remisión del Código de Comercio.

Como parte del concepto doctrinal de comisión hay acuerdo entre los autores en catalogarlo como contrato por el cual uno de los sujetos se obliga a promover y concertar un acto de comercio en interés y por cuenta de otro empresario (comitente). Este es en esencia, el concepto más aceptado.²

maneras más comunes de referirse a los empresarios profesionales de este tipo de actividades económicas es “colaborador independiente del empresario ” (Garrigues) y “empresarios gestores de negocios ajenos” (Vicent Chuliá).

²Aunque M. Broseta Pont y Vicent Chuliá discrepan de Uría en la cantidad de actos posibles a concertar; los primeros consideran que solo puede ser uno, el último admite la posibilidad

En nuestro ordenamiento hay notabilísimas referencias a la compraventa mercantil en cada una de las disposiciones normativas especiales que regulan el contrato de comisión mercantil, sobre todo motivada por el hecho de que ese contrato cumple una función que recuerda en alguna medida a la comisión histórica, vinculada al trasiego de mercancías.

Legalmente el contrato de comisión, encuentra su concepto en dos disposiciones normativas cubanas:

- el Código de Comercio: particularmente en el artículo 244 que remite al Código Civil en su artículo 398. El contrato de comisión es el contrato de mandato civil, con una serie de peculiaridades que le dan el carácter mercantil;
- y la Resolución 190/2001 del Ministro de Comercio Exterior que pone en vigor el Reglamento para la Actividad de Exportación e Importación de Mercancías. En esta disposición normativa, encontramos la regulación del contrato de comisión para la venta de mercancías en consignación y el contrato de comisión para la venta de mercancías en régimen de depósito de aduana, en los artículos 92, 94 y siguientes. Queda sujeto a análisis posterior el gran dilema de la existencia o no de una relación contractual de comisión, en los contratos relativos a las operaciones de comercio exterior estatal cubano, razones de espacio impiden cualquier pronunciamiento al respecto de esta contribución.

CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA MERCANTILIDAD DEL CONTRATO

El artículo 244 establece una doble valoración objetiva y subjetiva para predicar de un negocio jurídico de mandato, un contrato de comisión mercantil:

- **Criterio objetivo:** se requiere que el objeto sea un acto de comercio, al respecto *vid ut supra* la teoría del acto de comercio.
- **Criterio subjetivo:** en principio los sujetos del contrato han de ser empresarios. De una primera lectura no queda claro cuando reza

de varios actos. Vicent Chuliá es particularmente enfático al afirmar como nota característica del contrato que su objeto no es una relación permanente, sino más bien esporádica (Vicent Chuliá: 296). En otro orden, Broseta deja claro que la naturaleza del acto ha de ser jurídico y no material (Broseta: 444).

“...y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista”. Pudiera parecer *prima facie* que el citado precepto hace corresponder tales requisitos tanto a uno como a otro sujeto (comitente y comisionista). Más atinado sería entender que el requisito de empresario le corresponde al comitente y el de mediador del comercio al comisionista, aun cuando no aparezca el vocablo “respectivamente”.

CARACTERES DEL CONTRATO

Consensual: Las partes al manifestar su consentimiento, quedan obligadas al cumplimiento de las prestaciones por haberse perfeccionado el mismo. La consensualidad está dada por el hecho de que el contrato vincula a las partes desde el momento mismo en que el consentimiento se constituye sin requerir la realización de ninguna prestación de dar (contrato real) o de la formalización escrita (contrato formal).

Queda abierta legalmente la posibilidad del consentimiento tácito de las partes a través de los conocidos como hechos concluyentes –*facta concludentia*–, que hacen suponer razonablemente la existencia de una voluntad encaminada a vincularse a un contrato con la otra parte (ver Art. 249 del Código de Comercio). Esos hechos son los actos de gestión de los efectos remitidos por un empresario para con ellos realizar las acciones relativas a la comisión de compra o venta. A manera de excepción, la ley plantea que los actos de gestión encaminados a la conservación y custodia de efectos remitidos con el objetivo de devolverlos no pueden ser entendidos como hechos concluyentes de la voluntad del presunto comisionista en atarse a un contrato de comisión.

Dicho consentimiento, particularmente por parte del comisionista, se presume ante el silencio del mismo. El criterio que fundamenta semejante conclusión es el hecho de ser un profesional que se dedica a la materia, y que por tanto son ellos quienes deben tener la carga de informar su negativa para no considerarse legalmente obligado (RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ: 34). El contrato se considera perfeccionado por el mero hecho de que el comisionista realice actos de gestión sobre los “efectos remitidos” por parte del virtual comitente, la única excepción a ello es que esos actos sean indispensables para conservarlos y devolverlos en el estado en que fueron remitidos.³

³También la doctrina mexicana, en base por supuesto a su legislación, ha querido predicar una nueva excepción a la fuerza vinculante de los hechos concluyentes como supuesto de aceptación tácita del contrato por el comisionista. Se trata de la realización de actos de conser-

Retribuido: A diferencia del contrato civil de mandato, la comisión es retribuida. Se trata del mandato civil aplicado al mercado (contrato como instrumento jurídico al servicio de una empresa para generar utilidades). La comisión es un contrato oneroso, salvo pacto en contrario. Si no está pactada la contraprestación o el pago de una comisión, entonces se calcula sobre la base del artículo 277 del Código de Comercio, ante la duda, siempre hay que presumir que procede la obligación de pagar la comisión.

El mandato civil, en cambio, es gratuito salvo disposición legal en contrario, según el artículo 398 del Código Civil Cubano.

De tracto instantáneo: Sin llegar al nivel de consecutividad de la agencia, la comisión no es un contrato que se agote con un solo acto, pueden encargarse más de uno. La posición que se asuma al respecto en buena medida está definida en el momento de conceptuar el contrato, si admite uno o varios actos. En cualquier caso, ello queda a la voluntad de las partes.

NATURALEZA JURÍDICA

Es un auténtico mandato, ello es una conclusión no solo doctrinal, sino incluso de Derecho positivo.⁴ No hay duda alguna de que la comisión es el mandato civil aplicado a los actos de comercio (BROSETA: 472). Es un mandato cualificado por la naturaleza del acto de ejecución (acto de comercio) y de las partes intervinientes (empresarios), URÍA: 737.

Sobre la base de criterios estrictamente legislativos, se ha distinguido entre comisión y mandato mercantil. Merece particular atención cómo el Código de Comercio mexicano ha distinguido entre obrar a nombre propio y a nombre ajeno. En el primer caso estamos en presencia de la comisión mercantil, donde el comisionista acude a la relación por sí mismo, sin representar a nadie. Es evidente, que no concierne el contrato en su interés directo, sino en la medida en que colabora con el desenvolvimiento de la actividad económica en el mercado, constitutiva de empresa por parte del comitente. En el otro caso, si comparece a formalizar el negocio de ejecución en nombre

vación sin provisión de fondos por parte del comitente, lo cual no obliga a la contraprestación del comisionista. Si bien es cierto que no lo obliga, eso no significa que no esté atado al contrato. Si el comisionista o el comitente acuerdan de manera expresa o tácita, obligarse mutuamente, y el último no provee fondos suficientes para el despliegue de la actividad necesaria por el comisionista, eso no significa que el contrato muera allí. Es simplemente una condición a cumplir para que el mismo despliegue la plenitud de efectos que todo contrato supone.

⁴Véase artículo 244 del Código de Comercio vigente: “Se reputará comisión mercantil el mandato ...” (El subrayado es del autor).

del comitente, entonces funciona como una suerte de promotor del tráfico y por ende no puede adquirir las obligaciones legalmente previstas para un comisionista en la ley ritual y pasa a ser mero mandatario mercantil.⁵ Tal distinción no tiene sentido alguno.

REGULACIÓN EN CUBA

Nuestro ordenamiento jurídico mercantil, al igual que el resto de los países del mundo, regula un contrato de comisión genérico en el Código de Comercio junto a sus especialidades clásicas: la comisión de compraventa y la comisión de transporte.

Otros contratos de comisión encuentran su regulación en el artículo 94 y siguientes de la Resolución 190/01 que pone en vigor el Reglamento de la Actividad de Importación y Exportación, ellos son el contrato de comisión para la venta de mercancías en consignación y el contrato de comisión para la venta de mercancías en régimen de depósito de aduana.

ELEMENTOS DEL CONTRATO

Elementos personales

A) El comitente:

Es el empresario en cuyo interés se despliega la actividad de concertación del contrato de ejecución. Cumple el rol que en el orden civil tiene el mandante, aunque con diferencias ostensibles. No tiene requisitos especiales, sin embargo, una interpretación lógica del artículo 244 del Código de Comercio arrojaría como resultado que el comitente tiene como único requisito, ser empresario: exigencia lógica por demás.

B) El comisionista:

Es el empresario que, siendo mediador del comercio, profesional y habitualmente, se dedica a la realización de una actividad económica constitutiva de empresa consistente en la contratación por cuenta del comitente quien sería su empresario cliente. Por lo antes expuesto y siguiendo en todas sus

⁵Es un criterio rebatible, el Código de Comercio mexicano bajo concepto alguno distingue entre contratos de comisión y mandato mercantil, como parece dejar claro Rodríguez Rodríguez, simplemente la citada norma deja claro que en caso de que se contrate a nombre del comitente de manera expresa, los derechos y las obligaciones recíprocas quedan reguladas por el contrato de mandato mercantil. No salen los sujetos del estatuto de comisionistas mercantiles, sino solamente en lo que respecta a las recíprocas relaciones contractuales entre ellos. Ver artículo 285 del Código de Comercio mexicano.

consecuencias las conclusiones interpretativas del artículo 244 del Código de Comercio cubano, nuestro ordenamiento mercantil le exige al comisionista que sea no solo empresario, sino un empresario cualificado: mediador del comercio.

En el derecho anglosajón hay varios tipos de comisionistas: el *agent*, el *factor* y el *broker*. Su distinción es para ellos mismos bastante imprecisa, basándose en criterios muy diversos: el *factor* o *commission merchant* es quien actúa en nombre propio y tiene la posesión real o técnica de la mercancía objeto del contrato de ejecución, mientras que el *broker* o *merchandise broker* no actúa en nombre propio y no tiene la posesión de la mercancía, por lo que este último parece ser más bien un corredor. En cualquier caso, ambos están indisolublemente ligados a la compraventa de mercancías. Cuando se trata de un contrato de comisión fuera de la compraventa de mercancías, no actúa el *factor* sino el *agent*, bajo un contrato de *agency* (concepto más abarcador que incluye toda relación en que se deleguen facultades de representación –*discretionary powers*– para la gestión de actos jurídicos y la conclusión de los mismos).

Elementos reales

El negocio de ejecución

Consiste en una prestación de hacer, encaminada a ejecutar un mandato por cuenta del comitente orientado a lograr la finalidad de colaboración mercantil prevista para este tipo contractual en la ley. Esa prestación de hacer por parte del comisionista puede ser más o menos extensa en dependencia de si las obligaciones pactadas son de medios o de resultados. En el primero de los casos estamos ante una actividad limitada a lograr la pura conclusión del contrato; en el segundo de los casos, se trata de la realización de una prestación que incluye no solo la búsqueda y procuración de los posibles clientes, sino además los tratos preliminares y la rúbrica del contrato de ejecución, incluida la responsabilidad por la realización íntegra del contrato objeto.

Uno de los problemas más serios es el de la determinación de los negocios a ejecutar. Es importante tener bien delimitadas y previamente determinadas la naturaleza y los tipos de negocios a ejecutar, sus elementos esenciales deben estar fijados en lo fundamental, de manera que sobre la misma pueda construirse una oferta, y para que sea completada solo necesite que el comisionista supla los extremos de la declaración de voluntad. A diferencia del mandato, la determinación del encargo a ejecutar en la comisión es menos precisa, se trata de una serie de instrucciones de carácter más o menos general que permiten

al mandante conformar la declaración de voluntad que es la oferta para el negocio en concreto (FERNÁNDEZ: 345).

La comisión

Es la retribución o remuneración que le corresponde al comisionista por la actividad desplegada. Pueden incluir la provisión de fondos y la comisión de garantía, que constituyen el pago a actividades distintas del comisionista.

Bajo el nombre genérico de comisión se designa la retribución que obtiene el comisionista, sin embargo, es un error de denominación designar todo tipo de retribución como comisión. Existen cuatro tipos de remuneraciones:

Suma alzada: es una cantidad fija e inamovible de dinero en su variante más pura e infrecuente. Normalmente aparece en los contratos combinada con el porcentaje de las operaciones realizadas por el comisionista.

Porcentaje del valor del contrato de ejecución: este mecanismo pone al montante de ventas de las mercancías en relación directa con la retribución, estimulando una buena negociación por parte del comisionista. El derecho anglosajón llama *commission* a este tipo de remuneración solamente, a las demás especies de remuneración distintas a estas, se conoce como *factorage*.

Remuneración legal: es aquella que a falta de pacto remuneratorio, está prevista en el artículo 277 del Código de Comercio, se determinará a través de los usos y la práctica mercantil.⁶ No excluye a ninguna de las categorías aquí mencionadas.

Arbitrador: es una persona designada por las partes contractuales que tendrá bajo su responsabilidad la determinación de la retribución como elemento real del contrato. Existen dos tipos de arbitadores: *merum* (son aquellos que establecen la retribución del contrato a través de una serie de reglas previstas en el mismo) y *boni viri* (cuando la determinación de la remuneración al comisionista se hace según el leal saber y entender de quien funge como arbitrador).⁷

La práctica negocial a nivel mundial se encamina hacia el uso de mecanismos de estimulación del comisionista, tales como el diferencial precio ejecución-precio límite: es una de las formas más eficientes de estimular la

⁶Lo cual hace reputar a la comisión como elemento natural del contrato y no accidental.

⁷No debe confundirse el árbitro con el arbitrador. El árbitro resuelve conflictos que previamente han sido sometidos a su competencia de manera voluntaria por las partes. El arbitrador es una persona que se encarga de dar plenitud de contenido a uno o varios de los elementos de un contrato en específico. Ver Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *El Arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona: Bosch, 1957, 349 pp.

ejecución fiel y diligente del encargo; consiste en instruir al mandatario mismo a pactar un precio de ejecución limitado a la máxima, otorgándole como retribución la diferencia entre ese precio límite en la ejecución y el precio efectivo que la habilidad del comisionista sea capaz de lograr. En cualquier caso, tal mecanismo remunerador hace dudar de la naturaleza de este contrato como un auténtico mandato, pues parece más típico de una operación de intermediación de compra con posterior reventa, cuyas utilidades el mediador consigue mediante el margen comercial, que es la diferencia entre el precio de compra de la mercancía y el de reventa.

Elementos formales

No existen elementos formales impuestos por ley. El Código de Comercio prevé el carácter consensual del mismo, respecto al momento a partir del cual comienza a surtir efectos dicho contrato.

Aun cuando el Código de Comercio no exige requisitos formales, sí existen exigencias legales con caracteres de *conditio iuris* que tienen relación con la forma del contrato de comisión mercantil, particularmente en el Art. 247 párrafo 1. Se trata de requisitos formales de expresión del comitente a la hora de contratar con el comisionista la comisión. Para ello hay que cumplir una doble condición legal: que el contrato conste por escrito y que sea a nombre del comitente. No es un elemento formal, pues no se requiere para que el contrato se perfeccione. Su ausencia no priva al contrato de su perfección, pero no surte plenitud de efectos, al menos, no puede reputarse hecho a nombre del comitente. No surte efectos entre el comitente y terceros, sino que cae dentro del supuesto del artículo 246 *eiusdem* (no probar la comisión a nombre del comitente). El incumplimiento del requisito formal del artículo 247 párrafo 1 hace que la comisión a nombre del comitente deje de ser tal para ser comisión a nombre propio. Este requisito permite hacer efectiva la prueba de que el mandatario ostenta representación del comitente y por tanto es un contrato a nombre de él.

OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Del comisionista

Comunicación del rehúse: El comisionista está obligado a comunicar lo más inmediato posible al comitente el rehúse a asumir la oferta de contrato propuesta en caso de rechazo a contratar. Su no cumplimiento genera responsabilidad consistente en la indemnización por daños y perjuicios, mas no el cumplimiento forzoso de la obligación (véase artículo 248 del Código de

Comercio). El ejercicio de esta obligación da derecho al comisionista poseedor de estos efectos a enajenarlos en caso que el comitente no se interese en ellos o no muestre preocupación alguna, el producto debe consignarse a favor del comitente en institución de crédito o en quien designe la autoridad judicial.

Custodia y conservación de efectos remitidos: habiéndose recibido del comitente bienes o efectos, queda el comisionista obligado a su custodia y conservación. Su incumplimiento genera indemnización por daños y perjuicios. Esta obligación cumple una importante función de excepción a los supuestos de aceptación tácita del contrato por el comisionista. Los bienes objeto de custodia pueden ser derechos, acciones. Vale considerar que es una obligación injusta, someter a un empresario al compromiso de efectuar gastos por el hecho de que un tercero desconocido le encargue una comisión.

Estas dos primeras obligaciones: rehúse del encargo y custodia y conservación de los efectos remitidos, ¿Son obligaciones contractuales? ¿Cual es la fuente de esas obligaciones? No pueden ser obligaciones precontractuales desde el momento mismo en que el objetivo del rehúse y de la custodia / conservación es evitar el contrato, ellas se activan precisamente bajo la idea de malograr, de frustrar la interpretación positiva del silencio en función de un consentimiento contractual válido hacia la perfección del contrato. El carácter atípico de las fuentes de las obligaciones de comunicación de rehúse y de custodia y conservación, al decir de GARRIGUES (Curso: t. II p. 105), hace pensar que se requiere no solo que el comisionista sea empresario, sino que ha de dedicarse profesionalmente a la comisión como su empresa. Lo contrario sería desproteger a los empresarios en general y someterlos a cumplir estas obligaciones ante la formulación de un encargo hacia ellos o la remisión de efectos para ejecutar el mismo, quienes quedarían sujetos a esas obligaciones –ni tan siquiera la carga– para que no se reputé aceptado el contrato. Solo puede –si es que se puede– someterse a esta obligación a quienes se dedican a la comisión, a la colaboración mercantil como empresa, siendo la misma un evento público y notorio, contemplado en el objeto social y previsto en anotación al efecto en Registro Mercantil.

El análisis anterior es propicio a quienes defienden estas obligaciones sui generis. Para nosotros, ambas obligaciones son injustas, no tienen sentido, otorgan un valor positivo al silencio que realmente no debe tener. Son la hiperbolización de la tesis de que quien calla, otorga; lo cual da en este caso al silencio, el efecto jurídico trascendental de vincular al presunto comisionista a un contrato de comisión, con obligaciones tan serias como la de ejecución del encargo. GARRIGUES fundamenta esta obligación en el derecho

que tiene un presunto comitente en entender el silencio como positivo en un empresario que se dedica habitualmente a esa actividad porque “la actividad habitual del destinatario del encargo es realizar estos trabajos” (GARRIGUES, t. II, p. 105). Es evidente que tal idea no es de fácil aceptación, no puede ser de fácil aceptación si tenemos en cuenta que el comisionista es un empresario como muchos, y darle ese tratamiento exageradamente riguroso es altamente discriminatorio, ¿Por el hecho de que alguien se dedique a recibir encargos para la realización y concertación de negocios, significa que todo el que le envíe encargos con sus correspondientes mercaderías deba devolverlos y comunicarles la declinación de la oferta, so pena de entenderse que acepte el encargo? ¿No es esto un poco oneroso y gravoso para el comisionista? ¿Algún otro empresario queda bajo ese estatus? No, sería engorrosísimo para el tráfico mercantil regular, someter a los empresarios a situaciones de ese tipo, como de hecho lo es.

Ejecución del encargo: es la prestación principal derivada de este tipo de contrato y supone la realización de las actividades y servicios que sean necesarios y suficientes para lograr el resultado previsto por las partes en el contrato (BROSETA PONT: 473 y artículo 252 del Código de Comercio). No es una obligación de resultados, sino simplemente se obliga al comisionista a desarrollar una actividad normal para conseguir los efectos que se quieren. Puede suspenderse su ejecución en caso de accidente imprevisto (artículo 288 Código de Comercio mexicano). En general la ejecución del encargo consiste en encontrar al empresario que en las condiciones más favorables para el comitente pacte el contrato de ejecución.

Queda su cumplimiento condicionado a la provisión de fondos que realice el comitente. A esta prestación principal le corresponde como contraprestación la remuneración (artículo 250 del Código de Comercio). Tiene como obligación accesoria la devolución del fondo sobrante (artículo 278 *eiusdem*), aceptar otra cosa sería enriquecimiento indebido.

Criterios de ejecución del encargo

Lealtad y diligencia: la lealtad y la diligencia en la ejecución del encargo están definidas y previstas de una manera u otra en los artículos 267 *in fine*, 255, 273, 264, 269, 258, 251, 268 y otros, todos del Código de Comercio. Como de costumbre, se exige la diligencia propia de un empresario ordenado. Por su parte, la lealtad debida ordena una conducta encaminada a la defensa de los intereses del comitente e incluye la suspensión de la ejecución del encargo si es manifiestamente dañoso al mandante.

La lealtad y diligencia a observar por todo comisionista en la ejecución del encargo tiene su expresión más fehaciente en una serie de deberes legales a cumplir por el comisionista a favor del comitente:

Obligación accesoria de consulta: Previsto en el artículo 22 del Código de Comercio para la comisión común, no existen disposiciones particulares respecto a la forma en que esta habrá de hacerse. Es una obligación que se deduce precisamente de la naturaleza del contrato de comisión como mandato. El mandatario o comisionista, al no ser el *dominus negotii*, pero sí titular de la gestión del mismo, está en la obligación de someter sus actos a la consulta del principal. En el ámbito mercantil esta dependencia del mandatario respecto al mandante es menor, recordemos que uno de los elementos que diferencia el Derecho de Obligaciones Civil del Mercantil es precisamente el carácter típico del mandato lo cual supone el conocimiento previo de los derechos y las obligaciones de las partes, todo ello bajo un mismo contenido típico característico de las operaciones económicas o comerciales de los empresarios.

Sujeción del comisionista a la voluntad del comitente: La voluntad del comitente se expresa en las instrucciones. Para determinar el ámbito de autonomía del comisionista respecto del comitente en la realización del encargo se ha clasificado el negocio de comisión en tres categorías: cuando las instrucciones son completas y con alto nivel de precisión dejando poco margen al comisionista a integrar con su voluntad el contenido de su mandato estamos ante la **comisión imperativa**, la cual se presume por imperio del artículo 255.1 Código de Comercio. Cuando se dan instrucciones parciales para que los extremos sean decididos por el comitente, se trata de una **comisión indicativa**. Cuando no se dan instrucciones, otorgándole amplísimo margen de facultades al comisionista, se está ante una **comisión facultativa** (BROSETA PONT: 474).

Uno de los elementos que hacen distinguir el mandato civil de la comisión mercantil, es la facultad del comisionista / mandatario en realizar actos de dominio. Mientras la comisión, particularmente de compra o venta, incluye la facultad de realizar actos de dominio –no solo lo incluye sino que lo exige, de otra forma es imposible el ejercicio de la comisión–, el mandato no incluye tales actos, salvo pacto en contrario (ver artículo 401 *in fine*).

Prohibición de la autoentrada de comisionista y la aplicación: En el primer caso el comisionista se erige en tercero contratante donde hay un posible conflicto de intereses entre él como representante del comitente y el comitente mismo. La prohibición está determinada por la idea de que el negocio de ejecución necesariamente debe desarrollarse con un tercero ajeno a la relación de comisión, por lo que se prohíbe intentar resolver la necesidad económica del comitente compareciendo el comisionista en su doble

carácter, como tal y como tercero contratante; la autoentrada es la contratación consigo mismo del Derecho Civil prohibida en el artículo 63 del Código Civil cubano. En el caso de la aplicación (donde el tercero también es comitente), el conflicto de intereses es menos claro, menos visible y menos frecuente que en la autoentrada, lo que se prohíbe es la promoción de contratos cruzados entre clientes del comisionista, donde este no actúa como parte pero sus comitentes sí, permitiéndole favorecer a un cliente, en detrimento del otro.

Lo que se quiere con esta prohibición es evitar el conflicto de intereses que enturbia la necesaria transparencia con que debe desempeñarse la función de mandatario comisionista, aunque la tendencia general de la doctrina moderna es favorable al autocontrato, restringiendo el concepto de conflicto de intereses a la materia puramente material, dejando que el conflicto formal pueda tener cabida en Derecho.

La manera en que se ha redactado el artículo 267 del Código de Comercio parece admitir la posibilidad de extender los efectos de esta prohibición, no solo para las comisiones de venta, sino para todo tipo de comisión.⁸ Tampoco es válida la autoentrada ni la aplicación por interpósita persona.

La autoentrada queda prohibida por el riesgo de anteposición de intereses del comisionista a los del comitente en la operación a realizar. Ese riesgo realmente es muy limitado cuando hay instrucciones expresas a cumplir por el comitente y que evitan que dicho conflicto se manifieste objetivamente.

Carácter personalísimo: Por la confianza que sirve de base a este tipo de negocio: recordemos que es un mandato en lo mercantil. No es delegable la función de comisionista (artículo 261 Código de Comercio) y por ende, no es subcontratable, salvo autorización expresa del comitente. En caso de que

⁸Entre las posibles interpretaciones de este precepto, no parece ganar adeptos esta tesis extensiva. Al ser una prohibición, debe interpretarse de manera restrictiva, de modo que en la duda acerca de si es aplicable o no a un supuesto fáctico, no se aplicará, favoreciendo la voluntad de las partes contratantes que han decidido pactar una comisión de ese tipo (Uría).

No es unánimemente admitida esta solución, Vicent Chuliá, al citar a García-Valdecasas, Otero Lastres y Díez-Picazo considera que en función de la protección de la buena fe ha de interpretarse en sentido amplio la prohibición. Este criterio pierde fuerza actualmente. La doctrina ha trasladado la cuestión desde el conflicto de intereses hacia la teoría de la declaración de la voluntad: de lo que se trata no es si hay o no conflicto de intereses entre quienes contratan, sino que el mandatario (comisionista) es portador de dos declaraciones de voluntad cuyos intereses son complementarios (Albaladejo). La confluencia de las declaraciones de voluntad está dada por el mandatario mismo (autoentrada) o por sus representados (aplicación). Esta última ha sido admitida en la Ley del Mercado de Valores 24/1988 de España; dicha flexibilidad está dada porque el precio en las operaciones bursátiles se determina de manera objetiva por las cotizaciones y no tanto por la voluntad expresa de las partes.

autorice a la delegación del encargo, responde el comisionista original de la gestión del subcomisionista.

VICENT CHULIÁ intenta restringir el alcance del artículo 261 del Código de Comercio con el objetivo de dar mayor ámbito de actuación al comisionista en la ejecución del encargo, permitiendo que al menos los sujetos más vinculados a este puedan ser cesionarios de la posición contractual del mismo (ejemplo: sociedad en la que se es socio).

Además de los preceptos anteriormente citados, el contrato de comisión común proyecta la lealtad debida al comitente en el deber de no alteración de las marcas de las mercancías (artículo 267 del Código de Comercio) y el deber de uso debido de los fondos (artículo 264, *eiusdem*), etcétera.

En el contrato común de comisión, la diligencia se concreta en el deber de suspensión del encargo si es dañoso al comitente (artículo 255 del Código de Comercio), de gestión oportuna de créditos del mandante (artículo 273, *eiusdem*), de venta urgente (artículo 269, *eiusdem*), de no confusión de las mercancías (artículo 268) y de concertación del contrato de ejecución en condiciones óptimas (artículo 258).

Integridad: el encargo es un auténtico mandato, cuya complejidad no permite la mayor de las veces el cumplimiento parcial del mismo. Se permite la ejecución separada del encargo solo en la medida en que las prestaciones de hacer que constituyen el objeto del mismo sean divisibles también. Es una exigencia propia de toda obligación, sea de hacer o de dar y funge como uno de los requisitos inexorables del cumplimiento de una obligación.

No contrario a la ley, la moral o el orden público: la existencia de este criterio de ejecución del encargo tiene como consecuencia la exigencia de responsabilidades, las cuales se les imputará a ambos si el comitente dio instrucciones contrarias a la moral, la ética o el orden público.

Deber de información: esta obligación incluye la rendición de cuentas aunque algunos autores las distingan, particularmente BROSETA PONT. Supone la presentación de cuenta completa y justificada del cumplimiento del encargo, entregando al comitente el saldo de los fondos recibidos después de indemnizado su patrimonio. La información debe tener determinada calidad, ha de ser veraz, objetiva, y oportuna. En ese sentido, el comisionista está en la obligación de informar al comitente cualquier hecho que objetivamente pueda modificar de manera sustancial su voluntad. No debe confundirse con el deber de consulta cuyo propósito es tener al corriente al comitente sobre la marcha del contrato que se ha celebrado en su interés con el objetivo de ser instruido por el comitente (artículo 260 del Código de Comercio) y concluye con la rendición de cuentas final.

En la rendición de cuentas no se incluye la revisión de la contabilidad del comisionista. Hay un proceso de discusión mutua de los gastos, la finalidad del mismo es realizar un balance que tendrá efectos jurídicos importantes. Si el saldo mutuamente acordado es positivo,⁹ la diferencia ha de devolverla el comisionista al comitente bajo el concepto de devolución de fondo sobrante. Si el saldo es negativo, corresponde al comitente entregar la diferencia al comisionista bajo el concepto de resarcimiento por ejecución del encargo.

La rendición de cuentas es obligación genérica de todo mandato (ver artículo 263, Código de Comercio). Este precepto concentra el deber de rendir cuentas solamente por el dinero recibido; sin embargo, no debe entenderse por ello limitada esa obligación, incluyendo así las mercaderías objeto del contrato de ejecución, etc.

Responsabilidad por conservación de bienes en comisión: Es una obligación presente en todos los contratos traslativos de la posesión de los bienes. Puede ocurrir que el comisionista entre en posesión de los bienes objeto del contrato de ejecución; en tales casos se procede como de costumbre: se somete al poseedor a la responsabilidad que corresponde por haber asumido el riesgo de la cosa.

La responsabilidad en este caso está graduada según si las mercancías sufren menoscabo o pérdida total. Estamos en el primer caso cuando el valor de las mercancías disminuye afectando de manera no esencial la naturaleza propia de las mismas; cuando el menoscabo es tal que resulta imposible restituir los efectos recibidos o las mercancías, estamos entonces en presencia de la pérdida total, como causal de responsabilidad del comisionista.

Responsabilidad como fiador garante de la ejecución por tercero: Es una obligación adicional previamente pactada por la cual ante el incumplimiento por el tercero de su obligación en el contrato de ejecución, dicha posición de deudor la asume el comisionista. Las partes en este contrato pueden pactar una **comisión de garantía**, como manera de que el comisionista garantice el cumplimiento de las obligaciones del contrato de ejecución a realizar por el tercero. Es conocida también como cláusula *star del credere* entre los italianos o *decroire* para los franceses.

El pacto de garantía puede ser tácito, cuando se pacta un plus en la comisión, como hecho concluyente de la voluntad tácita para acordar esta variante de la comisión.

⁹Saldo resultado de la diferencia entre provisión de fondos por el comitente y suma gastada en la ejecución del encargo por el comisionista.

Se ha intentado explicar la comisión de garantía desde diversas tesis:

Seguro de crédito: donde la cosa asegurada es el crédito, el riesgo es la insolvencia del deudor y la prima es el aumento de la comisión, el comitente es el asegurado y el comisionista es el asegurador. La principal objeción a tal tesis es el carácter accesorio de la comisión de garantía a diferencia del contrato de seguro que es principal.

Fianza: donde el tercero es el deudor principal y el comisionista es el fiador, el acreedor sería el comitente. Tiene efectos similares a la comisión de garantía: solo responde el comisionista si el tercero incumple, hay subrogación del comisionista en lugar del comitente frente a terceros incumplidores, etcétera.

Según esta última tesis, el comisionista es fiador que garantiza una obligación del deudor frente al comitente. Sin embargo, no se explica en el contrato a nombre propio: el comisionista puede fiar la obligación con acreedor distinto a él, pero si actúa a nombre propio, él es el acreedor, además, el comitente no tiene crédito contra tercero, sino contra el comisionista mismo, no existiendo la relación jurídica principal que sirve de base a la fianza. Si fuera tal, el comisionista asumiría de manera subsidiaria la obligación del tercero frente al comitente, y la cláusula *star del credere* genera una obligación principal, sin dependencia de la obligación generada entre el tercero y el comitente, tal es así que cuando el comisionista actúa en nombre propio no existe vínculo entre tercer empresario y mandante, sino entre este último y el comisionista, de modo que su obligación no es accesorio o subsidiario a ninguna otra, sino que su cumplimiento está sujeto a la condición de que el tercero no cumpla (URÍA: 742).

Se han tejido otras tesis tratando de explicar la comisión de garantía, como las de BRAVARD-VEGRIÈRES y BOISTEL citados todos por FERNÁNDEZ, sosteniendo que se trata de un contrato de comisión mixto de fianza y seguro. Para otros es una compraventa condicional (del comisionista al comitente, a condición de encontrar un tercero que adquiera). Parece más aceptable considerarlo como cláusula *sui generis* del contrato de comisión (RIVAROLA y ALAUZET), por el cual el comisionista renuncia a su derecho a quedar liberado hacia el comitente por las obligaciones que le corresponden al tercero en el contrato de ejecución.

Responsabilidad ante el tercero contratante por el comitente: Esta obligación opera siempre que el comisionista actúe en nombre propio, recordemos que el Código de Comercio permite al comisionista actuar en nombre propio y en nombre del comitente (artículo 245).¹⁰ El artículo 246 obliga al comisionista, en caso que contrate a nombre propio, a responder como si él fuera el comitente ante el tercero, y también ante el comitente por los terceros; además no deja acción alguna entre los interesados en el contrato de ejecución, toda acción de incumplimiento entre las partes siempre se encaminará desde o hacia el comisionista. El tercero no tiene acción ante el comitente por incumplimiento, el último no la tiene tampoco ante el tercero; lo que existe es acción contra el comisionista. Se sobreentiende contrato a nombre propio si en caso de haber contratado a nombre ajeno no manifestó oportunamente en interés de quien lo hace.

La comisión y la representación

Comisión a nombre propio: el comisionista responde ante terceros. El comitente no tiene acción contra el cliente del comisionista y viceversa.

Las ventajas de esta manera de contratar están dadas en el aprovechamiento por el comitente del crédito y las relaciones comerciales del comisionista, por la mayor libertad de actuación y por el logro del mejor secreto en las actuaciones (GARRIGUES: t. II, p.103). Todas las acciones entre comitente y cliente del comisionista entre sí, pasan necesariamente por este último. Es el comisionista quien responde ante su cliente por el comitente, y ante este último por la actuación del primero. El comisionista a nombre propio no tiene que declarar quién es el comitente a la hora de contratar con el cliente. Se convierte así, el comisionista en el centro de imputación de la responsabilidad recíprocamente exigible por el incumplimiento del contrato de ejecución entre el comitente y el tercero.

Comisión a nombre del comitente: aquí el comisionista no responde ante terceros. El comitente tiene acción contra el cliente del comisionista y viceversa. Las acciones entre comitente y cliente entre sí se ejercen directamente sin resultar implicado en ellas el comisionista. Este no es responsable ante su cliente por el comitente, y ante este mismo por su cliente, es decir, se desentiende completamente de la responsabilidad de los titulares de intereses en el contrato de ejecución por el incumplimiento

¹⁰Uría plantea que en este caso se superpone a la relación jurídica de comisión, una de apoderamiento o representación entre el comisionista y el tercero con el que se concierta el contrato de ejecución.

contractual en que intervenga cualquiera de ellos. El comisionista a nombre del comitente está en la obligación de manifestar el carácter con el que contrata, en representación del comitente, y debe identificar debidamente a éste ante el cliente.

Diferencias entre la comisión a nombre propio y la comisión a nombre del comitente

a) **Responsabilidad ante el cliente de las obligaciones del comitente y viceversa:** como quedó dicho anteriormente, en la comisión a nombre propio, responde el comisionista de las obligaciones del comitente ante el cliente y viceversa. En la comisión a nombre del comitente, este responde directamente ante el cliente de las obligaciones que le corresponden según el contrato de ejecución. El comisionista, aún cuando celebra el contrato de ejecución con el cliente en virtud de las facultades de representación que ostenta y que le han sido otorgadas por el comitente, no responde de las obligaciones del comitente ante el cliente. Aquí se contrata en nombre y en interés ajeno, por lo que el representante se libera de la obligación del representado y de la otra parte por la virtud del contrato firmado.

b) **Acciones entre el cliente y el comitente:** en el contrato a nombre propio tanto el comitente como el cliente tienen acción contra el comisionista por el incumplimiento de las obligaciones que le corresponden a cada uno. El comisionista se obliga directamente ante el cliente como si fuera el *dominus negotii*. No hay acción directa entre cliente y comitente, la exigencia de responsabilidades recíprocas, tiene que pasar necesariamente por el comisionista quien es el centro de imputación de responsabilidades por los incumplimientos contractuales entre el comitente y el cliente; en el caso del contrato de comisión a nombre del comitente, el comisionista deja de asumir tal rol. En este caso, las acciones que tengan los extremos en esta suerte de tríada contractual, contra el centro que es el comisionista, se clausuran; las acciones se ejercerán de manera directa contra los incumplidores, sin pasar por el comisionista. esto solamente ocurrirá bajo la *conditio iuris* de que sea probado el contrato de comisión en caso de que el comitente niegue el contrato. La carga de la prueba en caso de negativa del comitente a aceptar el contrato en tal carácter recae en el tercero (ver artículo 247 Código de Comercio).

c) **Obligación del comisionista de revelar la identidad del comitente:** el deber de revelación –*disclosure*– se le impone al comisionista cuando actúa en nombre del comitente, puesto que es este último quien asume directamente el riesgo ante el incumplimiento del cliente. El cliente tiene derecho a conocer a ciencia cierta quién asume la obligación de responder ante él por el incumplimiento del contrato de ejecución. Si es el comitente quien la asume

de manera directa (como es el caso de la comisión a nombre del comitente), el cliente tiene que saber que el comisionista actúa como representante del comitente, y debe conocer que las prestaciones derivadas del contrato de ejecución se realizan entre él [el cliente] y el comitente. En el contrato de comisión a nombre propio, no es necesario, no existe obligación del comisionista a revelar la identidad el *dominus negotii*, puesto que la situación de representación jurídica no es conocida por el cliente.

Obligaciones del comitente

Remuneración: es un elemento natural, ante el silencio de las partes sobre el mismo, procede esta obligación, que no define la esencia de este contrato puesto que se permite la comisión gratuita (artículo 277 del Código de Comercio).

Sobre el momento de exigibilidad de la remuneración queda por dilucidar si este se verifica cuando el contrato de ejecución se perfecciona o cuando es ejecutado. De la correcta determinación del momento de exigibilidad de la remuneración, se resuelve el problema de la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones emanadas de ese contrato cuando no hay culpa. Ante tal situación ¿se considera el comisionista vinculado aún al comitente por el contrato de comisión? , ¿queda obligado a procurar un nuevo cliente y concertar un nuevo contrato con él en interés del comitente? No se trata ya de la solución que dé la ley, sino de la que cabe esperar por la lógica razonable y el sentido común de los intereses en juego. Dos tesis se manejan al respecto, la primera de ellas, sitúa el momento de exigibilidad de la remuneración en el momento de la ejecución del contrato objeto. La retribución funciona como mecanismo efectivo para promover la diligencia debida en el comisionista, al supeditar su remuneración a la correcta ejecución de un contrato que él negoció. Ello obliga al comisionista a poner mayor lealtad y diligencia en su obligación de procurar un contratante idóneo para el comitente.¹¹

La segunda de las tesis sitúa la exigibilidad de la retribución en el momento de la concertación del contrato, en este caso hay que distinguir. Si el comisionista contrata a nombre propio, quien responde por el cumplimiento de las obligaciones del tercero es el comisionista, por lo que en este caso su obligación es de resultado, es como si se hubiese pactado la retribución en el momento de la ejecución. Si contrata a nombre del comitente, con la concertación del contrato objeto, el mismo asume la posición del comisionista

¹¹Criterio que sigue el artículo 396 HGB y el artículo 432 del Código Suizo de Obligaciones.

(asunción de contratos para los mexicanos¹²) ante el tercero y por ello goza de acción contra él en caso de incumplimiento, cuya legitimación se la brinda el ser parte en ese contrato de ejecución. En conclusión, si el comisionista ha contratado a nombre propio, su obligación es de resultado y no tiene derecho a la remuneración sino hasta que satisfaga todas las expectativas contractualmente previstas del comitente, la razón es sencilla, téngase en cuenta el hecho posible de que ante el incumplimiento, el único que tiene acción directa contra el tercero es el comisionista. Bien distinto resulta cuando contrata a nombre del comitente, en ese caso sería una obligación de medios donde su labor termina con el contrato perfeccionado, sin importar su suerte ulterior, así las cosas, puede exigir su remuneración desde la perfección del contrato de ejecución, dado el hecho de que los extremos en la relación contractual (comitente y cliente) pueden mutua y recíprocamente accionarse para el cumplimiento de sus obligaciones.

El comitente ha de asumir la obligación de remunerar bajo tres formas distintas, pero no excluyentes: la provisión de fondos¹³ (que funciona como anticipo a las demás y que sirven de garantía al cumplimiento del resto de la obligación, además de fungir como condición para que el comisionista despliegue su tarea), la comisión ordinaria (que es el grueso de la retribución), y en caso de haberse pactado, la comisión de garantía o extraordinaria (que es un plus que pactan las partes por la asunción de una nueva obligación por el comisionista, la de garantizar las obligaciones del tercero en el contrato de ejecución.).

Indemnización: es la obligación de restitución al comisionista a una situación patrimonial que de no ser por el encargo del comitente, no la hubiese sufrido. Implica sufragar los gastos que generó la gestión, que en nuestro ordenamiento es el comisionista quien tiene que probarlos (artículos 278 y 253 del Código de Comercio). Los intereses se devengan desde que se efectúa el desembolso del numerario por el comisionista para efectuar el encargo, hasta el pago por el comitente de la indemnización misma.

A diferencia de la provisión de fondos, contenida en la retribución, la indemnización es posterior a la ejecución del encargo y la cuantía a restituir está determinada en toda su magnitud. La base cuantitativa de la misma es el resultado de la discusión bilateral en rendición de cuentas.

Esta obligación constituye una de las diferencias más claras y evidentes entre el contrato de comisión y los de agencia y corretaje, en los cuales los

¹²Ver Rodríguez Rodríguez: 36, 37.

¹³Los fondos, incluyen dinero, mercancías, títulos valores. Para Vicent Chuliá, es una carga, cuya función es servir de condición para el cumplimiento de la obligación de ejecutar el encargo por el comisionista, pero también funciona como anticipo de la remuneración.

clientes del agente y el corredor no tienen tal obligación frente a sus mandatarios. La asunción de tales costos es parte de la empresa del corredor y el agente.

Soportar el “privilegio del comisionista”: es una situación en la cual por lo general, el comisionista deviene acreedor del comitente, por haber adelantado la gestión sin recibir provisión de fondos u otras causas, es por ello que el ordenamiento mercantil le reconoce dos derechos que forman el privilegio en cuestión (ver artículo 276 del Código de Comercio):

- **Derecho de retención:** es el embargo privado para los argentinos. Consiste en el derecho de retención sobre los bienes propiedad del comitente, aplicándose el régimen legal de esta conocida forma de garantizar el crédito. Incluye la ejecución de los bienes retenidos solo en el caso del numerario, es decir, no procede en caso alguno la ejecución de mercancías en comisión de venta, sino el dinero entregado por el comisionista en comisión de compra, a través de compensación por el valor de la provisión de fondos no satisfecha. Este privilegio incluye no solo a los efectos que obren en poder del comisionista, sino además aquellos que estén en depósito en almacén público o consignatario e incluso basta que tenga posesión a través de documentos acreditativos (carta de porte, talón de ferrocarril, conocimientos de embarque), recordemos las características de la posesión de bienes en Derecho Mercantil.

- El **crédito privilegiado** es parte también de tal beneficio, consistente en la prelación del crédito del comisionista contra el comitente sobre los demás créditos que otros acreedores puedan tener sobre él. Estos privilegios deben entenderse en garantía de todos los pagos, anticipaciones, derechos de comisión y gastos relacionados con el encargo, debe evitarse también la interpretación de este privilegio de manera que se limite a solamente la comisión de venta: la frase “efectos que se remitiesen en consignación” en el Art. 276 del Código de Comercio, incluye también al comisionista comprador o a cualquier operación que suponga consignación o depósito de los efectos en poder o disposición del comisionista. Incluye todos los derechos de comisión y anticipos aun sin relación directa con el contrato de ejecución.

Acerca del privilegio del comisionista se ha argumentado en su favor que actúa como mecanismo de protección del crédito, suprimiendo toda posibilidad de frustrar las legítimas expectativas del comisionista; en su contra se ha manifestado que no se corresponde con la necesaria igualdad de condiciones entre las partes contratantes que la ley ha de guardar siempre, en

tal sentido resulta injusto inclinar la balanza de los derechos y las obligaciones de los empresarios mercantiles a favor de uno de ellos, solo por su status jurídico.¹⁴

¿Incluye este privilegio la comisión extraordinaria? Todo parece indicar que el Código de Comercio incluye al comisionista extraordinario en el privilegio. La citada norma habla del privilegio del comisionista, sin hacer distingos de ningún tipo, ya sea ordinaria o extraordinaria.¹⁵

Extinción

Las causales de extinción del contrato de comisión, son las comunes para cualquier contrato, además de:

- **Revocación del encargo por el comitente** (ver artículo 279, Código de Comercio): no regula los requisitos al respecto, aunque normalmente se exige la inscripción en Registro Mercantil, además, ha de llegar a conocimiento del comisionista para que se entienda operante y válida conforme a Derecho.¹⁶ Esta causal de extinción tiene su base en la confianza como presupuesto básico para el desenvolvimiento de la gestión de negocios ajenos (civil) o de la colaboración mercantil en su variante de intermediación comercial. Su correlato civil está en el principio de la libre revocabilidad del mandato, el cual irradia hacia el contrato de comisión a través de esta causal de extinción.

- **Muerte de empresario individual / inhabilitación de empresario social** (ver artículo 280 del Código de Comercio): si es el comisionista quien muere o queda inhabilitado se rescinde el contrato. En el caso del comitente

¹⁴Es necesario recordar en este sentido, que estamos en Derecho Mercantil, no en Derecho Civil ni en Derecho Constitucional, la igualdad contractual de las partes no es un dogma legal, sino una necesidad real en función de una situación negocial dada. En otras palabras, en Derecho Mercantil, al igual que en otras ramas, la igualdad tiene un contenido material enorme. Resultaría a todas luces injusto, dar igual tratamiento legal a dos empresarios, en el que uno de ellos ha frustrado las legítimas expectativas del otro a través del incumplimiento de una obligación contractual. Por otro lado, la *exceptio non adimpleti contractus* resulta protección suficiente para el comisionista, de modo que puede no entenderse necesario tal privilegio.

¹⁵Recordemos que donde la ley no distingue, no cabe distinguir (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*).

¹⁶A manera de ilustración, ver Código de Comercio mexicano, artículo 307, el cual declara la inoponibilidad ante terceros de una revocación que no ha llegado a conocimiento del comisionista.

no es así, ocurre transmisión de la posición contractual hacia los herederos (en el caso del empresario individual). La inhabilitación del empresario por quiebra constituye una causal de extinción del contrato por ser un estado que daña esencialmente su credibilidad en una relación que depende casi exclusivamente de la confianza que el mismo pueda inspirar ante otros empresarios.

Otras causales de extinción del mismo son el cumplimiento del fin para el cual se concertó el negocio, el transcurso del plazo o término pactado, la renuncia del mandatario comisionista,¹⁷ la muerte de al menos una de las partes, la incapacidad sobrevenida, etcétera.

El Código de Comercio cubano regula comisiones especiales como la de transporte, cuya función económica esencial es dar cauce a la necesidad de colaboración profesional especializada en la contratación del transporte para expedir las mercancías al punto de destino en mejores condiciones. Constituye una manera de descargar la cada vez más compleja empresa de transporte de mercancías en empresarios especialistas. De cualquier manera, esta función económica ha sido suplida en buena medida por los nuevos empresarios del Derecho Marítimo –por ejemplo, los agentes transitarios- y los contratos propios de esa disciplina.

CONTRATO DE AGENCIA. FUNCIÓN ECONÓMICA Y VENTAJAS

Este contrato sirve como mecanismo por el cual el productor accede a nueva cartera de clientes, es vía de extensión masiva y constante de la actividad económica del empresario en una zona.¹⁸ El contrato de agencia se perfila como el modo más eficiente de captar clientela de zonas con potenciales mercados, pero desconocidos para los empresarios emprendedores que se evitan, de esa manera, los gastos de mantenimiento de un establecimiento propio. Es un modo relativamente sencillo de sostener grandes cadenas de comercialización.

Se le imputan como ventaja el ahorro de las grandes inversiones que significarían el mantenimiento de una estructura de distribución, trasladando los riesgos de la inversión al agente mismo, siendo él quien realice las erogaciones al efecto. Tal es la importancia de esta ventaja del contrato de agencia que se ha sostenido la tesis de que el empresario colaborador pone

¹⁷Limitada en comparación con el derecho civil por el ánimo lucrativo de los empresarios mercantiles. En el contrato de comisión, procede resarcimiento por daños causados al comitente ante tal circunstancia.

¹⁸Junto a la creación de una delegación o sucursal.

su empresa a disposición de su representado (SIMÓN HOCSMAN: 10). El agente sirve a la promoción y difusión de productos y servicios en una zona determinada y resuelve la necesidad de puente entre el principal y un mercado que es desconocido y cada vez más compleja su penetración, por lo que un sector de los empresarios mercantiles se ha especializado en lograr la introducción de sus ofertas en ellos. Permite al empresario extender de forma masiva y constante su empresa en una zona determinada.¹⁹

Como desventaja hay que destacar que el empresario deja de percibir los ingresos directos provenientes de la actividad económica que el agente desarrolla en su nombre. Las utilidades que recibirá el titular de los productos o servicios en el mercado, los recibirá solo mediante la actuación del agente, no de manera directa e inmediata; cualquier irregularidad del agente en la remisión del numerario correspondiente a la gestión de agencia realizada es responsabilidad de éste, solo solucionable en el ámbito judicial, con los inconvenientes que ello significa para un moderno empresario.

Concepto

Para nosotros la agencia es el contrato mercantil por el cual un empresario cubano (agente) promueve o promueve y concluye contratos para el comercio de mercancías a nombre, en representación y en interés de un empresario extranjero (principal), en el territorio nacional (Res. 27/97 del MINCEX Rvo. 1ro y cláusula 1.1 de la proforma de contrato de agencia anexa a la citada resolución).

En esencia no difiere mucho de otros conceptos de agencia mercantil, aunque hay ciertos aspectos a destacar:

1. Ausencia de referencia expresa al carácter permanente, estable y duradero de la relación. Se extraña la mención del carácter conti-

¹⁹El empresario, dentro de los planes estratégicos de desarrollo de su actividad constitutiva de empresa y teniendo en cuenta las necesidades de expansión de su negocio, puede optar por la ampliación de su red de distribución o de prestación de servicios creando filiales en los lugares con mercados potenciales. Sin embargo, ha surgido a través de la colaboración mercantil y la intermediación comercial, la posibilidad de evitar una serie de riesgos y gastos, o al menos minimizarlos. En ese sentido, el agente y el contrato de agencia permite trasladar gastos y riesgos a un empresario especializado ante la imposibilidad del principal de asumir no solo los que su propia actividad productiva implica, sino además, los de comercialización de sus productos/servicios.

nuado de las prestaciones emanadas de este contrato y de la actividad del agente (como sí lo dejan claro otras fuentes legales extranjeras).²⁰

2. Alusión directa a contratos objeto de la actividad de agencia (contratos de comercio de mercancías). Dicha alusión es incorrecta, si se tiene en cuenta que las enumeraciones tienden a discriminar. Otras legislaciones europeas, por lo general no hacen referencia alguna al tipo de actos que puede o no hacer el agente, lo deja al contrato suscrito entre las partes.

3. Pero sin duda, la más importante característica del concepto cubano de agencia comercial está en la **previa e imperativa determinación de la nacionalidad del agente y el principal**: el primero ha de ser necesariamente cubano, y el segundo ha de ser necesariamente extranjero. Lo cual está estrechamente vinculado a la determinación legal de la zona donde operará el agente nacional: el territorio de la República de Cuba.

Es el contrato por el cual un empresario (agente) promueve o concierta contratos en nombre y en interés de otro empresario (cliente) de manera permanente y mediando retribución por ello.

Características

Contrato de ejecución duradera

El encargo de ejecución de negocio no se limita en el tiempo a un momento determinado, sino que se perpetúa. La colaboración es estable y duradera, por tiempo definido o indefinido, lo que significa que el contrato no se agota con la realización de una prestación puntual, sino con varias prestaciones en el tiempo.

Este rasgo nos permite distinguir a este contrato del corretaje y la comisión: en la agencia, lo que se quiere no es el encargo de ejecutar o concertar un solo negocio (comisión) o solo promover un negocio (corretaje), sino fomentar y concertar varios contratos, “todos cuantos integrando el objeto de

²⁰La ley francesa 91-593 de 25/6/1991 relativa a las relaciones entre agentes comerciales y sus mandantes, y la legislación comunitaria europea SI # 33/1994 “Normas para Agentes Comerciales” del Comisionado de Empleo y Empresa de la Unión Europea, en cumplimiento de la Directiva 86/653/CEE se refieren a la “actividad continuada”, el proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio para la República Argentina en su artículo 1361 —“promoción continuada de negocios”—, la propia jurisprudencia argentina en el paradigmático caso Pozzo Babi Enea c/ Friosom Curtiembres SAICF de 16/2/1982 y en Fiorenza, Próspero c/ Lovig SACI de 13/11/1985 —“compromiso duradero y continuado”—, la Ley 12/92 de contrato de agencia, de España en su artículo 1 —“obligación estable y continuada”—, el Código de Obligaciones suizo —“compromiso permanente”— y el artículo 1742 del Código Civil italiano —“encargo estable”—, entre otros.

la agencia pueden promover o estipular en la zona encomendada” (BROSETA: 451), carácter que permite dar satisfacción a una necesidad económica continuada del principal. Esta característica queda enunciada generalmente en todos los conceptos legales de agencia mercantil, constituye un elemento determinante para el logro del objetivo y la función del contrato: la penetración del mercado con el producto/servicio del principal y la obtención de clientela o revalorización de la misma (SIMÓN HOCSMAN).

Intermediación independiente

El agente no está vinculado por relación laboral alguna, a diferencia del mancebo. Es completamente independiente. La independencia es jurídica mas no económica. Es indiscutible la independencia jurídica como requerimiento de este tipo de contratos; desde el punto de vista económico o técnico, el agente depende del principal, quien contractualmente orienta la política de comercialización, de ventas, de publicidad, de marcas, etcétera; pero legalmente el agente no puede estar vinculado en relaciones de subordinación social –derivadas de los vínculos que se establecen en el seno de una sociedad mercantil– al principal.

Es requisito esencial la existencia de un agente con organización propia, de la cual sea dueño, aunque en la función del agente haya de sujetarse a instrucciones del principal. En el caso cubano es lo que distingue al agente comercial de la sucursal, esta última pertenece al empresario (ver al respecto el artículo 2 incisos e y f del Decreto 206/96 Reglamento del Registro Nacional de Sucursales y Agentes de Sociedades Mercantiles Extranjeras).

No asunción del riesgo de la operación por el agente

La operación comercial objeto del contrato de agencia queda a cargo del principal. No impide que contractualmente se pacte lo contrario, asumiendo el agente la responsabilidad frente al principal por las obligaciones del tercero (igual que en la comisión de garantía).

Este rasgo permite distinguir al contrato de agencia del de concesión comercial, este último es similar a la agencia, pero en él, el concesionario actúa a nombre propio, asumiendo los riesgos de todas las operaciones comerciales ampliándose su ámbito de responsabilidad respecto al del agente. En el contrato de concesión, el concesionario o distribuidor adquiere en firme la mercancía de la casa representada, por lo que soporta todos los riesgos de viaje, cobro y saneamiento de la entrega al cliente. El agente vende una mercancía que no es suya, el concesionario o distribuidor comercial, vende una mercancía que sí es suya.

Relación de confianza (trust)

Es uno de los elementos en común, que tiene la agencia con el mandato civil y que comparte con el resto de los contratos de intermediación comercial. Al ser la confianza depositada en la persona del empresario agente, presupuesto básico por el cual se ha concertado el contrato de agencia, las circunstancias sobrevenidas que le impidan a este agente desenvolver su actividad, necesariamente repercuten en la vida del contrato, extinguiéndole.

La muerte o inhabilitación del agente como causal de extinción del contrato es la proyección de la relación de confianza como presupuesto básico de la conclusión del contrato de agencia. Tal elemento de confianza en la gestión del agente descansa en una selección del mismo en correspondencia con determinadas cualidades que lo hacen idóneo para el principal, a los efectos de llevar adelante la colocación que requieren sus productos o servicios: solvencia técnica y moral, influencia en la zona de actuación, capacidad financiera y crediticia, experiencia y habilidad comercial. Como consecuencia del carácter personalísimo –*intuitu personae*– de esa relación de confianza, no procede cesión de posición contractual del agente ni la subcontratación,²¹ sin autorización del principal, salvo pacto en contrario. En cualquiera de los casos, el agente asume la responsabilidad por el incumplimiento de la agencia del subagente.

El carácter personalísimo de este tipo de contrato, en Cuba es llevado a su extremo cuando el Rvo. 7mo de la Res. 27/97, estableciendo de manera imperativa la obligación de ejecución de la agencia por sí mismo, es inexcusable para el agente el ejercicio personal de la agencia, el principal no puede autorizarlo a subcontratar.

Actuación en zona determinada

La actuación en una región puede ser en exclusiva o no, evitando así en el primer caso la concurrencia de otros agentes o principales. Es consecuencia de la propia función que el contrato cumple; así, la estabilidad geográfica y el sentido de pertenencia son esenciales para lograr la especialización óptima en la labor de penetración y posicionamiento en un

²¹Notable excepción la constituye la ley francesa, en su artículo 1, cuando incluye al propio agente comercial como posible principal, lo cual supone amparo a la subcontratación de la agencia, permitiendo a un agente que contrate la realización de agencia con otro agente, asumiendo el rol de principal.

mercado para el agente, sobre todo cuando se trata de una labor continuada y no esporádica como la comisión.

La actuación en zona determinada es uno de los criterios de distinción de la agencia con sus análogos de colaboración mercantil: el corretaje y la comisión; los cuales no han de actuar necesariamente en mercados geográficamente determinados.

Contrato remunerado y consensual

La actividad del agente, huelga decirlo, se realiza para la obtención de una remuneración. No es posible un contrato de agencia gratuito, como sí puede ser la comisión.

No va en menoscabo de la condición legal, si se quiere, de que la retribución es exigible cuando se ejecuta el contrato que es el objeto de la agencia.²²

Regulación

Este contrato se encuentra regulado en el Código de Comercio de manera muy sucinta cuando trata de los corredores de comercio y los agentes colegiados. No obstante hemos obviado el tratamiento a tal regulación puesto que resulta a todas luces inaplicable ante las nuevas regulaciones que rigen la materia y sobre todo las condiciones que rigen en el momento, sin relación alguna con aquellas que dieron motivo a la redacción del Código de Comercio vigente en Cuba.

Se ha convertido para Europa en un tema común con la Directiva Comunitaria 86/653/CE de 18/12/1986 “relativa a la coordinación de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes”, el cual ha dado lugar en España a la Ley 12/1992 sobre el contrato de agencia. En el caso nuestro tenemos la Res. 27/97 del Ministerio del Comercio Exterior, además de las normas concernientes al estatuto del agente comercial en Cuba, las cuales contienen preceptos contractuales. El Código de Comercio suple lo no regulado por estas normas con los preceptos del contrato de comisión.

El contrato de agencia obligatoriamente se pacta bajo las condiciones de regulación de la Res. 27/97 (ver al respecto la Disposición Especial Única) y regula específicamente la agencia más común entre los cubanos: la agencia comercial.

²²Es una mera cuestión de momento de exigibilidad del contrato. Hace de la obligación del agente una obligación de resultado.

El contrato de agencia cubano, es realmente para la agencia comercial (Disposición Especial Única). No sigue Cuba al respecto el criterio de la ley española, la cual está concebida como norma mercantil común para todo tipo de agencia excepto en mercados secundarios oficiales y reglamentados de valores, para los cuales hay regulación especial. La ley austriaca se otorga implícitamente igual función normativa excepto para los agentes de seguros, que al igual que el caso español de los agentes en mercados secundarios, etc., tienen regulación especial.

Elementos personales

Agente:

Es quien se encarga de la promoción y/o concertación de contratos a cambio de una remuneración del principal.

Requisitos

Independencia del agente respecto al principal: supone esencialmente la inexistencia de una relación jurídica entre el agente y el principal que implique subordinación entre uno y otro a los efectos de ejecutar el contrato mercantil de agencia. Eso significa que no puede haber “deber de obediencia, ni subordinación jerárquica” (GARRIGUES: 121).

En el caso del empresario individual, este ha de estar inscrito en el Registro Mercantil, no puede ser representante ni viajante de comercio (SÁNCHEZ CALERO: 180).

La legislación cubana dispone de requisitos adicionales:

- Nacionalidad cubana (artículo 1 Res. 27/97).
- Objeto social compatible con la actividad de agente (artículo 3 *eiusdem*).
- Autorización estatal para actuar como agente expedida en una “Licencia” al efecto. Para ello se ha creado un Registro especial. La obtención de dicha licencia, se realiza a través de un procedimiento regulado en el Decreto 206/1996, que incluye solicitud al MINCEX de autorización. Habiéndose autorizado, tiene el presunto agente 90 días para inscribirse en el Registro Nacional de Sucursales y Agentes de Sociedades Mercantiles Extranjeras de la Cámara de Comercio de la República de Cuba, posteriormente se expide la licencia como acto administrativo autorizante para actuar como agente, por el Encargado del Registro. Dicha licencia se expide por 5 años, renovable cada tres años.

- La autorización supone además el mantenimiento del status legal de agente, que no haya pérdida sobrevenida del mismo, cuyas causas son: no renovación del contrato, desestimación de solicitud de renovación, no pago de cuota de inscripción o renovación, exigencias del orden público y el interés nacional y por el incumplimiento de requisitos legales de actuación. Las dos últimas causales solamente declarables por el Ministro del Comercio Exterior (ver los artículos 22, 28 y 23 del Decreto 206/1996 en relación con la Res. 90/2001 del Presidente de la Cámara de Comercio de la República de Cuba).
- No vinculación corporativa a entidades operadoras de la red minorista en moneda libremente convertible (Rvo. 4to. *eiusdem*).

Colegiación: incluye la inscripción en el registro del colegio oficial de los agentes, creado al efecto: el Registro Nacional de Sucursales y Agentes de Sociedades Mercantiles Extranjeras de la Cámara de Comercio de la República de Cuba, cuyo funcionamiento se rige por el Decreto 206/1996.

Principal. Es quien encarga la promoción y concertación de contratos al agente, a cambio de remuneración.

Su único requisito es ser empresario y que su objeto social permita concertar contratos de agencia de este tipo. En Cuba, se exige además, que sea empresario extranjero (ver Artículo 1 Res. 27/97).

Elementos reales

Contrato promovido a nombre y en interés del principal

El contrato promovido o concluido para los agentes que operan en Cuba será siempre la compraventa mercantil (ver cláusula 2.1 inciso c de la proforma de contrato de agencia anexa a la Res. 27/97 MINCEX).

A la remuneración como elemento real del contrato de agencia comercial haremos referencia posteriormente en lo relativo a las obligaciones del principal.

Elementos formales

Es universalmente reconocido el carácter consensual del contrato de agencia. El Resuelvo 2do de la Res. 27/97 plantea “suscribir” como elemento formal, el cual no puede entenderse como la forma escrita, pues puede suscribirse un contrato verbal. Sin embargo, poco después exige que ese contrato suscrito esté sujeto a la “proforma que se incorpora como anexo a

esta Resolución [Res. 27/97]” por lo que es evidente que se exige la forma escrita, aún cuando sea en documento privado. Es entonces un contrato formal, pues la ley cubana exige que se escriba. No es el caso de la ley 12/92 española del contrato de agencia, donde se establece la consensualidad del contrato con acción proforma.

No obstante, la regulación cubana relativa al Registro Mercantil –en vigencia cinco años después de la Resolución 27/97– ordena la inscripción de este tipo de contratos por la virtud del artículo 20 inciso h del Decreto-Ley 230/02 Reglamento del Registro Mercantil. Para tales efectos, se habilita el libro de inscripción de contratos de agencia según los artículos 3.1 del Decreto-Ley 226/02 y 45 de la Resolución 230/02 del Ministerio de Justicia, incisos i de ambos decretos y es condición para realizar el asentamiento correspondiente la presentación de la licencia que le autoriza a ejercer al agente como tal (ver artículos 116 y 190, incisos c y f del Reglamento del Registro Mercantil).

El propio contrato de agencia, para ser inscrito en el Registro Mercantil, ha de constar en documento público otorgado ante Notario y debidamente protocolizado, tal y como lo ordena el artículo 7.1 del Decreto-Ley 226/02. El efecto fundamental de la inscripción es la entrada en vigor de dicho contrato (artículos 6 y 191 del Reglamento del Registro Mercantil).

Obligaciones del agente

Ejecución del encargo

Consiste en el logro del aumento de la clientela del proponente a través de la promoción de sus negocios y operaciones de comercio (SIMÓN HOCSMAN: 8). La ejecución del encargo se manifestará objetivamente en la creación de una nueva clientela, el aumento de la existente o el mantenimiento de la misma mediante la promoción o explotación de negocios de un ramo dentro de una zona (puede incluir la conclusión de negocios mediante la actuación a cuenta del principal y a nombre propio).²³

La labor del agente es distinta a la de ejecución de encargo en la comisión. En este caso, el carácter duradero de la relación de agencia y su función económica hacen pensar más bien en que lo que el principal quiere es **una reproducción de su intención de mercado en el lugar donde opera el agente**. El principal es mucho más dueño del agente que el comitente del

²³Tesis ratificada por la jurisprudencia argentina, en el caso Yankelevich, Gustavo c/ Grupo Nomady Soul de 31/8/81, reseñado por Simón Hocsman: 8).

comisionista. El primero está mucho más interesado que el comitente en la actividad económica del principal. El agente no espera a recibir encargo, su actividad económica no es reactiva, aguardando la estimulación del principal, sino que ha de ser proactiva, mediante una adecuada vigilancia del mercado y actuando en la concertación de la misma manera que la propia experiencia le dicta como si fuera su negocio.

La obligación de ejecución del encargo es extensible, solo si se pacta, a la ejecución del contrato por el tercero (similar a la comisión de garantía), en cualquier caso procede revisión judicial para vigilar la desproporción entre el riesgo que asume el agente y la retribución pactada.

El encargo ha de realizarse con la diligencia y la lealtad debidas, de manera similar a como ocurre en la comisión. La diligencia se expresa en el ejercicio de la actividad publicitaria y la organización, distribución y venta del producto / servicio a cargo del agente, el mismo se exige de manera recíproca al principal. Parcamente previsto entre nosotros en la cláusula 2.1 inciso a de la proforma anexa a la Res. 27/97, exige la actuación por parte del agente, de un ordenado comerciante (artículo 9.2ª ley española del contrato de agencia No. 12/92 y artículo 5 HVG).²⁴

Por su parte, el deber de lealtad se manifiesta en la obligación de seguir las instrucciones del principal (cláusula 2.1 inciso c de la proforma de contrato de agencia anexa a la Res. 27/97), aun cuando no hable de lealtad ha de incluirse como proyección de ese deber más general que es el de buena fe, prohibiendo conductas como aceptación de “comisiones” procedentes de terceros (no estamos en corretaje con doble comisión), es una actitud expresamente prohibida en el art. 7 HVG. Esa actuación según las instrucciones del principal tiene menor trascendencia que en la comisión: el carácter esporádico y la función que cumple obligan al comitente a determinar con toda perfección las tareas a realizar como parte del encargo. En el caso de la agencia, el carácter estable de la relación y la profundidad y extensión de la obligación de contratar, hacen suponer que el agente es más especializado en la ejecución de su obligación principal, por lo que sería contraproducente –aunque viable– someter al agente a reglas de ejecución, en un entorno que el principal, emisor de esas reglas, no conoce y que precisamente es lo que quiere evitarse, despojarse de la gestión de determinados actos y trasladarlos a un especialista a que obre según su saber y entender. Nada de esto suprime la posibilidad de pactar instrucciones mínimas al agente, en definitiva, es el titular del interés de mercado que va a gestionar este último.

El agente siempre actuará a nombre del principal, salvo pacto en contrario. En tal sentido, queda el agente obligado a revelar la identidad del princi-

²⁴Handelsvertretergesetz: Ley de los Agentes Comerciales (en Austria).

pal en cada negociación relativa a la agencia. Tal disposición la encontramos en el Rvo. 7mo de la Res. 27/97, cuando establece que el agente nunca actuará a nombre propio.

Cooperar en ejecución de contratos con terceros

Tal cooperación se realiza mediante la percepción del precio o entrega de la mercancía, es la extensión de la obligación anterior que no quedaría solamente en la concertación misma, sino que continúa hacia la ejecución.

Es una obligación reconocida en nuestro ordenamiento en la cláusula 2.1 inciso h de la proforma de contrato de agencia anexa a la Res. 27/97 MINCEX, en el sentido de que el agente queda obligado a asumir la gestión de cobro de las mercancías vendidas por el contrato de agencia suscrito. Normalmente no es obligación de derecho imperativo, o sea, que procede salvo pacto en contrario (por ejemplo, art. 3.1 HVG), sin embargo en nuestro ordenamiento si es *ius cogens*, lo cual significa que cualquier cláusula que exima al agente de la misma, se entiende no puesta, inexistente.

Es interesante destacar que esta obligación es de colaboración, el agente no está autorizado a la modificación de los términos de la obligación de pago; se limita de esa manera la cooperación a la mera gestión de cobro, sin que la cualidad del mismo pueda ser modificada.

Información

Puede ser a requerimiento del principal o a iniciativa del agente. No incluye las estrategias de comercialización del agente, pero sí todo lo relativo a las operaciones comerciales realizadas en interés del mismo, ocultarlas sería mala fe.

La cláusula 2.1 inciso b de la pro forma de contrato de agencia anexa a la Res. 27/97 MINCEX, obliga al agente a proporcionar información al principal, pero no sobre toda la gestión de agencia, sino particularmente sobre el mercado. No se trata de la obligación clásica de información, sino de la información cualificada –por ejemplo, la solvencia del tercero–, ver Art. 9.2 inciso b de la Ley del Contrato de Agencia No. 12/92 española.

El trasiego de información agente-principal no es unívoco, el deber de información es recíproco, solo así puede garantizarse la confianza que sirve de base a este tipo de relaciones.

Defensa de los intereses del principal

Derivado también de la naturaleza de la relación principal-agente (de confianza, *trust*). El agente ha de “posponer su propio interés al interés del

representado” (GARRIGUES: 123). Desde el punto de vista formal, las facultades de representación como elemento natural del contrato de agencia sirven de sustento y cauce idóneo a la defensa de los intereses del principal, al menos en el ámbito legal. Es la continuación de la obligación de ejecución del encargo con lealtad.²⁵

Prohibición de concurrencia

Es una obligación en sentido negativo, de no hacer, bajo la cual, queda prohibido para el agente el ejercicio por su cuenta de la actividad económica que realiza en interés del principal (sería competir con él, lo cual entraña un serio conflicto de intereses). Esta obligación, por lo general, surte efectos incluso después de la extinción del contrato, durante un período de tiempo determinado, judicial o legalmente.

El objetivo parece ser evitar que el agente pueda servir a otros competidores con la clientela que creó para el principal, recién extinguido ese vínculo. Es una manera de evitar conflictos de intereses propios del incumplimiento de la lealtad debida al principal, y la posible oferta hacia el agente de mejores comisiones por parte de competidores del principal. Se evita de esta manera que el agente rescinda y use la clientela obtenida en beneficio del nuevo principal.

La prohibición de concurrencia incluye no solo el abstenerse a realizar una actividad similar a la del representado, sino además tiene estrecha vinculación con otro deber:

Deber recíproco de exclusividad

Dado el estrecho vínculo que se establece entre el agente y el principal, en ocasiones se exigen, de manera recíproca o no, la exclusividad en las relaciones de este tipo que impone restricciones tan severas sobre las partes que solo ha de proceder por acuerdo expreso de los mismos.

Se reconocen la **exclusividad de simple o doble signo**: el primero de ellos es el deber de exclusividad del agente hacia el principal, el agente se obliga a no trabajar en una zona para los empresarios competidores del principal; en el segundo de los casos, el principal se obliga a no designar otros

²⁵En tal sentido, el artículo 1366 del proyecto argentino de Código Civil unificado al Código de Comercio, incluye expresamente la facultad del cobro de créditos a terceros y excluye de manera expresa la facultad de concesión de quita y espera o acuerdos concursales sin autorización del principal, salvo pacto en contrario.

agentes propios en la zona e incluso a evitar que sus productos sean introducidos por canales ajenos a los controlados por el propio agente.²⁶

La más reciente formulación legal del deber de exclusividad de las partes ha corregido un error frecuente del cual no escapamos, que es concebirla en términos absolutos. En la agencia, al igual que en las relaciones conyugales, la exclusividad es un concepto complejo que no debe verse en términos absolutos.²⁷ La idea de la exclusividad es evitar los conflictos de intereses, por lo que es un recurso útil en la medida en que permite evitar que ocurra tal conflicto; es por ello que recientemente la exclusividad se formula en el sentido de que solamente opera como exigencia en caso de que la empresa sea similar entre los competidores del agente o del principal o que se dediquen a la misma empresa.

Bajo la exclusividad de simple signo, el agente no puede contratar con más de un empresario, agencias en las que haya coincidencia o identidad suficiente respecto al **ramo del negocio a promover**. Bajo la exclusividad de doble signo queda prohibido para el principal contratar con múltiples agentes donde haya coincidencia o identidad suficiente respecto al **ramo del negocio a promover y la zona geográfica donde opera** o el grupo de empresarios objeto de acción en el mercado.

El Resuelvo 5to de la Res. 27/97 autoriza a los agentes a actuar en representación de varios principales. No impone a las partes en contrato de agencia la obligación de actuar en exclusiva ni de simple ni de doble signo, lo deja a las

²⁶La razón de esta última obligación está dada por el hecho de que el agente trabaja con una clientela que ha creado o ha ayudado a mantener; de alguna manera, el agente es el gestor de la clientela o el mercado del principal, en una zona determinada. La exclusividad de doble signo tiene como objetivo evitar que el principal frustre los intereses del agente, que se verían defraudados si el primero acuerda con otros agentes competidores el manejo de la clientela. El principal, al ceder la gestión de la clientela, se ve obligado no solo a no contratar con otros agentes de la zona, sino además, realizar todo lo que esté a su alcance para que la única fuente del producto o servicio del principal en la zona sea el agente con el que se acordó la exclusividad.

²⁷Al respecto, tanto el agente como el principal tienen la posibilidad de contratar con otros en la misma zona, pero estas posibilidades están limitadas.

La ley española 12/92 sobre el contrato de agencia, en su artículo 7, establece criterios de exclusividad de simple signo (bienes y servicios de igual o análoga naturaleza, concurrentes y competitivos). Dicha disposición normativa deja bien claro el sujeto autorizante de la actuación del agente fuera de la exclusividad de simple signo: el principal.

La ley francesa por su parte, en su artículo 3 trata a la exclusividad de simple signo de manera similar a como lo hace la española (o viceversa, teniendo en cuenta la fecha en que ambas fueron redactadas), solamente reduce el criterio de exclusividad a la empresa concurrente *enterprise concurrente*. Solo se limita la libertad contractual si los agentes o principales con los cuales se tengan relaciones ejercen una empresa similar.

partes. Solo impone la obligación al agente, de que para actuar en representación de varios principales, pida autorización.²⁸ La exclusividad, la autoentrada y la aplicación, así como el suministro de información privilegiada en mercados bursátiles son objeto de particular regulación en el ordenamiento jurídico mercantil de cualquier país debido a que ellos conducen a conflictos de intereses, es por eso que a quien único la lógica indica que se le puede pedir autorización para actuar en posible conflicto de intereses es al presuntamente perjudicado por el mismo (al principal en el caso de la exclusividad de simple signo y al agente en el caso de la exclusividad de doble signo).

Recepción de reclamación de tercero en nombre del principal

Se trata de reclamaciones por defectos o vicios en la calidad o cantidad. Previsto en la cláusula 2.1, inciso c de la proforma de contrato de agencia anexa a la Res. 27/97, cuya redacción amplía el espectro de reclamaciones que comúnmente el agente ha de atender: no solo vicios físicos de la mercancía o en los servicios prestados, sino toda reclamación como consecuencia del incumplimiento del contrato de compraventa.

¿Tiene de esta manera el agente legitimación pasiva en una acción contra el principal? Consideramos que sí, porque si bien el agente no asume el riesgo de las operaciones y actúa siempre a nombre del principal (Res. 27/97 Rvo. 1ro en relación con la cláusula 3.1, inciso f de la proforma de contrato anexa a la precitada Resolución y su Rvo. 7mo.) quien es el verdadero titular del interés en cuestión, el agente puede ser válidamente emplazado desde el punto de vista procesal a personarse, comparecer y contestar demandas que estén dirigidas contra el principal, en los foros de la zona donde actúa, con motivo o en ocasión de incumplimientos contractuales relacionados con las operaciones que el principal realiza.

Llevar una contabilidad especial para la agencia

Supone el mantenimiento de los controles contable-financieros de las operaciones a nombre del principal (cláusula 2.1, inciso f de la proforma de contrato anexo a la Res. 27/97) y de gastos en la actividad económica de agencia (Rvo. 10mo y cláusula 2.1, inciso g de la proforma precitada).

Lo más común internacionalmente es que se formule legalmente esta obligación como contabilidad independiente, realmente no tiene la mayor tras-

²⁸No queda claro quien es el sujeto autorizante, pero la lógica indica que solamente puede ser el principal.

cendencia si se opta por una manera u otra de formular la obligación, se trata de que el agente tenga correctamente individualizada y pormenorizadas las operaciones que se llevan a cabo en la agencia, particularmente con cada principal (en caso de que esté autorizado a actuar para varios principales). Puede considerarse como obligación preparatoria de la rendición de cuentas.

Obligaciones del principal

Retribución

Actúa como excluyente de la obligación de resarcimiento al agente por los gastos, si se pacta retribución no puede haber resarcimiento de este tipo (SÁNCHEZ CALERO: 182).

Existen dos tipos de retribución en los contratos de agencia: suma alzada o porcentaje del valor de las operaciones promovidas / concluidas. Bajo el primer criterio de retribución, el agente recibe una cantidad fija de dinero, cualquiera que sea la gestión que realice (siempre dentro de los límites permisibles de la diligencia de un buen empresario). En el segundo supuesto (comisión), la remuneración depende de la cantidad o la significación financiera de los contratos que el agente logre concluir o promover, según el caso; este último es el mejor criterio de determinación de la remuneración en un contrato de agencia, puesto que estimula al agente. La comisión como retribución puede ir en relación o en dependencia de la calidad de la intermediación efectuada por el agente.

La retribución del agente proviene del principal, no de la clientela. Ello es una de las diferencias más importantes de la agencia respecto a la franquicia, contrato en el cual el franquiciado actúa por su propia cuenta en el mercado, percibiendo por sí mismo los beneficios que la actividad le acarrea, directamente de la clientela. El franquiciado actúa en interés propio y a su propio riesgo, el agente no.²⁹

En cuanto al momento de exigibilidad de la retribución, se ha entendido que, salvo pacto en contrario y en caso de silencio contractual al respecto, ha de entenderse la ejecución del contrato objeto. El momento de la exigibilidad de la remuneración para el agente determina el alcance de la obligación del

²⁹Otra de las diferencias más importantes de la franquicia respecto a la agencia es que en la primera, se transmiten derechos de propiedad industrial relativos al saber hacer (*savoir faire*, *know how*) y en la agencia se transmiten derechos o bienes materiales. Recientemente se discute hasta qué punto el derecho del agente a gestionar la clientela del principal en la zona no constituye un derecho *per se* y por ende inmaterial, tal conclusión es plausible.

mismo. De esta manera lo que se quiere lograr es un incentivo material a la diligencia del agente; la mera declaración de responsabilidad por falta de diligencia no tiene efecto serio sobre la conducta empresarial del agente, por lo cual la ley implementa un mecanismo adicional de control e incentivo de la conducta diligente en el empresario agente, respecto de los intereses del principal. Cuando hacemos depender la retribución del mandatario en el buen fin de los negocios que opera en interés del mandante, el primero cuidará más de lo que hace, pondrá mayor atención, rigor profesional y habilidad negocial, pues sabe que de ello depende su remuneración. Si fijamos el momento de la exigibilidad de la retribución al agente en la conclusión del contrato, el único interés del agente será contratar lo más que pueda en interés del principal, sin importarle la calidad de la contratación, ni si esta prospera o no con la calidad que el negocio de la agencia exige o que el principal demanda. El momento de la exigibilidad de la retribución previsto en la Res. 27, parece ser el momento de la ejecución del contrato objeto de la agencia, felizmente.³⁰

La retribución queda regulada en la Resolución 27/97 MINCEX, en su Resuelvo 9no y la cláusula 3.1c, en relación con la 4.1 de la proforma de contrato de agencia anexa a la precitada resolución. La misma establece como criterio de determinación el porcentaje del valor de los contratos concluidos (no los promovidos), este tipo de retribución es conocida como comisión. Esto es una novedad en el derecho comparado si tenemos en cuenta que es un criterio único, sin dejar margen a las partes a negociar otros criterios. De hecho, la técnica de regulación de la remuneración de la agencia más seguida en el mundo es dejarlo a la decisión de las partes. De manera dispositiva, como criterio supletorio, ante silencio de las partes respecto a la remuneración, se apela a los usos del comercio y a lo razonable en cada caso en particular (artículo 5 *in fine* de la Ley 91-593 francesa que regula las relaciones entre el agente comercial y sus mandantes; y el artículo 11.1 de la Ley No. 12/92 del Contrato de Agencia, española). En nuestro caso, se prefirió no dejar al juez o árbitro el problema de determinar la remuneración, su clase y cuantía, sino dejarlo bien regulado en la norma legal.

La citada Resolución, a diferencia del resto de las normas que regulan los contratos de agencia, detalla el procedimiento de retribución, el cual, de manera general se efectuará según los criterios siguientes:

³⁰Igual criterio de la legislación francesa: artículo 9, párrafo 1 y artículo 10 de la Ley 91; así como de la ley española: artículo 14, Ley 12/92.

- Abono mediante transferencia bancaria mensual con gastos de transferencia a cuenta del principal (cláusula 4.3 de la pro forma del contrato de agencia anexada a Res. 27/97 MINCEX).
- Realización de conciliaciones trimestrales obligatorias para efectuar ajustes de pago entre ambas partes (cláusula 4.5). Éste último es consecuencia del carácter duradero y estable de la relación.

Se tiene derecho a la remuneración por operación promovida o concluida y además, por el hecho de que dicha operación se haya desarrollado entre el principal y el tercero que opera en la zona del agente, aunque haya sido sin su participación. Se ha objetado esta posibilidad que ofrece el contrato de agencia, pero ha de considerarse que por virtud de este contrato, el agente crea una clientela y la mantiene, la gestiona en el más amplio sentido de la palabra, de modo que cualquier beneficio o aprovechamiento de la misma que el principal haga no fuera posible sin el despliegue por el agente de sus obligaciones contractuales de manera diligente, merece por ello remuneración.

La obligación de remuneración no se extingue con el contrato, sino que queda vigente después del mismo en algunas circunstancias. Durante la vigencia del contrato, procede retribución:

1. cuando el principal contrata con cliente y en zona del agente a través del mismo (supuesto normal);
2. cuando contrata con cliente del agente aunque no intervenga el mismo;
3. cuando contrata en zona del agente aunque no intervenga el mismo;
4. cuando contrata con un segmento de mercado que opera el agente aunque no intervenga el mismo.

Procede remuneración cuando el agente concluye un contrato cuya promoción fue previa a la extinción de la relación de agencia aunque la conclusión es posterior a la extinción de la agencia misma. Ello ha lugar siempre que medie entre la extinción del contrato de agencia y la conclusión del contrato objeto del mismo, un período de tiempo legalmente determinado, que puede ser 3 meses (artículo 13.1 de la Ley No.12/92 española) o puede ser un período de tiempo “razonable” (artículo 7 de la Ley de los Agentes Comerciales, francesa).³¹

³¹En otras palabras, trasmite al juez la solución del problema en cuanto al tiempo suficiente para tales efectos.

La legislación cubana no hace referencia a la remuneración por operaciones concertadas durante o después de la vigencia del contrato de agencia.

Facilitación

Es una obligación similar a la de provisión de fondos del comitente, pero esta tiene mayor alcance, no solo se pondrá a su disposición dinero, sino información, documentación de todo tipo, etc; es una colaboración directa con el agente que implica la puesta a disposición de los elementos necesarios para llevar a cabo la publicidad del producto o servicio. En el caso de la agencia comercial, incluye la entrega de mercancías al agente en los términos acordados.

En nuestro universo mercantil, esta obligación no se limita a la entrega de mercancías, sino además de información (cláusula 3.1 inciso a de la pro forma anexa a la Resolución 27/97), política de mercadeo, manejo de la clientela y todo lo necesario a tener en cuenta para penetrar el mercado. Dicha obligación incluye, aunque no de manera expresa, la previsión de disminución del volumen de posibles operaciones por cualquier causa.³²

*Indemnización*³³

Procede en caso de extinción del contrato de agencia y su causa es: por clientela obtenida o por denuncia unilateral:

• **Por clientela obtenida.** Solo procede indemnización por esta causa al converger tres requisitos: que la causa de extinción sea por transcurso del tiempo, que el agente haya aportado nuevos clientes o que haya incrementado sensiblemente las operaciones con viejos clientes y que el agente haya producido ventajas sustanciales al empresario después de extinguido el contrato. La cuantía, según el artículo 17.2 de la Directiva Comunitaria será la media de los ingresos anuales de los últimos 5 años o menos obtenidos; ese ha sido en general el criterio de cuantificación de la indemnización en estos casos, seguido en el mundo.

³²A tales efectos artículo 10.2; inciso b de la Ley 12/92 de España y artículo 6.1.1 Handelsvertretergesetz (HVG) austriaco.

³³*Ausgleichsanspruch* del Handelsvertretergesetz (HVG) austriaco, *droit á réparation* de la ley francesa, que da derecho a *indemnité compensatrice*. Son de naturaleza distinta a la indemnización común del Derecho Civil.

• **Por denuncia unilateral del principal.** Procede bajo dos requisitos la indemnización del principal: que la indemnización por clientela no cubra todos los gastos de ejecución y que el denunciante sea el principal. Son excepciones a esta obligación de indemnizar las siguientes causales: que la extinción sea imputable al principal o por edad, invalidez o enfermedad del agente y que sea imposible exigir razonablemente la continuación de la actividad del agente, este último es un requisito válido además para la indemnización por clientela obtenida.

En el caso cubano, solo procede la indemnización si:

1. La causa de la extinción del contrato es rescisión unilateral.
2. Si el sujeto rescindente es el principal.
3. Si la rescisión operó antes de cumplirse el término de vigencia del contrato.

Reembolso de erogaciones

Solo procede esta obligación si se pacta. En Cuba, tal obligación opera, abstracción hecha, de la remuneración (Resuelvo 8vo, cláusula 3.1, inciso d y 4.3 de la proforma anexa a la Res 27/97) que obligan al principal a reembolsar al agente los gastos que documentalmente el último pruebe haber incurrido en el ejercicio de su obligación de promoción/concertación de contratos (ello acerca el contrato cubano de agencia a una suerte de comisión estable). No procede, pues, en Cuba, la obligación de resarcimiento.

Extinción del contrato de agencia

Operan como causas de extinción de este contrato las generales válidas para todos los contratos. En el ordenamiento mercantil cubano están previstas en el Rvo. 11no de la Res. 27/97 y las cláusulas 4.6 y 7.2 de la pro forma de contrato de agencia anexado a la citada Resolución. En sentido general son tres causales: rescisión, transcurso del tiempo y cancelación.

Rescisión

La rescisión opera siempre con el **preaviso** como requisito (*préavis* en la legislación francesa y *kündigung* en la legislación austriaca), que es el otorgamiento de un plazo suficiente que permita la reinserción o reacomodamiento del agente a la nueva situación, de modo que no opere la

interrupción abrupta de la relación contractual. Requisito tomado de la relación de Derecho Laboral con la cual guarda semejanza.

El preaviso a su vez, solo se da bajo dos requisitos:

- Que se realice con un período de antelación proporcionalmente directo al del tiempo de vigencia del contrato, por lo general, mayor de un año siempre.
- Que no se den causales de excepción legales al preaviso a cargo de la parte rescindente, que puedan dar lugar a la extinción prematura del contrato (*vorzeitige auflösung*) como quiebra, incumplimiento de obligaciones legales, culpa, imposibilidad objetiva de ejercer la actividad de agente, etcétera.

Se requiere que el preaviso mismo y con él la extinción del contrato de agencia, guarde proporción con el “tiempo de reconversión” que necesite el agente para detener el impacto económico desfavorable de la ruptura del contrato.

La rescisión genera la obligación del rescindente de compensar al agente si su labor puede continuar produciendo “ventajas sustanciales” al principal. Solo con las siguientes excepciones: extinción por culpa del agente, edad-madurez-enfermedad del agente que no permitan la continuidad de sus actividades y la cesión de posición contractual de agente con el consentimiento del principal.

Transcurso del tiempo

Hay que distinguir entre contratos de agencia por tiempo determinado o por tiempo indeterminado. En el primero de los tipos de contratos de agencia, no hay gran complicación: se entiende extinto el contrato desde el momento mismo en que se cumple el término o plazo que las partes se han dado; no opera por iniciativa de las partes, sino automáticamente. Sin embargo, en caso de que las partes no manifiesten su voluntad de extinguir el contrato y continúen realizando las prestaciones que de él se derivan, se entenderá como manifestación de una voluntad positiva y recíproca de prorrogar el mismo, de manera similar a la tácita reconducción.³⁴

³⁴Las legislaciones de otros países se diferencian respecto al tema del tiempo por el cual se considera prorrogado el contrato, en algunas, por un tiempo equivalente al pactado por las partes inicialmente; para otros, por tiempo indefinido.

En el caso de contratos por tiempo indeterminado, estos pueden revocarse libremente. Es admitida sobre todo la facultad del representado para revocar libremente el contrato, sin necesidad de demostrar justa causa, condenándole a la indemnización de daños y perjuicios, todo ello a través de previa denuncia con preaviso. En estos casos debe estipularse una compensación económica a favor del agente.

Es una causal prevista en la cláusula 7.4 de la proforma de contrato de agencia de la Res. 27/97 MINCEX. Establece que el contrato tiene una vigencia de un año³⁵, prorrogable por un año más siempre que se cumplan los requisitos de que haya silencio de las partes respecto a modificar o rescindir el contrato, por un período de tres meses anteriores al cumplimiento del plazo³⁶.

Cancelación

Regulado también en la cláusula 7.4 de la proforma anexa a la Res. 27/97. La causa legalmente prevista para que opere la cancelación como causal de extinción del contrato es el incumplimiento de las obligaciones por las partes o por una de ellas.

Contrato de corretaje

Este contrato existe para satisfacer las necesidades del empresario que no pueda dedicarse a la búsqueda de personas que quieran contratar, por falta de tiempo, o de conocimientos técnicos. Tiene como finalidad poner en relación a las partes que celebrarán un contrato (URÍA: 745 y ss.), la mediación entre la oferta y la demanda en determinados bienes y servicios, promoviendo el perfeccionamiento de un contrato entre las partes. Es el contrato tipo de intermediación entre la oferta y la demanda. El corretaje constituye el instrumento jurídico idóneo para suplir una deficiencia de todo empresario: tiempo y falta de conocimientos acerca de las estrategias de penetración y colocación de un producto o servicio en el mercado, para lo cual se auxilia de otros

³⁵Lo cual contradice la cláusula 4.6 que regula el supuesto de rescisión por el principal antes del “vencimiento del término de duración pactado”, no queda claro si la vigencia del contrato es pactable o es de un año por imperio de la Res. 27/97.

³⁶A diferencia de otros ordenamientos, donde la modificación contractual ocurre en el sentido de que el contrato por tiempo determinado se convierte en un contrato por tiempo indeterminado, no en un contrato por un año (artículo 24.1, Ley 12/92 de España, artículo 20 del HVG austriaco y artículo 11.1 de la Ley 593 de Francia).

empresarios estableciendo una relación normada por este contrato. Su función es casar ofertas y demandas compatibles, a diferencia de la agencia y la comisión, cuya labor es promover, penetrar agresivamente el mercado.

Concepto

En sentido general, es un contrato por el cual una de las partes (corredor) se obliga frente a otra (cliente), sin relación de dependencia, a desplegar una actividad dirigida a procurar la conclusión de un contrato, a la búsqueda y aproximación de las partes para que contraten directamente la prestación del servicio o la entrega de bienes; en fin a promover la concertación de contratos entre terceros empresarios.

Sin embargo, desde el punto de vista conceptual se distinguen dos posiciones más o menos bien identificadas sobre el papel del corredor en este contrato, y con ello, hasta donde el corretaje es una intermediación equidistante entre clientes o hasta qué punto es una empresa cuyo compromiso con una de las partes la puede semejar a la agencia y la comisión, paradigmas de la colaboración mercantil parcializada. Para algunos, la actividad del corredor es la promoción y/o conclusión de contratos en interés del cliente (BROSETA: 453), con lo cual se acerca a la agencia y la comisión, obligando al corredor a asumir una actitud agresiva de promoción. Por otro lado, la mayoría de los autores reducen el alcance de las obligaciones del corredor en sus conceptos de corretaje, obligándolo solamente a la mera indicación al cliente de la mejor oportunidad para contratar (VICENT CHULIÁ: 318, SÁNCHEZ CALERO:191, GARRIGUES: 124, URÍA: 747). Es un corretaje menos comprometido con las partes pero que no se adapta a la realidad actual, no basta con casar dos necesidades compatibles entre sí en el mercado, sino además en la medida en que tenga facultades para ello: allanar las ofertas para que compatibilicen, hacer corresponder necesidades mediante una verdadera mediación, aconsejando modificaciones a las ofertas contractuales de uno y otro lado. Si fuera un corretaje de mera indicación sería un nuncio, simple portador material de una declaración de voluntad, para el cliente. Ello no hace al corretaje una empresa parcializada como la agencia o la comisión, sino un contrato cuya finalidad es acercar a las partes mediante la comunicación recíproca de las ofertas de contenido inverso que se complementan.

Según la cantidad de clientes recíprocamente acercables que tenga un corredor hay dos tipos de corretajes: el **unilateral**, cuando un cliente contrata al corredor para que realice la actividad pactada; y el corretaje **bilateral**: cuando el corredor tiene dos clientes cuyas ofertas tienen contenido negocial son casables por aplicación.

Regulación

Este contrato se encuentra regulado en el Código de Comercio de manera muy sucinta cuando trata de los corredores de comercio y los agentes colegiados. Vale entonces para él, lo mismo que se ha dicho en lo que respecta al contrato de agencia. Las normas del Código relativas a estos contratos no tienen valor normativo, ni interpretativo ni integrador, la realidad cubana ni con mucho se ajusta a la actividad intermediadora que dio motivo a tal regulación.

El corretaje de seguros,³⁷ encuentra su regulación en el Decreto-Ley No. 177/1997 sobre el Ordenamiento del Seguro y sus Entidades, que dispone los preceptos más generales relativos a la actividad del corretaje. En este tipo de contratos, dado el carácter especialmente técnico de la materia del seguro, el Ministerio de Finanzas y Precios ha creado un ente especializado: la Superintendencia de Seguros, con el objetivo de regular dicha actividad económica. Una de las variantes de esa actividad es la mediación, particularmente el corretaje de seguros, regulado por los preceptos siguientes, todos dictados por la Superintendencia:

- Resolución S-1/2001 sobre el aseguramiento en el extranjero de bienes, personas y responsabilidades con carácter excepcional y para riesgos concretos.
- Resolución S-2/2001 sobre la solicitud de autorización a formular a la Superintendencia de Seguros, por las entidades cubanas o con participación de intereses cubanos que ejerzan o pretendan ejercer, en el extranjero, las actividades previstas en el artículo 3 del Decreto-Ley No. 177/97.
- Resolución S-1/2004 Sobre las obligaciones del Corredor de Seguros.
- Resolución S-1/1999 Sobre la solicitud de licencia para ejercer la actividad de corretaje de seguros por persona jurídica.
- Resolución No. 210/2000 del Ministerio de Finanzas y Precios sobre el Registro de las Actividades de Mediación en los contratos de seguro y de la información y documentación a consignar en la Superintendencia de Seguros por los corredores.

La Superintendencia de Seguros no solamente asume funciones reguladoras, sino que además es fiscalizadora de la actividad, una de las

³⁷Doctrinalmente es conocido también como agente libre de seguros.

empresas mercantiles que mayor trascendencia pública tienen, dada su popularidad en nuestro entorno económico y social. Tal labor la realiza de conjunto con el Ministerio de Finanzas y Precios, organismo de la Administración Central del Estado al cual se adscribe.³⁸

Los contratos de corretaje marítimos, por su parte, no encuentran una regulación clara, más bien existen preceptos vinculados a su actividad y que de modo muy subrepticio mencionan la actividad de corretaje, son el Decreto-Ley No. 168/1996 sobre la Licencia de Operación de Transporte, la Resolución No. 86/2002 del Ministro del Transporte que pone en vigor el Reglamento de la Licencia de Operación del Transporte y la Resolución No. 213/1996 que pone en vigor el Reglamento para la Prestación de Servicios Portuarios.

Objeto del contrato de corretaje

El objeto del contrato de corretaje es la realización de una actividad encaminada a vincular a las partes sin entrar a la circulación de bienes y servicios, la búsqueda de un interesado en celebrar el contrato de ejecución.

¿La actividad del corredor es de medios o de resultados? De la respuesta a esta pregunta, se resuelve si procede el pago de la comisión en caso de que se logre o no el efecto buscado. No se exigen resultados estrictos puesto que no depende –y no se puede hacer depender– de la voluntad del corredor, que el cliente en definitiva contrate con el tercero que el corredor le procuró. Sin embargo, con el objetivo de asegurarse de que el corredor llevará a cabo su obligación con toda la diligencia de un buen empresario, los órganos jurisdiccionales, exigen “resultados mínimos”: una conducta del corredor que se manifieste en tentativas de concertación y tratos preliminares, al menos entre el tercero y el cliente.

En el caso de los seguros ha de hacerse la salvedad de que cuando se habla de mediación, no se hace referencia al corretaje, sino a la agencia y al corretaje indistintamente. La mediación de seguros es la actividad por la cual se colocan en el mercado las pólizas por empresarios especialistas en

³⁸Es desatinado considerar esta fiscalización una invasión injustificada del Derecho Administrativo a los predios del Derecho Mercantil cubano, son sencillamente facultades fundadas en el interés público y que le son propias a los organismos rectores de la materia en cualquier lugar del mundo, a manera de ejemplo, en España, los artículos 24 y siguientes de la Ley de Mediación en Seguros Privados dispone una serie de prerrogativas de control administrativo a favor de la Dirección General de Seguros del Ministerio de Economía y Hacienda. Recordemos además que el Derecho de Seguros ha tenido siempre una trascendencia pública marcada.

tal tipo de comercialización, siendo un canal de distribución alternativo al asegurador. Tal concepción de la mediación es válida para nosotros por el artículo 27 del Decreto-Ley No. 177/97. La actividad del corredor queda incluida en aquella más general de mediación, en la cual puede haber mayor o menor vinculación con los intereses de la entidad aseguradora.

Vale decir que en el caso del corretaje marítimo, hay un claro corrimiento del contenido de la actividad del corredor hacia la agencia. No existe en los corredores marítimos, cualquiera que sea la forma en que actúen, equidistancia de los intereses de las partes involucradas, sino completo compromiso con los intereses del cliente representado. Sin embargo, está firmemente arraigada a la costumbre contemporánea del mar, la denominación de corredor a estas actividades que más bien se corresponden con la idea clásica del agente. De cualquier manera, tal concepción del corredor no es absoluta, algunos corredores marítimos sí se corresponden a la idea clásica y más general del seguro.

Características

Personalísimo

Es esencial para el contrato la identidad de los sujetos, porque se trata de la prestación de un servicio muy vinculado a la habilidad del empresario en el mercado, por lo que se tienen en cuenta los caracteres de quien desarrolla la actividad, a la hora de contratar. Como consecuencia más importante de esto, la muerte del corredor, o más bien su liquidación o extinción, es causal de extinción del contrato.

Ejecución instantánea

Es una característica que lo distingue de la agencia. El contrato de agencia supone una colaboración estable y continuada en el tiempo, sin embargo, el corretaje no, es instantáneo, salvo pacto en contrario (SÁNCHEZ CALERO: 191). Constituye una excepción el corretaje de seguros en Cuba, donde el corredor tiene, entre las obligaciones legales, el deber de “...asistir a la persona en cuestión **durante toda la vigencia del contrato de seguro**, especialmente, en las modificaciones que, eventualmente, correspondan y al momento de producirse un siniestro cubierto por aquel...”, según el Resuelvo 1ro., inciso d de la Resolución S-1/2004 de las obligaciones de los corredores de seguro, lo cual expresa la continuidad de la relación entre el corredor de seguros y sus clientes.

Unilateral

Es una característica discutida. La pretendida naturaleza unilateral de este contrato hace del corredor un sujeto que no adquiere obligaciones por medio del corretaje. Según esta tesis, el corredor no está obligado porque su obligación es de medios (ayudar a concluir), su remuneración no depende de si concluye o no el contrato. Ello hace entender que el cliente para el que se realiza el corretaje está obligado a pagar la remuneración, sea cual fuere el resultado de la actividad, porque el corredor no tiene obligación, sino la carga de hacer gestiones. Tal posición es más que criticable: la obligación puede ser de medios solamente, pero se exigen “resultados mínimos” sin llegar a la naturaleza de la obligación de resultados. Entender unilateral este contrato, es dejar al corredor sin control jurisdiccional alguno sobre la actividad del mismo, dejando al cliente a merced de la voluntad del primero, desprotegido ante la insuficiencia posible del actuar del corredor.

El corretaje es un contrato bilateral: el corredor queda obligado a desplegar una actividad, la cuestión radica en el alcance de esa actividad a desplegar —que nunca llegará al rigor del agente o el comisionista—, pero que exige como quiera que sea de la “diligencia normal en el ejercicio de la mediación” (URÍA: 748).

Independencia del corredor

Al igual que en todos los contratos de colaboración, la independencia del mandatario es requisito subjetivo impostergable. Vale decir al respecto que la dependencia corporativa del corredor al cliente, elimina el carácter mercantil del contrato. Uno de los presupuestos básicos de la colaboración mercantil es la existencia de una relación de mandato, cuya construcción civilista impide cualquier tipo de relación de subordinación entre las partes que no sea precisamente la derivada de la realización del encargo en interés del mandante, por parte del mandatario. Es común que el agente pierda la independencia económica o tecnológica, pero no puede bajo concepto alguno, perder la independencia jurídica, esa que evita la supeditación de la voluntad social o personal del agente —según sea empresario social o individual—, a la esfera de actuación de la autonomía negocial del mandante.

Elementos personales

En Cuba existe una gama más o menos amplia de sujetos que realizan actividad de corretaje en diversos sectores de la economía y los servicios. Sin embargo la regulación más coherente acerca del sujeto que se dedica a

la actividad de corretaje, es la dispuesta para el sector de los seguros y a la cual le dedicaremos mayor espacio.

El Cliente: no se le imponen requisitos más allá de los propios de cualquier empresario mercantil en Cuba para ejercer su actividad económica constitutiva de empresa, a saber la inscripción correspondiente en el Registro Mercantil.

El Corredor: es la persona que realiza la actividad de corretaje en interés de su cliente. Legalmente conceptualizado, para el caso de los seguros en el artículo 2, inciso c del Decreto-Ley No. 177/97;³⁹ encuentra en la regulación especial dispuesta por la Superintendencia de Seguros una serie de requisitos y condiciones adicionales para el ejercicio de su empresa.

En primer término, ha de contar el corredor de seguros con autorización dada por la Superintendencia, según el Art. 33.1 del Decreto-Ley No. 177/97, por lo que queda prohibido el ejercicio del corretaje sin licencia del organismo antes mencionado por el tenor de los artículos 27 párrafo 2 y 37 *eiusdem*. Corresponde a la Superintendencia el registro de la licencia otorgada (artículo 34), posterior a los trámites previstos en la Resolución S-1/99 sobre la solicitud de licencia para ejercer la actividad de corretaje de seguros por persona jurídica.

Internacionalmente a los corredores en general y a los de seguro en particular se les exige el ejercicio de la profesión con arreglo a criterios especiales de profesionalidad y honorabilidad. En Cuba, particularmente se le exige el mantenimiento de un Registro de Actividades de Mediación, etcétera.⁴⁰

El artículo 29 prohíbe el ejercicio de la actividad de corretaje a personas que ejerzan como corredores en determinados supuestos, la prohibición se extiende a quienes realicen esa actividad no solo directamente, sino a través de interpósita persona.

En sentido general a todos los corredores, se les exige la correspondiente inscripción en Registro Mercantil que acredite su personalidad como empresario, así como en Colegio Oficial de corredores –inexistente en Cuba.

³⁹Concepto legal que en alguna medida coincide con el de corredor español en el artículo 14.1 de la Ley de Mediación en Seguros Privados.

⁴⁰En tal sentido, ver la Resolución 210/1999 del Ministerio de Finanzas y Precios sobre el Registro de las Actividades de Mediación en los contratos de seguro y de la información y documentación a consignar en la Superintendencia de Seguros por los corredores.

Elementos reales

Contrato promovido

Es el contrato que sirve de esencia y que busca el corredor que las partes suscriban. En el caso del corretaje de seguros, el elemento real está determinado por el servicio profesional que presta el corredor en función de la rúbrica de una póliza cuyo interés asegurable ha de reunir determinadas condiciones y requisitos esenciales. El incumplimiento de los mismos, trasciende a la vida del contrato, sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan desde el punto de vista legal.

Las limitaciones a la mediación en este tipo de seguros, son relativas a la presencia de un elemento extranjero.⁴¹ En consecuencia, queda prohibida toda actividad en la cual se ponga en contacto un asegurador extranjero con cliente cubano para la concertación de una póliza en los términos prohibidos por el citado precepto. El apartado 4to. del artículo 36 *eiusdem* atenúa tal prohibición, estableciendo un procedimiento excepcional para solicitar el aseguramiento y su mediación libre bajo las condiciones anteriormente prohibidas.⁴²

Elementos formales

Es un contrato consensual, a falta de regulación al respecto, normalmente se utiliza un documento como “nota de encargo” que es la oferta del cliente para suscribir el contrato de corretaje. En el caso de la mediación libre de seguros, no debe confundirse con la póliza, este es el documento contentivo del contrato de seguro.

Obligaciones de las partes

Obligaciones del corredor

Actividad de corretaje: consiste en el despliegue de una actividad natural y necesaria consistente en la búsqueda de posibles clientes cuyas necesidades económicas se complementen con la oferta del principal. No incluye contratar a nombre de nadie, no forma parte de sus obligaciones; no es gestor de negocios ajenos, pues no tiene facultades de representación, su

⁴¹Ver artículo 36.3 del Decreto-Ley No. 177/97.

⁴² Dicho procedimiento y solicitud encuentran su regulación en la Resolución S-1/2001 de la Superintendencia de Seguros.

actividad es más material que jurídica, pues no requiere el uso de las atribuciones para ejecutar su obligación principal, salvo pacto en contrario.

La actividad del corredor no se limita a indicar las oportunidades más favorables y ventajosas de contratación, sino además, la realización de todas las acciones necesarias y suficientes encaminadas a allanar las posibles trabas, limar posibles asperezas entre la oferta del asegurador y la necesidad del cliente que hagan incongruentes ambas manifestaciones del consentimiento contractual. La mayor expresión de tal actividad, que va más allá de la simple indicación, es el corretaje de seguros, donde el corredor puede meramente buscar la póliza que más conviene a la necesidad del tomador o puede incluir una labor de facilitación de la construcción de una póliza hecha “a la medida” del cliente tomador promoviendo la variación de los términos contractuales previstos en pólizas prediseñadas de las que dispone la entidad aseguradora. Realiza una labor de mediación muy cercana al sentido conflictual o procesal del término.

Vale destacar que la actividad del corredor es estrictamente material, no jurídica. No es jurídica la actividad del corredor desde el momento mismo en que no ostenta facultades de representación del cliente para concertar el contrato con terceros, cuando decimos que la actividad del corredor es material y no jurídica, no significa que no sea jurídicamente trascendente, sino que, a diferencia de la comisión y la agencia, el corretaje es una empresa en la cual no hay relación de mandato representativo alguno que se le asemeje entre el ejecutor (corredor) y el cliente. Nada de ello obsta a que la ley permita que el cliente extienda facultades de representación al corredor para que concrete el contrato en cuestión.

La imparcialidad en el asesoramiento y la equidistancia de los intereses de las partes involucradas en la presunta relación de ejecución determina otra de las diferencias entre el corredor y el agente, particularmente en nuestra legislación mercantil y más específicamente en el seguro. Si se trata de agencia, la actividad es la promoción de la comercialización de las pólizas ofertadas por la(s) entidades aseguradoras a las cuales se encuentra vinculada. Es decir el agente representa a una entidad de seguros y su función es colocar en el mercado el seguro, promoviendo su comercialización a nombre y en interés de la aseguradora. En cambio, el corretaje supone la asunción de una postura equidistante de los intereses de ambas partes: la entidad aseguradora que utiliza al corredor como canal de distribución y los posibles tomadores en el mercado. No se identifica con ninguno de ellos en detrimento del otro, por lo que el corredor de seguros en Cuba se obliga a ofrecer “...asesoramiento profesional imparcial a quienes demandan la cobertura de los riesgos a que se encuentran expuestos sus personas, patrimonio, intereses

o responsabilidades, conservando una cartera de negocios reconocida...” (vid. artículo 2 inciso d Decreto-Ley 177/97).

Tal distinción queda legalmente dispuesta en el artículo 2, incisos c y d del Decreto-Ley 177/97, definiendo las actividades que le corresponden según sus obligaciones contractuales, al corredor y al agente de seguros respectivamente.⁴³ Para nuestro ordenamiento, el agente y el corredor de seguros tienen en común su carácter de persona natural o jurídica,⁴⁴ la realización de su actividad de forma estable y permanente, autorizada por el empresario para servir de mediador entre el asegurador y posibles tomadores conservando una cartera de negocios reconocida. La diferencia entre ellos radica en que el corredor ofrece “...asesoramiento profesional imparcial...”, mientras que el agente se parcializa en función de los intereses de quien representa.

El despliegue de la actividad de corretaje incluye la asistencia y el consejo a la hora de contratar directamente el cliente con el tercero que el corredor pueda proporcionarle, sin embargo, esta obligación no tiene el alcance que tiene en la comisión y la agencia, pues en el corretaje el mandatario está obligado a la “imparcialidad”.⁴⁵ La actividad del mediador/corredor es imparcial, no es “portador de la defensa de los intereses de una de las partes” (SÁNCHEZ CALERO: 191). Aun cuando sea corredor de un solo cliente hay que ser imparcial, si bien ese deber está matizado, no puede asimilarse a la parcialización propia de un comisionista o agente, ellos sí representan intereses unilaterales con mayor rigor.

El corretaje de seguros en particular, plantea una prohibición de concurrencia para el corredor. El artículo 30 del Decreto-Ley 177 prohíbe

⁴³Tal preocupación por distinguir a ambos sujetos y sus respectivas actividades está presente también en el ordenamiento español, expresada con vehemencia como uno de los objetivos que persigue la puesta en vigor de la Ley 9/1992 de Mediación en Seguros Privados particularmente en su Exposición de Motivos.

⁴⁴Vale decir que no existe por el momento en nuestro país persona natural que se dedique a la actividad de corretaje de seguros, aunque el ordenamiento lo prevé.

⁴⁵Se entiende por imparcialidad en el corretaje, no a la solución de conflictos jurisdiccionales sin prejuzgar la actuación de las partes o sin favorecer a una de ellas por razón ajena a las que se expresan en el conflicto mismo. La imparcialidad en este caso está dada en que el corredor tiene una esfera de poder importante sobre el cliente, con su experiencia profesional puede determinar quién contrata o no con él, pero no solo hacia él, sino hacia el tercero. El corredor no representa los intereses de nadie en la contratación, su única habilidad, por la cual se le remunera, es encontrar en el mercado el cliente idóneo para su mandante y allanar las ofertas y contraofertas entre ambos de manera que negocien, sin que el corredor realice acciones que indiquen compromiso comercial alguno con cualesquiera de las partes, en otras palabras, la atenuación y eliminación de trabas en las negociaciones a fin de hacer converger las voluntades antagónicas en un contrato.

ineludiblemente al mismo el ejercicio de la actividad aseguradora por sí mismo, no pudiendo asumir "...la cobertura de riesgo de cualquier clase de seguro...", decretando la nulidad de cualquier pacto en contrario. Tal deber es propio de los corredores de seguro, aun cuando no está presente en los demás tipos de corretaje más comunes.

Responsabilidad: Se le exige por incumplimiento en la realización de la prestación fundamental con la calidad y diligencia debidas. Esta obligación es producto de reputar al corretaje como contrato bilateral. En consecuencia, la actividad a desplegar por el corredor tiene el carácter de obligación contractual, provista de mecanismos efectivos de realización, entre ellos la exigencia de responsabilidad ante incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

En el caso del corretaje de seguros, el artículo 28 del Decreto-Ley 177 establece de manera implícita que ante los actos que realice el corredor de seguros en Cuba, la entidad aseguradora es irresponsable. Esta es una de las implicaciones prácticas de la diferencia entre el agente y el corredor de seguros. El primero de ellos, cuenta con facultades de representación de la aseguradora, la naturaleza legal de su relación con la misma es de mandato (ver artículo 3 inciso d *eiusdem*), por lo que la lógica indica que todo acto que realice el agente dentro del mandato otorgado es válido y conforme a Derecho. El corredor en cambio, al no sostener una relación de mandato con su cliente, sus actos ante otras personas son de su plena responsabilidad.

Deber de confidencialidad: el conocimiento por parte de tentativos clientes de la actividad del posible contratante pudiera modificar en algún sentido la voluntad del primero. El corredor no está autorizado a revelar la identidad del cliente para quien trabaja, solo en el momento en que el cliente considere; es una obligación inferible del artículo 95.3 del Código de Comercio, que incluye el deber de reserva sobre las instrucciones del cliente (GARRIGUES: 125). La confidencialidad es uno de los valores más importantes que promueve el ordenamiento mercantil a nivel internacional, teniendo en cuenta las características competitivas del mundo negocial contemporáneo y la necesaria protección de los intereses de los empresarios.

En el caso particular de Cuba, la normativa vigente respecto al contrato de seguro dispone tal obligación hacia el corredor bajo la forma de deber de "...guardar la mayor reserva profesional sobre las negociaciones en las que intervenga."⁴⁶

Deber de información al cliente: es una obligación evidente, pero que se impone al corredor con mucho menor rigor que en la agencia y el corretaje,

⁴⁶Resuelvo 1ro, inciso g de la Resolución S-1/2004.

habida cuenta de su posición de compromiso con intereses de ambas partes involucradas en el contrato. Por ello es que se le exige mucho menos en relación al deber de información que al comitente o al agente que al actuar en interés directo y expreso del principal o comitente está obligado en mayor medida a informar de su actuación por el nivel de compromiso de intereses. No obstante, en el corretaje se le exige mayor seriedad y vuelo técnico-profesional al contenido de la información, dado el carácter de asesor de las partes que asume el corredor. La idea presente no es informar más, sino mejor.

En el caso del corretaje de seguros, se cualifica el deber de información: el Resuelvo 1ro., incisos b y c de la Resolución S-1/2004, disponen como obligación del corredor el asesoramiento a las personas que desean asegurarse por su intermedio, así como la ilustración a la misma de manera precisa y detallada acerca de las condiciones del contrato, la interpretación y extensión de las cláusulas, etc. Hacia la entidad aseguradora funciona esta obligación, cuando la propia Resolución obliga, en el inciso a del Resuelvo 1ro a “Informar a la entidad aseguradora de las condiciones en que se encuentre el riesgo, entregándole la documentación que tenga sobre él, así como asesorarla verificando la entidad de los contratantes y la existencia de los bienes”.

Obligaciones del cliente

Remuneración: solo procede cuando se obtiene el resultado previsto en el contrato (BROSETA: 453) que es la conclusión.

La no determinación de la cuantía de la remuneración en el contrato, no significa la gratuidad del mismo. En contratos mercantiles, a diferencia de los civiles no puede el intérprete deshacerse así tan fácil del carácter oneroso de los contratos. Por analogía evidente, se aplican las normas para el contrato de comisión, único regulado en el Código de Comercio, de los de colaboración mercantil, particularmente el artículo 277, que remite a los usos de la plaza y a la costumbre.

En algunos ámbitos negociales bien definidos la costumbre es quien determina de manera precisa el monto de la remuneración, particularmente los corredores marítimos en la mayoría de los supuestos pactan el 1.25% deducible del valor del contrato de fletamento promovido como comisión.

Algunos sitúan el momento de exigibilidad de la remuneración en el instante de la conclusión del contrato objeto del corretaje, no en el de la ejecución del mismo. Incluso, la obligación de remuneración procede aun después de haberse extinguido el mismo, si la labor de corretaje ha permitido la conclusión del contrato objeto a posteriori. Estos efectos más allá de la vigencia del contrato, proceden bajo dos requisitos: que el contrato se haya estipulado entre personas aproximadas por el corredor y que exista relación de causa-

efecto entre la labor del corredor y la conclusión del contrato objeto del corretaje.

Los criterios de determinación de la remuneración son los mismos que en el contrato de agencia y de comisión y al igual que en ellos, se trata por lo general de un porcentaje de la cuantía del contrato objeto. El corredor puede recibir doble remuneración cuando conecta a dos clientes suyos (doble comisión); en este caso, ha podido establecer la relación entre dos necesidades en el mercado que le corresponde contractualmente evacuar. Por lo general, ocurre cuando el corredor tiene en su cartera de negocios (*portfolio*) dos ofertas de contenido recíprocamente inverso, que las hace casables en un negocio (*aplicación*).

Facilitación: presupone el suministro de la información necesaria para desarrollar la labor de corredor. Incluye no solo información, sino creación de condiciones de todo tipo, incluso en el orden marcario, para promover la comercialización; no se limita únicamente al suministro de información suficiente para la conformación de una auténtica oferta que pueda el corredor presentar a sus clientes. En correspondencia con la naturaleza y alcance de la obligación del corredor, dicha labor facilitadora tendrá que ser capaz de mediar entre ofertas y necesidades en el mercado para vincularlas recíprocamente.

Extinción del contrato de corretaje

Las causales de extinción del contrato de corretaje son las propias de cualquier tipo de contrato mercantil en sentido general más aquellas propias de las relaciones de colaboración mercantil o intermediación comercial:

- Conclusión del contrato objeto del corretaje.
- Renuncia del corredor.
- Revocación del cliente.
- Por transcurso del tiempo dado al corredor: puede ser una fecha o plazo preciso.
- Por frustración del objetivo para el que se concibió.
- Por muerte o inhabilitación: en caso del corredor sería *ipso iure* la extinción del contrato al ser *intuitu personae*.
- Por incumplimiento de las obligaciones que le vienen impuestas por la legislación vigente.

A manera de conclusión, es necesario dejar claro que hemos tratado tres contratos de intermediación comercial a los cuales indistintamente

hemos denominado de colaboración mercantil, ambos términos no son idénticos ni reflejan igual realidad, pero por razones de objetivo, oportunidad y espacio, queda relegado nuestro deber de aclarar tal distinción a un momento posterior. Además invitamos al lector a la reflexión en torno a tales conceptos.

La comprensión y el estudio de tales contratos nos brindan un ligero acercamiento a una de las actividades más importantes en la economía cubana, que desde el punto de vista jurídico significa un núcleo de regulaciones y normas en el orden positivo, con un marcado y genuino acento cubano. En estas disposiciones queda reflejado nuestro ámbito económico y sus circunstancias, las cuales se manifiestan en el espacio jurídico mediante un cuerpo normativo único en el mundo, el cual nos corresponde estudiar y conocer.

EL CONTRATO DE PRODUCCIÓN COOPERADA

LIC. JUSTA AURELIA AGUIRRE ECHEVARRÍA

En los Lineamientos Económicos y Sociales para el quinquenio 1986-1990 se expresó que: “Una vía fundamental para un mejor aprovechamiento de las capacidades, el incremento de las exportaciones y la sustitución de importaciones, la brindará la cooperación y especialización internacional”,¹ y más tarde, en la Resolución sobre el Desarrollo Económico del país dictada en 1991, se refrenda la necesidad de estimular la inversión extranjera en el país a través de diversas modalidades de asociación.

El contrato para la producción cooperada constituye una de las variantes que pueden adoptar las múltiples y variadas formas de la cooperación productiva o industrial entre empresarios de diferentes países para la producción y comercialización de mercancías en el marco de la creciente internacionalización y globalización de las relaciones contractuales que existe actualmente.

La realización de producciones cooperadas con intereses extranjeros no constituye una experiencia nueva en Cuba. A partir de la promulgación del Decreto-Ley 50, de enero de 1982 sobre asociaciones entre entidades cubanas y extranjeras se concertaron numerosos acuerdos de esa naturaleza, considerados como una de las modalidades de la inversión extranjera autorizadas por la ley, junto a la creación, en menor cantidad, de empresas mixtas de capital nacional y foráneo.

La experiencia derivada de la aplicación del Decreto-Ley 50, unido a las condiciones políticas económicas existentes, sin la existencia del campo

¹*Lineamientos Económicos y Sociales para el quinquenio 1986-1990*. Partido Comunista de Cuba, Editora Política, La Habana, 1986.

socialista, una economía mundial globalizada y fuertes tendencias hegemónicas en el campo político y militar, condujeron a que se dictara una nueva ley de la inversión extranjera, la Ley 77 de 5 de septiembre de 1995 con el propósito de ampliar y facilitar el proceso de participación de la inversión extranjera en la economía nacional que permita obtener los recursos financieros, tecnológicos y nuevos mercados en el sector productivo y de los servicios, en función del desarrollo sostenible del país y de la recuperación económica.

Con fundamento en que la práctica demostró que existían otras figuras contractuales ágiles y flexibles, en los distintos sectores y ramos de la economía, con participación extranjera, que arrojaron resultados económicos favorables para cada una de las partes contratantes, como otras modalidades para la inversión extranjera en el país, el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros adoptó, con fecha 6 de diciembre del 2000, el Acuerdo 3827 que estableció las bases legales del procedimiento para concertar contratos para la producción cooperada de bienes o la prestación de servicios, así como de administración hotelera y productiva, con personas naturales o jurídicas extranjeras, en correspondencia con su objeto social o empresarial, y facultó al Ministerio para la Inversión Extranjera y la Colaboración Económica (MINVEC) para dictar las disposiciones complementarias necesarias para el cumplimiento del Acuerdo.

De conformidad con lo ordenado en la mencionada disposición gubernativa el MINVEC dictó la Resolución 37 de fecha 31 de julio del 2001 por la que estableció las normas de procedimiento para el registro, control y supervisión de los contratos para la producción cooperada; para la evaluación, aprobación, registro, control y supervisión de los contratos de administración productiva y para regular la periodicidad en la entrega de la información estadística para los contratos de administración hotelera.

Los positivos resultados obtenidos para la economía nacional y la experiencia adquirida en la aplicación del Acuerdo 3827 y disposiciones complementarias, motivaron que con el propósito de ajustar la normativa para un mejor desarrollo y control de esa actividad se adoptara el Acuerdo 5290 con fecha 11 de noviembre del 2004.

Es propósito de este trabajo el análisis del contrato para la producción cooperada, su concepto, características y naturaleza, a partir de su regulación actual.

CONCEPTO

Se define el contrato para la producción cooperada de bienes o para la prestación de servicios como aquel que se concierta entre una empresa,

entidad estatal cubana o sociedad mercantil de capital totalmente cubano, en correspondencia con su objeto social o empresarial, y una persona natural o jurídica extranjera con el propósito de desarrollar una determinada producción de bienes o prestación de servicios con destino al mercado interno y/o a la exportación. En virtud de dicho contrato la parte extranjera suministra, financia o ambas, tecnología, materias primas, equipamiento, productos semielaborados y asistencia técnica a cambio del pago del precio que se pacta por cada uno de estos conceptos, a partir de la comercialización de la producción o del servicio.²

En el apartado tercero del mencionado Acuerdo 5290/04, se establecen como requisitos que debe cumplir el referido contrato, los siguientes:

- a) Su objetivo será el desarrollo de una producción o la prestación de un servicio determinado a fin de sustituir importaciones, fomentar la exportación y/o que representen ahorro para el país.
- b) No se realizarán aportaciones de las partes ni se crea un fondo común entre ellas.
- c) No se compartirá el patrimonio estatal.
- d) No se compartirán las utilidades del negocio.
- e) La determinación del suministrador obedecerá al resultado de un proceso de concurrencia de conformidad con lo legalmente dispuesto.
- f) La conclusión de un contrato de esta naturaleza no podrá devenir, en ningún caso, condición de suministrador exclusivo en favor de las partes.

CARACTERÍSTICAS

De la amplia y minuciosa definición, de los requisitos exigidos para su concertación y de las disposiciones del Acuerdo 5290/04, se pueden extraer las características esenciales del contrato:

1-El objeto del contrato consistirá en el suministro, financiación o ambos, de tecnología, materias primas, equipamiento, productos semielaborados, y asistencia técnica por la parte extranjera a cambio del pago del precio que se pacta por cada uno de estos conceptos, a partir de la comercialización de la producción o del servicio. Se trata de varios objetos

²Apartado Segundo del Acuerdo No. 5290, del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, de fecha 11 de noviembre del 2004.

contractuales que implican obligaciones específicas que podrán regularse en anexos que se estipularán como partes integrantes de un único contrato.

2- El objetivo o causa del contrato será el desarrollo de una producción o la prestación de un servicio determinado a fin de sustituir importaciones, fomentar la exportación y/o que representen ahorro para el país.

3- Es un contrato de colaboración bilateral entre una entidad cubana, autorizada al efecto y una persona natural o jurídica extranjera,³ colaboración entre sus miembros que se instaura, sin necesidad de acogerse a la estructura societaria,⁴ ya que a ambos les interesa el desarrollo exitoso de la actividad de la que trae causa el contrato, en especial la obtención de productos y servicios de gran calidad dirigidos tanto al mercado interno como al externo: la parte cubana con el propósito de sustituir importaciones, fomentar las exportaciones, aprovechamiento y, en su caso, ampliación de las capacidades industriales existentes, etcétera; y además dispondrá de la seguridad de recibir los medios necesarios de un proveedor garantizado⁵ por un período de tiempo, relativamente corto, pero en el que es posible lograr los resultados propuestos,⁶ y a la parte extranjera para que, con los beneficios obtenidos en la comercialización de lo producido o de los servicios, se pueda pagar lo que ha suministrado, financiado o ambos, además de poder planificar y asegurar la colocación de sus productos, durante el plazo de vigencia del contrato.

La parte cubana obtiene, a través de este contrato, los recursos que necesita para el desarrollo, generalmente de proyectos a corto plazo, como puede ser la reanimación de una industria, la utilización de capacidades ociosas, obteniendo financiación, recursos materiales y otros, sin comprometer

³Recuérdese que como parte extranjera en un contrato se considera por la legislación vigente en el país (Ley 77/95 Ley de la Inversión Extranjera. Art. 2, inciso m), a la persona natural o jurídica, con domicilio en el extranjero y capital extranjero.

⁴F. Vicent Chuliá: *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, 3ra ed., t. II, José Ma. Bosch, Editor, Barcelona, p. 225.

⁵En el inciso d, del apartado tercero del Acuerdo 5290/04, se establece como requisito que: “La determinación del suministrador obedecerá al resultado de un proceso de concurrencia de conformidad con lo legalmente dispuesto”.

⁶En el apartado sexto del Acuerdo 5290 se dispone que “Los contratos para la producción cooperada de bienes o para la prestación de servicios estarán destinados a la realización de proyectos u objetivos concretos, por períodos cortos, que no podrán exceder de tres años a partir de la entrada en vigor del contrato. El Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, teniendo en cuenta las características del negocio y de manera excepcional, podrá autorizar un término superior”.

sus recursos financieros y sí su capacidad y eficiencia productiva y comercial para obtener los medios necesarios para honrar sus compromisos contractuales e incluso obtener beneficios.

Por otro lado la parte extranjera, asume el riesgo financiero que implica el contrato en el convencimiento de la colocación de sus productos en un mercado seguro, sin necesidad de la inversión en recursos y gastos en instalaciones y canales de distribución.

4- No se realizarán aportaciones de las partes ni se crea un fondo común entre ellas. Mediante este contrato no se produce una asociación, no se crea una persona jurídica distinta de las partes en el contrato, por lo que no se puede hablar, ni pueden existir aportes al fondo patrimonial de otro ente. Tampoco se puede hablar de aportaciones de las partes, ya que al no existir un fondo común, como existe en el contrato de Asociación Económica Internacional regulado en la Ley 77/95, sobre la inversión extranjera,⁷ la parte extranjera se limita a suministrar, financiar, o ambas, tecnología, materias primas, equipamientos productos semielaborados y asistencia técnica, y en todos los casos a cambio de un precio como contraprestación.

El hecho de no existir aportes, ni aportaciones de las partes impide la posibilidad de que se comparta el patrimonio estatal de que disponen las entidades estatales que suscriban un contrato de esta naturaleza.

5- No se compartirán las utilidades del negocio. La ganancia del socio extranjero está garantizada por el precio que se pacta, dicho de otra manera sería el precio de venta acordado para cada uno de los conceptos que este suministre, con independencia del monto que puedan alcanzar las utilidades que se obtengan de la comercialización de lo producido o de los servicios prestados por la parte cubana, quien es la única responsable de la gestión y representación del negocio,⁸ así como de lograr producciones y servicios de excelencia, de calidad exportable, de manera que se puedan obtener los

⁷En el Art. 14.1.d de la ley 77/95 se estipula como una de las características del Contrato de Cooperación Económica Internacional, el que “cada parte contratante hace aportaciones distintas constituyendo una acumulación de participaciones de las cuales son propietarios en todo momento y, aunque sin llegar a constituir un capital social, les es posible llegar a formar un fondo común, siempre y cuando quede bien clara la porción de propiedad de cada uno de ellos”.

⁸Es responsabilidad exclusiva de la entidad cubana, parte en el contrato de producción cooperativa de bienes o prestación de servicios, toda la actividad de dirección, administración y gestión, pudiendo ser asesorado por la parte extranjera en correspondencia con el contrato de asistencia técnica que a tales efectos suscriban. (Apartado séptimo del Acuerdo 5290/04)

recursos monetarios provenientes de su comercialización,⁹ necesarios para el pago de sus deudas con la parte extranjera.

Es de señalar también que cada contrato deberá operar como un centro de costo independiente y a la parte cubana de cada contrato le será autorizada una cuenta bancaria independiente para las operaciones relativas a la ejecución del contrato en cuestión, la cual sólo deberá emplearse para honrar las obligaciones contraídas en función del contrato suscrito.¹⁰

6- No admite el pacto de exclusiva. La conclusión de un contrato de producción cooperada no puede dar lugar a la consideración de suministrador exclusivo de alguna de las partes, las que quedan en libertad de seleccionar otros suministradores, o suministrados, de los diferentes conceptos objeto del contrato estipulado, tanto durante la vigencia del contrato, como en un momento posterior.

7- Su estipulación requiere autorización del gobierno. Conforme a las disposiciones del Acuerdo 3827/00 y de la Resolución 37/01 el encargado de la aprobación de los contratos de producción cooperada, era el Jefe del Organismo de la Administración Central del Estado (OACE), al que pertenecía la entidad nacional que suscribía el contrato, y correspondía al Ministerio para la Inversión Extranjera y la Colaboración Económica (MINVEC) el control de la ejecución de los mismos. A partir de la adopción del Acuerdo 5290/04, será el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros el órgano encargado de la aprobación de los referidos contratos,¹¹ previa evaluación por el

⁹Las actividades de Importación y exportación de mercancías vinculadas a los contratos que por el presente Acuerdo se regulan, se realizarán de conformidad con lo legalmente dispuesto; en consecuencia, cuando la empresa cubana parte en alguno de dichos contratos no tenga autorización para la realización de actividades de importación y/o exportación de mercancías y en el contrato esté previsto el suministro o compraventa de mercancías, el contrato o contratos que a tales fines se otorguen deberá ser suscrito por las entidades importadoras y/o exportadoras autorizadas.

Si como resultado de lo dispuesto en el párrafo anterior, el proveedor o suministrador de las mercancías resulta la misma persona que como parte extranjera concurre en los contratos a que se refiere el presente Acuerdo, la obligación de pago a dicho proveedor o suministrador extranjero será asumida por la empresa cubana parte en el contrato para la producción cooperada de bienes o la prestación de servicios, de administración hotelera, productiva o de servicios, según sea el caso, a partir de los ingresos que genere el propio negocio.

Las personas naturales y jurídicas extranjeras vinculadas a las formas de inversión de que trata este Acuerdo, no podrán realizar de manera independiente importaciones o exportaciones al o desde el país (Apartado octavo del Acuerdo 5290/04).

¹⁰Apartado décimo del Acuerdo 5290/04.

¹¹La decisión aprobando la firma del contrato se dicta dentro del término de 45 días naturales, contados a partir de la fecha de aceptación de la solicitud por el MINVEC (Apartado cuarto del Acuerdo 5290/04).

MINVEC¹² de las propuestas efectuadas por el jefe del organismo al que pertenece la entidad cubana parte en el contrato.

8- Es un contrato formal. Debe ser otorgado en escritura pública e inscripto en el Registro Mercantil para su entrada en vigor.¹³ (Ver artículo 2.1-f del Decreto-Ley 226/01 del Registro Mercantil).

NATURALEZA JURÍDICA

Si bien en el Acuerdo 5290/04 se considera el contrato de producción cooperada como una forma de inversión extranjera,¹⁴ en el apartado primero del mismo se dispone que no se considerará tal contrato aquel que revista características de las asociaciones económicas internacionales reguladas en la Ley 77/95 de la Inversión extranjera.

Históricamente desde que se conoce el concepto de inversión esta ha consistido en la aportación de bienes o capitales en función de llevar a cabo un negocio en común y estar a instancia de las utilidades que se logren, las cuales son repartidas en directa correspondencia con la aportación de los socios.

En la definición del Contrato de Producción Cooperada, no por equivocación se utiliza en el sentido que etimológicamente tiene el concepto de suministro, o sea, con la acepción de proveer y suministrar cosas efectos, concepto diferente al que , desde el mismo punto de vista se le confiere a la palabra aportar que significa llevar la parte que le corresponde a alguien en la sociedad de la que es miembro.

Desde el punto de vista , nuevamente, etimológico de las palabras que lo denominan tenemos que producción cooperada no puede ser otra cosa que el concierto de dos o más personas para llevar a cabo, conjuntamente, una producción determinada, o sea que debería ser aquella en la cual ambos socios, en caso de ser solo dos, tal y como lo preceptúa el referido Acuerdo, conciben llevar a cabo una producción, pero en ella para lograr la verdadera cooperación con el fin determinado se debería poner de manifiesto algún tipo de sociedad de las que , previamente se definen en la Ley 77.

¹²En el proceso de evaluación el MINVEC se hará asesorar por una comisión integrada de forma permanente por representantes del Banco Central de Cuba, el Ministerio de Economía y Planificación, el Ministerio del Comercio Exterior, el Ministerio de Finanzas y Precios, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y la Aduana General de la República, pudiendo ser asistido además por otros organismos de la Administración Central del Estado que a su consideración resulten pertinentes de acuerdo con las características del negocio en cuestión (Apartado quinto del Acuerdo 5290/04).

¹³Apartado décimo tercero del Acuerdo 5290/04.

¹⁴Ver apartados octavo y noveno del Acuerdo 5290/04.

En el contrato de producción cooperada, al igual que en el contrato de suministro, las partes obtienen la seguridad y la estabilidad en la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, pero a diferencia de este último, es siempre por un período de tiempo limitado (tres a cinco años), con la posibilidad excepcional de extensión y no admite, en ningún caso, la exclusiva.

Del típico contrato de compraventa lo separa el hecho de que en esta, el pago del precio de las mercancías entregadas o servicios prestados, generalmente no se hace depender de los resultados obtenidos por el receptor, en la comercialización de los mismos. En la producción cooperada se produce una relación de crédito con el aplazamiento del cumplimiento de la obligación de pago por la parte cubana de acuerdo con los resultados de la comercialización.

Concluimos que se trata de un contrato mixto que puede incluir varios objetos contractuales: suministro de materias primas, productos semielaborados, asistencia técnica, etcétera, de los que traen sus características esenciales al regularlos en el contrato de producción cooperada.

CONTRATOS FINANCIEROS

LIC. MANUEL BOYLE PACHECO

Los contratos financieros no obstante ser contratos de servicio y referirse a temas meramente financieros, han sido también reconocidos por diferentes legislaciones como contratos de colaboración y contratos de intermediación. Distintos autores y legisladores cubanos aceptan ambas acepciones o indistintamente una de ellas, pero coinciden todos en que son contratos para tratar temas únicamente financieros y es aquí donde radica su importancia.

Al encontrarnos frente a cualquier negociación, tendemos a ajustarnos al momento de la formalización a una de las formas de contratación ya existentes, tomando el derecho como fuente de contratación. Sin embargo, en determinadas circunstancias las operaciones mercantiles han tenido como consecuencia la aparición de nuevos tipos de contratos no reconocidos hasta ese momento. Un buen ejemplo de ello son los contratos que analizaremos en esta parte, los cuales constituyen una muestra más de aplicación mundial de prácticas surgidas en los Estados Unidos de Norteamérica y pensadas eminentemente, para la satisfacción de necesidades económicas del empresario.

Los contratos financieros que estudiaremos son:

1. Contrato de Arrendamiento Financiero o *Leasing*.
2. Contrato de Factoraje o *Factoring*.
3. Contrato de Franquicia o *Franchising*.
4. Contrato Confirmatorio o *Confirming*.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO O LEASING

El *Leasing* tiene su génesis en 1936, cuando la cadena Safeway Inc. conforma el embrión de lo llamado hoy *lease back*. El desarrollo de la Segunda Guerra Mundial posibilitó que se utilizara este mecanismo para financiar equipos bajo la cobertura de contratos gubernamentales.

El *Leasing* moderno, el financiero, nació en 1952. Un empresario norteamericano, D. P. Boothe Jr., necesitó incrementar la producción de su fábrica para cumplir un compromiso de entrega. Se le ofrecía la oportunidad de adquisición y renovación de la maquinaria especializada mas no tenía condiciones para realizar las inversiones requeridas. Fue así, que pensó en la posibilidad de que los equipos que requería fueran propiedad de una entidad bancaria y que esta se los alquilara, con una oferta de compra al finalizar el contrato. Todo fue un éxito y se lanzó a mayores retos. Constituyó la United States Leasing Corporation, (U.S. Leasing Corporation) con un capital de \$ 20,000.00 USD. Dos años más tarde financiaba bienes y equipos por tres millones de dólares estadounidenses.

A partir de 1960 se incrementa su utilización mundial a un ritmo anual del 15-20% y aparecen los *lease broker*, que se especializan en la intermediación y asesoramiento de los contratos.

En Francia aparece la Ley del 2 de julio de 1966, que regulaba lo que se conoce como *cédit bail* (crédito arriendo), en ella se dispuso por primera vez que las sociedades de *Leasing* deben obtener el estatuto de establecimiento financiero y estar sujetas a las reglamentaciones del crédito. En España se regula por primera vez por el Real Decreto-Ley 15/77 (25/02/77) Sobre medidas fiscales, financieras y de inversión pública; derogado posteriormente con el Real Decreto-Ley 26/1988 Sobre la intervención de las entidades de crédito. En ellos se define al arrendamiento financiero como: *aquellas que consisten en el arrendamiento de bienes de equipo, capital productivo y vehículos adquiridos exclusivamente para dicha finalidad por las empresas constituidas al amparo del propio Real Decreto-Ley y según las especificaciones señaladas por el propio usuario.*

El Contrato de Arrendamiento Financiero constituye una opción de financiación con la que cuentan los empresarios para desarrollar su actividad mercantil. Mediante este sistema de intermediación financiera se puede disponer de bienes de producción y servicios, sin tener que contar necesariamente con el capital total para su adquisición, sino que lo hacen por medio del pago de un alquiler o arrendamiento, es decir, el empresario dispone de un bien capital productivo y/o de servicios en forma de alquiler, durante el plazo que se pacte, mediante el pago de cuotas periódicas (generalmente en forma de cánones

mensuales). De esta forma el empresario garantiza el uso de bienes que no son de su propiedad, con lo cual asume determinadas responsabilidades, pudiendo llegar a ser el propietario futuro. Desde el punto de vista financiero, la ventaja radica en que existe una mayor conservación del capital de trabajo, que la permitida en una compraventa o suministro tradicional.

El contrato de *Leasing* ó arrendamiento financiero se encuadra dentro de las operaciones de crédito. Es un contrato que no puede tipificarse por ser solamente una operación de financiación a mediano o largo plazo basada en un contrato de arrendamiento de bienes, muebles o inmuebles.

Consiste en la cesión por parte de una sociedad de *Leasing* del uso de unos bienes a una persona (que previamente los ha elegido) mediante la percepción de cuotas periódicas y durante un periodo de tiempo determinado, al final del cual el usuario tiene derecho a ejercitar la opción de compra de tales bienes a un precio fijado en el mismo contrato.

Es un instrumento jurídico que permite trasladar cargas financieras inmediatas de la adquisición del bien o bienes que el usuario precisa a un tercero, la sociedad de *Leasing*, cuya actividad económica u objeto exclusivo consiste precisamente en la organización y realización de operaciones de estas características. Así como, para proporcionar un sistema de financiación que permita a las empresas y a otro tipo de entidades, disponer del denominado capital de uso. Es la conclusión de una serie de precontratos preparatorios, lo que implica mucho tiempo, siendo una de sus características la rapidez.

Catedráticos de varios países coinciden en que el *Leasing* resulta un contrato atípico, donde se mezcla el arrendamiento clásico, la cesión de propiedad para su uso, la promesa de venta, la compra a plazos y la compraventa definitivamente, además de constituir, por supuesto, una forma indirecta de financiación.

Se trata de una operación crediticio-financiera compleja, cuya información, perfección, ejecución y conclusión, discurren como un todo integrado por diversas fases, con diferentes valoraciones jurídicas, por lo que la naturaleza jurídica del *Leasing* dependerá de la estructura de la operación en la práctica del negocio.

La operación de *Leasing* generalmente requiere la intervención de tres partes: el Arrendador (Sociedad de Arrendamiento Financiero, conocidas también como de *Leasing*, u otra entidad que se dedique al tema), el Arrendatario (Empresario-Cliente que necesita arrendar bienes) y el Comercializador o Productor de dichos bienes. También existe la posibilidad de que para la operación específica no se requiera de un Comercializador-Productor de bienes, porque el Arrendador ya posea estos con anterioridad, que le fueron adquiridos en otra oportunidad a aquel.

El Arrendador se dedica exclusivamente a financiar la operación, interviniendo en la adquisición de los bienes, cediendo su uso y conservando la propiedad hasta el término del contrato, con lo cual garantiza el cumplimiento de las obligaciones contractuales del Arrendatario. Sin embargo, el Arrendador no asume los riesgos que se desprenden de la propiedad del bien, subrogando los efectos de los mismos, al Arrendatario en su posición frente al Comercializador-Productor. De esta forma, el Arrendatario se obliga a conservar los bienes obtenidos en cesión, corriendo con los riesgos de pérdida o deterioro, así como garantizando los necesarios mantenimientos y puesta a punto de los bienes por personal especializado designado o recomendado por el Comercializador-Productor. Por lo general, se obliga al Arrendatario a tomar a su cargo, una póliza de seguro que cubra la integridad de los bienes.

Las operaciones de *Leasing* tienen como características principales las siguientes:

El Arrendador siempre será Sociedades de *Leasing* (creadas a tal fin y dedicadas exclusivamente a ello) e Instituciones Bancarias y Financieras no Bancarias (que incluyen el *Leasing* como un servicio más).

El usuario elige el bien y designa su proveedor (Comercializador-Productor).

Se formaliza un solo contrato, donde el mantenimiento y conservación corren a cargo del Arrendatario, se pactan pagos periódicos y el plazo contractual es irrevocable. A la finalización del mismo, el Arrendatario puede ejercer la opción de compra o devolver el bien; también podrá concertar otro contrato con el mismo bien.

Entre las más notables bondades que ofrece, está la rapidez con que se obtiene un financiamiento, que por vía del crédito bancario podía extenderse su resolución por un período de tiempo superior, lo que iría en detrimento de la pronta solución a las necesidades crecientes de una empresa.

La obtención o renovación de bienes inmuebles, maquinarias, tecnologías, etc., se realiza sin requerir de una inversión inicial, como se precisa en las transacciones de compra.

Permite una amortización de los pagos en un período de tiempo muy superior a los permitidos en operaciones bancarias crediticias.

Mientras los créditos bancarios suelen matizarse de rigidez en sus condiciones y exigencias de garantías que resultan generalmente difíciles de obtener por las características de nuestro sistema empresarial, el *Leasing* ofrece mayor flexibilidad para la inversión y determinación de los intereses a fijar, además de contar como principal garantía, con la reserva por parte del Arrendador de la titularidad del bien, hasta la culminación del contrato.

El *Leasing* constituye una vía de adquisición de aquellos bienes de altos costos que resultan inaccesibles por la vía de la compraventa, considerando las grandes inversiones financieras que representan, que no son posibles cada vez que se hace necesario la actualización de las tecnologías, la renovación de los bienes y/o la adquisición de bienes imprescindibles.

Los costos de alquiler pueden ser amortizados con los propios ingresos que se generen de la explotación de los bienes arrendados.

Ofrece beneficios fiscales para el Arrendatario (persona natural o jurídica), ya que el canon mensual que se paga es deducible de impuestos.

Permite al Arrendatario adquirir un bien con un esquema de pagos que se ajusta a sus necesidades y a su flujo de caja.

Existe igualmente otra modalidad de Arrendamiento, conocida como el *Leasing* operativo, arrendamiento operativo y más comúnmente llamado *Renting*, que consiste en una modalidad de alquiler a corto, mediano y largo plazo de bienes, donde el Arrendatario se compromete al pago de una cuota (renta) fija mensual durante el plazo contractual a una Compañía de *Renting* y esta se compromete a ceder el uso y disfrute del bien, brindarle mantenimiento y correr con el seguro, entre otros. El *Renting* en Cuba se pone de manifiesto fundamentalmente en las sociedades de rentas inmobiliarias y de autos (Rent A Car).

Dado el escaso y todavía insuficiente tratamiento en nuestra legislación al *Leasing*, debido a la reciente introducción de esta modalidad en nuestras relaciones comerciales, nos acogemos al formular un contrato de *Leasing*, a lo que en materia de arrendamiento y compraventa viene regulado en nuestro Código Civil y a los principios que sobre esta última se regula en el Código de Comercio vigente (donde no aparece el contrato de *Leasing*, téngase en cuenta que el mencionado Código es de 1885), quedando aún insuficiente el basamento jurídico al tener en cuenta el elemento trilateral que asiste a este tipo de contrato, donde no se puede olvidar la existencia del suplidor o proveedor como tercera parte en la operación con funciones muy bien establecidas y no menos importantes, que quedaron defendidas con ardor en la Convención de Ottawa de 1988 sobre Arrendamiento Financiero Internacional.

Las principales legislaciones donde aparece o se regula la institución son:

- Decreto Ley 173 (28/05/97), Sobre los Bancos e Instituciones Financieras No Bancarias.
- Resolución No. 70, Banco Central de Cuba. (16/08/2001)
- Resolución No. 686, Ministerio de Economía y Planificación. (24/12/2002)

- Resolución No. 687, Ministerio de Economía y Planificación. (24/12/2002)
- El Decreto-Ley No. 173 Sobre los bancos e instituciones financieras no bancarias, establece, en el punto 8 del artículo 1, que *...las entidades de arrendamiento financiero (Leasing) de bienes, muebles e inmuebles*, son una de las formas que puede adoptar la institución financiera no bancaria.
- La Resolución No. 70/2001, del Banco Central de Cuba, de fecha 16 de agosto del 2001, definió como *arrendamiento financiero ... la actividad de intermediación financiera realizada mediante contrato escrito, a través de la cual una institución financiera que actúa como arrendador se obliga a adquirir determinados bienes en propiedad y a conceder su uso y goce a plazo determinado, a un cliente que actúa como arrendatario; obligándose este irrevocablemente a amortizar como contraprestación en pagos parciales, el valor de adquisición de los bienes, los intereses y los costos de administración y cobro si los hubiere. Al finalizar el plazo pactado el arrendatario tiene derecho a ejercitar la opción de compra del bien, mediante el pago de la suma final acordada.*

El artículo 14 de la mencionada Resolución establece que, *Quienes pretendan adquirir mediante arrendamiento financiero un vehículo o medio automotor, deberán acreditar a los arrendadores, las autorizaciones de los organismos rectores en el sector al cual se subordinan, en correspondencia con lo establecido en las disposiciones vigentes.*

- El 28 de diciembre de 1998 se firmó la Resolución No. 195 del Ministro de Economía y Planificación, la que pretendió, por su parte, enfrentar la falta de previsión en los planes anuales de inversión de las adquisiciones mediante el arrendamiento financiero, considerando que los clientes identifican al arrendamiento financiero como un medio para disponer inmediatamente de los bienes necesarios para su actividad empresarial, sin que tal operación fuere contemplada en los planes económicos (en su caso), y no como una opción de financiación ventajosa, con la posibilidad de adquirir los bienes a mediano plazo. Esto contradice el sistema de planificación existente en el país para su sistema empresarial, independientemente del marco jurídico público o privado que este adopte. En esta Resolución se admitió la adquisición de vehículos automotores a través del *Leasing*, siempre que esta fór-

mula se emplee adecuadamente y bajo los mismos principios restrictivos aplicables a la compra directa; además, se exigió que, para la aprobación del arrendamiento financiero con opción de compra, los equipos a financiar a través de este mecanismo estuvieran incluidos en la demanda de equipos presentada al Ministerio de Economía y Planificación por los Organismos de la Administración Central del Estado y los Consejos Provinciales de la Administración en su propuesta de plan anual.

Asimismo, estableció Indicaciones para el Arrendamiento (*Leasing*) de Equipos, respecto al arrendamiento financiero, esta Resolución ya fue derogada por las resoluciones 686 y 689, ambas de fecha 24 de diciembre del 2002, y publicadas en la *Gaceta Oficial Ordinaria* No. 3/2003. Ambas resoluciones pretenden perfeccionar el mecanismo anteriormente establecido, en especial, lo referido a vehículos automotores.

Res. 687/02 (Con opción de compra). *Teniendo en cuenta que la modalidad del arrendamiento con opción de compra, o Leasing financiero, supone que el equipo arrendado pasará a ser un activo de la entidad o sea que está implícito en la decisión “la ejecución futura de una inversión, la aprobación de este contrato será responsabilidad del Ministerio de Economía y Planificación, quien asignará estos equipos mediante un mecanismo similar al establecido para los que se adquieren por otras vías de financiamiento, incluyendo la aprobación correspondiente del MITRANS, cuando se trate de equipos automotores.*

Los equipos automotores a adquirir mediante esta modalidad de arrendamiento, deberán ser incluidos en la demanda de equipos que se presente al Ministerio de Economía y Planificación por los Organismos de la Administración Central del Estado y los Consejos Provinciales de la Administración en su propuesta de plan anual.

De tal forma, para acceder a la aprobación de este arrendamiento, los equipos a financiar por esta modalidad deberán estar incluidos en la autorización de compra de equipos del año en cuestión.

El futuro arrendatario de equipos automotores, bajo la modalidad de opción de compra, previo a la concertación del contrato viene obligado a justificar al futuro arrendador la aprobación expresa del Ministerio de Economía y Planificación; así como las demás autorizaciones que correspondan de acuerdo con las disposiciones vigentes.

En todos los casos, al efectuar los pagos correspondientes, el Banco Central de Cuba indicará a todos los bancos que comprueben la existencia de la documentación aprobatoria prevista antes de hacer efectiva cada operación de Leasing (...)

Res. 686/02 (Sin opción de compra). *El arrendamiento sin opción de compra o Leasing operativo, es aquel contrato mercantil mediante el cual el propietario del bien, o arrendador, permite al usuario o arrendatario, el goce y uso del equipo, por un período determinado de tiempo, mediante el pago de cuotas regulares de arrendamiento, restituyendo la posesión del bien al arrendador una vez vencido el término de vigencia del contrato.*

Solo pueden intervenir como arrendadores en los contratos de arrendamiento sin opción de compra o Leasing operativo, aquellas entidades estatales o privadas que lo tengan autorizado en su objeto social, y que consecuentemente, posean la correspondiente licencia comercial, excepto en el caso de que la autorización se refiera a la renta de autos con destino al turismo, la cual estará sujeta a normas especiales y no puede ser utilizada por las entidades 100% cubanas tanto estatales como privadas.

Solo procede cuando se produzcan incrementos temporales de niveles de actividad o servicios, siempre que exista la necesidad de este tipo de arrendamiento, y la duración del contrato no puede exceder de 6 meses naturales.

En ningún caso procede el arrendamiento sin opción de compra, o Leasing operativo de equipos ligeros, excepto paneles y camionetas debidamente vinculados a incrementos temporales de niveles de actividades y/o servicios en momentos que justifiquen el gasto que se propone realizar; excepto en el caso de que la autorización se refiera a la renta de autos con destino al turismo, la cual estará sujeta a normas especiales y no puede ser utilizada por las entidades 100% cubanas tanto estatales como privadas.

Regulaciones accesorias:

- Ley No. 173 Del Sistema Tributario, del 4 de agosto de 1994
- Resolución No. 33, Ministerio de Finanzas y Precios. (27/12/1995)
- Resolución No. 10, Ministerio de Finanzas y Precios. (28/12/1997)
- Acuerdo No. 30 Consejo de Dirección del Banco Central de Cuba. (26/02/2000)
- En materia tributaria la Ley No. 173 Del Sistema Tributario, del 4 de agosto de 1994 y el Reglamento del Impuesto sobre Utilidades (Resolución 33/95), como legislación complementaria de la misma. Las sociedades que se dedican a operaciones de financiamiento (y que dentro de su objeto social esté realizar operaciones de *Leasing*) deben abonar un impuesto sobre utilidades como resultado de la operación en sí. Si se tratase de un *Leasing* inmobiliario, no se puede

olvidar que al amparo de la legislación mencionada en caso del arrendatario optar por la compra del inmueble corresponde abonar el impuesto sobre transmisión de bienes inmuebles.

- La Resolución 33 de 27 de diciembre de 1995 del Ministerio de Finanzas y Precios, que puso en vigor el Reglamento del impuesto sobre utilidades, establece en su artículo 38: *Cuando se trate de activos cuya adquisición se derive de contratos de arrendamientos financieros con opción de compra, únicamente será depreciado el valor residual por el que se efectuó la compra.* Los pagos de intereses serán deducidos en todos los casos, al ser considerados como gastos financieros (artículo 47 d) Resolución 33/95).
- La Resolución 10 de 28 de febrero de 1997 del Ministerio de Finanzas y Precios, *Sobre los Principios de contabilidad generalmente aceptados, Normas de valoración y exposición y Nomenclador de cuentas nacional para el sector público y los estados financieros que deben elaborar las entidades públicas y privadas*, siguiendo lo establecido en el Anexo 2 de la derogada Resolución 13 de 20 de abril de 1994 del otrora Comité Estatal de Finanzas, regula la *Adquisición de equipos por pagos aplazados o por arrendamiento con opción de compra* en los términos siguientes:
 - El costo de los activos se reconoce por el valor principal.
 - El valor de los activos se deprecia o amortiza, atendiendo a la vida útil del bien.
 - Es optativo por parte de la entidad, considerar el activo adquirido por el método de arrendamiento de bienes con opción de compra, como activo fijo tangible o intangible.
 - Si se reconoce como activo fijo intangible, cuando se ejerza la opción de compra, el valor reconocido del bien y su correspondiente amortización acumulada se dan baja en las cuentas respectivas, pasando a formar parte del valor de los activos fijos tangibles y de su depreciación acumulada.

Por lo anterior se reconoce que en estos casos de adquisición de equipos o máquinas costosas por arrendamiento financiero con opción de compra, el costo del Activo se reconoce por el valor del principal. El valor del Activo se deprecia o amortiza atendiendo a la vida útil del bien y especifica que es optativo por la entidad arrendataria, considerar el activo por el método del arrendamiento de bienes con opción de compra, como Activo Fijo Tangible o como Intangible y de reconocer como Intangible, cuando se ejerza la opción de compra, el valor reconocido del bien y su correspondiente amortización acumulada

se dan de baja en las cuentas respectivas, pasando a formar parte del valor de los Activos Fijos Tangibles y de su depreciación Acumulada.

El Acuerdo No. 30 del Consejo de Dirección del Banco Central de Cuba, adoptado el 26 de febrero del 2000 establece, a los fines de aprobar el Plan de cuentas mínimo aplicable a las entidades financieras cubanas, el procedimiento a seguir en la contabilización de las operaciones de *Leasing*, lo cual deberá realizarse en dos momentos: cuando la entidad financiera adquiere el bien que será objeto del futuro contrato de *Leasing* y cuando el contrato en cuestión se formalice.

CONTRATO DE FACTORAJE O FACTORING

Por regla general, este tipo de contratos se aplica por la necesidad de los empresarios, ya sean productores o comercializadores, de contar con alguna entidad que asuma los servicios de contabilidad de la empresa, incluyendo la facturación y su cobro.

Este contrato es de reciente desarrollo y tiene su origen fundamentalmente en la práctica comercial norteamericana, aunque ha cobrado significación económica y utilidad amplia en otros países capitalistas europeos.

La importancia práctica de esta institución en el comercio moderno, tanto nacional como internacional, resulta de la magnitud que ha alcanzado en los Estados Unidos donde actualmente existen unas 100 sociedades que en 1970 tuvieron operaciones de *Factoring* por USD 10,000 millones, destacándose uno de los cinco gigantes de esta actividad, la entidad Helier & Talcott que logró operaciones por USD 3,000 millones en el referido año.

Uno de los problemas que se plantean en determinadas empresas, especialmente las dedicadas a ventas, es la complejidad del control de los cobros, la inversión de tiempo que entraña la gestión de los mismos y la necesidad de dedicar un equipo humano al seguimiento y gestión de todo ello con los consiguientes gastos.

Debido al desarrollo alcanzado por esta actividad y la necesidad cada vez más creciente de los empresarios, se han venido creando las Sociedades de *Factoring* (Factor), las cuales asumen toda la contabilidad de la empresa en cuestión (Cliente), facturando y subrogándose a la vez en su lugar, llegando incluso el Factor, como expresión más acabada de este tipo de contrato, a anticiparle al Cliente el importe que adeuda en facturas antes del vencimiento de su cobro, deduciendo por supuesto los correspondientes intereses.

De esta forma se garantiza que el cliente a cambio de una suma previamente acordada, ya sea por comisión o importe fijo en determinado tiempo, mantenga actualizada su contabilidad, realice la gestión de facturación y cobro de esta, cubra su insolvencia temporal y cuente con un crédito anticipado

por el importe de las facturas por cobrar, con lo cual puede mantener circulando el capital de trabajo de la empresa y emplearlo en nuevas gestiones.

El *factoring* no es más que una transferencia de crédito comercial por parte del titular del mismo a un tercero (factor), que se encarga del cobro de los efectos producidos mediante una retribución, añadiéndose a ello la realización de operaciones de crédito con la garantía de los futuros cobros.

Puede también definirse como aquel contrato en que el acreedor da su crédito a otra persona (factor), quien hace efectivo el crédito y se encarga igualmente de la contabilidad del primero, así como de cualquier actividad relacionada con el cobro del crédito.

Principales características de estos contratos:

- Se dedican a la gestión y cobro de los créditos cedidos por el empresario y aceptados en cada caso por la sociedad, la cual asume conforme al contrato ya suscrito, el riesgo de insolvencia de los deudores del empresario.
- La sociedad paga a su cliente el importe de las facturas recibidas y se encarga de cobrarlas a los respectivos deudores; puede cobrarlas a su vencimiento o con antelación, con el respectivo descuento.
- A través de la sociedad, se prestan servicios complementarios de investigación de la clientela que conforma la contraparte, informes comerciales, contabilidad de ventas, etc.
- Es un contrato de creación moderna, de carácter atípico y complejo, que reúne características de otros tipos de contratos y en el que concurren otros elementos.
- Se considera un arrendamiento de servicios, porque el factor presta servicios de los que descarga al cliente.
- Hay presente una asunción de créditos, puesto que facilita y anticipa créditos sobre vencimientos futuros, convirtiéndose en una operación puramente crediticia.
- Existe una cesión temporal, pues de no ser pagados los créditos cedidos, se devuelven al cliente.

Siendo un contrato entre dos partes, surge un tercer elemento: el deudor. Existen el actor (factor), el cliente (empresario) y el deudor del cliente, de cuya gestión de cobro se encarga el factor.

Se distinguen en los países europeos dos categorías de factores:

El *New Line Factor* conforme al cual una sociedad creada en el seno de una entidad bancaria preexistente y que integra un departamento especializado del mismo, lleva a cabo negocios de esta naturaleza.

El *Old Line Factor* o Factor no Integrado es el que la gestión no depende de los bancos, pero sí se emplean o exigen relaciones financieras con los mismos, ya que la realización de los negocios de la entidad de Factoring le obliga a recurrir al crédito, aunque conserva su independencia jurídica y comercial.

El *Factoring* como institución jurídica, ha encontrado respaldo en la legislación de diversos países como por ejemplo Bélgica, Francia, Gran Bretaña y naturalmente Estados Unidos.

CONTRATO DE FRANQUICIA O *FRANCHISING*

Este resulta el típico contrato mediante el cual un empresario (franquiciador) introduce sus productos o servicios en el área geográfica de otro (franquiciado). Con esto se logra que se extiendan las empresas facilitando su distribución comercial, al crearse redes o cadenas de ventas de productos y/o prestación de servicios en sectores disímiles, aunque fundamentalmente se aprecian en alimentos, bebidas y licores, ropas, muebles, efectos electrodomésticos, cigarros y tabacos, entre otros.

El franquiciado deberá pagar un canon o royalty al franquiciador por la distribución de sus productos o prestación de servicios, los cuales poseen determinado prestigio en el mercado y se encuentran amparados por marcas y patentes inscritas a tales efectos.

En este tipo de contratos se pone de manifiesto todo lo relacionado con los derechos de propiedad industrial, debido a que el franquiciador concede una franquicia para que el franquiciado distribuya productos y/o servicios que ya tienen marcas, patentes y/o nombres comerciales reconocidos y establecidos en el mercado, que por demás, están debidamente registrados. En este sentido las partes reconocen para la franquicia en cuestión, cualquier marca, nombre comercial, sello de origen, signos, cuño oficial, otros sellos, etc., que se encuentren inscritos por el franquiciado.

El franquiciador prestará al franquiciado toda la asistencia que este último pueda requerir razonablemente, en relación con cualquier interferencia o violación de sus derechos de acuerdo con el contrato que suscriban. Asimismo, brindará toda la asesoría técnica, financiera y comercial que el franquiciado pueda requerir antes y durante la utilización por el mismo de los productos y/o servicios objeto de franquicia, para garantizar y mantener el más alto nivel de profesionalidad y prestigio de los mismos, así como del personal que trabajará directamente con estos. De esta manera, el franquiciador traslada todo su *Know How* en interés de la mejor distribución de su producto y/o servicio.

En caso de ser necesario, el franquiciador proporcionará al franquiciado el Manual de Identidad Visual y de Servicios correspondiente, así como cualquier otro documento que considere oportuno para asegurar la homogeneidad de la imagen y el servicio que ha de caracterizar a la franquicia otorgada.

Resulta muy importante que el franquiciador realice controles periódicos a los productos o servicios que se comercializan, para establecer si el franquiciado está cumpliendo con los requerimientos que se le impusieron en el contrato firmado entre las partes, teniendo en cuenta que el franquiciador por lo general exigirá condiciones de presentación y exposición (*merchandising*) para sus productos y/o servicios que no pueden ser incumplidas por el franquiciado. Así mismo, existirán determinados parámetros que se deben cumplir en cuanto a la fecha de vencimiento del producto y cualquier cambio o modificación que este pudiera sufrir durante su manipulación, lo cual lo haría quedar no disponible para su venta.

El franquiciador deberá prestar en todo momento, durante la vigencia del contrato, su mayor atención a la defensa y protección de la marca y/o similares franquiciados.

En el cuerpo del contrato será muy importante que el franquiciador establezca claramente el uso y alcance que dará el franquiciado a los productos y/o servicios objeto de franquicia.

La relación jurídica que se origina en un contrato de franquicia, permite diseminar los productos y/o servicios en nuevos mercados a los que el productor o distribuidor que posee la marca registrada no puede llegar por sus propios medios o no le conviene comercialmente, debido a los gastos que ello le ocasionaría.

En Cuba, contamos con contratos de franquicia para la distribución en el exterior de productos como el tabaco y el ron, ampliamente conocidos en todo el mundo.

CONTRATO CONFIRMATORIO O CONFIRMING

Es un contrato surgido recientemente en el derecho bancario como un proceso de la evolución de la gestión de cobros y pagos de las empresas y la implicación de las Entidades Financieras en esa administración de los flujos de tesorería.

Su nombre surge del *factoring* como una posición inversa al mismo porque en este se gestiona la cuenta del activo empresarial clientes y en el *confirming* se administra la cuenta del pasivo proveedores.

El *confirming* podría definirse como el contrato por el cual una entidad financiera (factor) se encarga de la gestión de los cobros y pagos de los proveedores de una Empresa (cliente) asumiendo plenamente los riesgos de

las operaciones confirmadas (incluidas en el contrato de *confirming*) y la administración y la llevanza contable de los flujos tesoreros derivados de esta cuenta de pasivo a corto plazo.

Es al igual que el *factoring*, un contrato mercantil de financiación, consensual, de duración, normativo y bilateral.

Vázquez García define los aspectos básicos del contenido del *confirming*, al señalar que se trata de una operatoria financiera, por la que el Cliente pone en antecedentes a la Entidad Financiera, de las facturas de sus proveedores que ha aceptado y que está obligada a pagar a su vencimiento. La descripción de estas suele ser lo más pormenorizada posible, e incluso se puede añadir un compromiso de periodicidad en las comunicaciones y devengo de las facturas. La Entidad Financiera, a su vez, lo comunica al proveedor de su inicial cliente y comunicante, que ha de recibir al vencimiento acordado, en la documentación que soporte la operatoria comercial, el pago de la misma mediante un medio emitido y girado por la Entidad Financiera. Esta se reserva la posibilidad de financiar al cliente o al proveedor, bien sea mediante la operatoria de crédito acordada, respecto al primero, o vía descuento en lo que se trate del segundo.

El contrato confirmatorio soluciona muchos de los problemas derivados de los cobros y pagos de la cuenta de proveedores, ya que a la presentación de las facturas, normalmente en soporte electrónico, el proveedor se asegura el pago por la Entidad Financiera confirmatoria que asume el riesgo de la operación y se evita la emisión de títulos cambiarios (letras, pagarés, etc.), con sus trámites administrativos adicionales, lo que supone también ahorros de costes en la gestión.

Para la Entidad Financiera el contrato confirmatorio –*confirming*– comporta también grandes ventajas, pues gestiona el pago de todos los proveedores de la empresa, a cambio de unas comisiones, y puede realizar, además, operaciones crediticias de descuento y anticipo en los pagos aplazados.

A pesar de ser un contrato financiero moderno, su uso se encuentra difundido por resultar una garantía para las partes de la buena gestión de cobros-pagos, teniendo en cuenta que esta es asumida por una entidad financiera, la cual responderá según los compromisos asumidos en cada momento.

LOS CONTRATOS DE DEPÓSITO Y PRÉSTAMO MERCANTILES

LIC. JOHANNES SAN MIGUEL GIRALT

Ambos contratos presentan similitudes que justifican su tratamiento doctrinal unitario. Analicemos brevemente cada uno de ellos.

CONTRATO DE DEPÓSITO MERCANTIL. CONCEPTO

Este contrato no se encuentra conceptualizado en el Código de Comercio; queda para el Código Civil la definición de Depósito, regulando solamente los criterios de mercantilidad del contrato y sus efectos jurídicos, así como de la regulación de supuestos especiales de depósito, típicos del tráfico mercantil.

El depósito es un contrato donde una persona (depositante) traslada la posesión de un bien a otra persona (depositario) con la finalidad de custodia y conservación por este último, cumplida dicha finalidad, queda obligado el depositario a la devolución de dicho bien.¹

CRITERIOS DE MERCANTILIDAD

El Art. 303 del Código de Comercio establece cuales son los criterios de mercantilidad de este contrato, o sea, los criterios en virtud de los cuales un

¹Esta definición de depósito es propia del Código Civil que opera también para el Código de Comercio en virtud del artículo 50 del mismo, en relación con el artículo 8 del Código Civil Cubano y su Disposición Final Primera.

depósito se reputa mercantil y no civil, escapando así de la regulación que tiene previsto el Código Civil Cubano en sus Art.s 423 al 428. Estos requisitos están referidos a tres de los elementos del contrato.

El primero de ellos es **de orden subjetivo** cuando exige que al menos el depositario sea empresario mercantil (303.1 del Código de Comercio). Ello significa que la condición de empresario del depositante no interesa a los efectos de reputar un depósito como mercantil, lo que realmente importa es que sí lo sea el depositario; este debe ser un empresario individual o social que se dedique de manera profesional y habitual a realizar una actividad económica con fin de lucro, de obtención de utilidades del mercado. No necesariamente el depositario ha de ser alguien que se dedique específicamente a la prestación de servicios de depósitos, basta con que esté previsto en el objeto social y que de alguna manera esté autorizado a ello.

El segundo de los requisitos –**criterio de índole objetiva**– que exige el Código de Comercio para reputar mercantil un contrato de depósito está referido al elemento real: que el bien en depósito sea objeto de comercio (303.2 *eiusdem*).

El tercero de los requisitos –**criterio de índole causal**– exige que el depósito sea en sí una operación mercantil o que esté en relación causa-efecto con otra relación mercantil (303.3 *eiusdem*). En otras palabras, requiere que sea un acto de comercio, principal o accesorio a otro acto de comercio al cual sirve.² El concepto legal de acto de comercio se encuentra en el Art. 2 del Código de Comercio, que indudablemente no ofrece concepto alguno, sino que remite al contenido del propio Código, en este caso a los artículos 303 y siguientes nuevamente, de esta manera resuelve tautológicamente, con remisiones circulares la cuestión del acto de comercio.³ La solución queda entonces en el arbitrio judicial que considerará según criterios legales si la operación es mercantil o no, teniendo en cuenta

²El depósito mercantil como acto de comercio principal o accesorio es determinable según la esencialidad en la finalidad económica de tal depósito. Las situaciones de depósito generadas en los contratos de compraventa, comisión, transporte no son principales desde el momento mismo en que no constituyen la obligación fundamental de ninguna de las partes contractualmente vinculadas.

³URÍA considera que es innecesaria tal redacción del artículo 303.3 por ser una *contradictio in terminis* señalar tales requisitos a un contrato que ya es una operación mercantil al estar incluida en el Código como se predica de su artículo 2 (Uría: 822), de similar opinión es Sánchez Calero (275) y Broseta Pont –aunque este último más benévolo con el redactor del Código. Por su parte, Vicent Chuliá, haciendo honor al título de su clásico *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, “resuelve” el enigma del artículo 303 predicando del apartado

para ello los usos y costumbres de cada plaza, tal y como está previsto en el citado Art. 2 del Código de Comercio.

CLASIFICACIÓN

El Depósito Mercantil se clasifica de la siguiente manera:

- Según la existencia de contraprestación: puede ser **depósito retribuido** o **depósito gratuito**: el primero de ellos supone la existencia de un pacto de retribución por la gestión de custodia y conservación del bien objeto del contrato, esto es lo que suele ocurrir en los predios mercantiles, hablamos generalmente de empresarios en el ejercicio de actividades económicas en el mercado y que por ello van a perseguir siempre un beneficio, en este caso, tanto depositante como depositario. También las partes pueden pactar lo contrario, que la gestión de custodia y conservación se realice de manera gratuita, sin obligarse el depositario a realizar ninguna actividad a favor del depositante como retribución ni mucho menos el pago en metálico de ninguna cifra, o la cancelación de una deuda u obligación del depositario a favor del depositante. Solamente en virtud de pacto expreso el Código de Comercio presume la gratuidad del contrato de Depósito Mercantil (Art. 304 del Código de Comercio), lo cual supone que el depositante no queda obligado a contraprestación alguna.
- Según el objeto del contrato: puede ser **depósito de dinero**, **depósito de títulos valores** y **depósito de mercancías en general**. El primero de los tipos de depósitos se encuentra en franco desuso, ha sido sustituido por los depósitos bancarios con su regulación especial, solamente vale decir que se regula muy sucintamente en el Art. 307 Código de Comercio. El segundo de los depósitos, de títulos valores, a diferencia del resto tiene como objeto bienes que son altamente fructíferos,⁴ por lo que extienden el deber de custodia y conservación del depositario a la ejecución del cobro de estos aun cuando

1 y 2, requisitos de mercantilidad simultáneos y vistos desde el punto de vista del depositario, mientras que el apartado 3 es un requisito alternativo y visto desde el punto de vista del depositante. Vicent Chuliá no pierde aquí la oportunidad de encontrar “inconsistencias” en las obras de Uría, Sánchez Calero y Broseta Pont, imputándoles una interpretación doctrinal errónea y desajustada respecto a este precepto.

⁴Dícese en Derecho Civil de los bienes con posibilidades potenciales de generar frutos civiles, lo que en Derecho Mercantil serían los intereses o réditos.

supongan la realización de actos jurídicos para hacerlos efectivos. El tercero de los depósitos mencionados es el más común y, por lo tanto, no necesita de regulación especial dentro del Código de Comercio, solamente se le da trato especial a aquellos depósitos realizados en almacenes generales. Los **Almacenes Generales de Depósito** son entidades económicas cuyo objeto social consiste en la recepción, custodia y devolución de mercancías, con la consiguiente emisión de documentos que certifiquen el derecho del depositante sobre esos bienes (resguardos de depósitos) o el derecho de otros sobre estos en garantía (*warrant*). Cumplen una función económica muy importante en el mercado⁵ y los depósitos que realizan se regulan en el Art. 310 del Código de Comercio. Los certificados de depósito y los *warrants* constituyen auténticos títulos valores representativos del derecho que su titular tiene sobre esos bienes y a través de ellos se facilita la libre transmisibilidad de los mismos en el mercado.⁶ Aunque tal derecho de propiedad tiene límites,⁷

⁵Determinada por las ventajas que significa depositar mercancías en estas instituciones: permiten la inmovilización físico-mobiliaria evitando los riesgos del traslado de los bienes, lo que a su vez, facilita la circulación ficta de los mismos en el tráfico a través de documentos representativos. Constituyen un elemento de financiación empresarial (Sánchez Calero: 282), cuando el empresario puede aumentar la productividad económica de los bienes mediante emisión de *warrants*, etc. Se libera el depositante de los costos fijos en los que incurriría por concepto de almacenaje en instalaciones propias. Finalmente logra confiar su mercancía a profesionales especializados en la actividad económica, especialización propia de la habitualidad y profesionalidad en el sector.

⁶Son dos títulos valores asociados a derechos de propiedad, en tal sentido se diferencian de la letra de cambio, el cheque y el pagaré, por el tipo de derecho que representan: en los tres últimos, está presente un derecho personal. Son títulos de tradición libremente transmisibles por cesión o endoso según su categoría. Mientras el certificado de depósito documenta jurídicamente un derecho de propiedad sobre los bienes muebles depositados en un almacén general (que han de ser de calidad homogénea, aceptada y usada en el mercado), el *warrant* es un título valor acreditativo de un derecho real de garantía, particularmente la prenda. En el comercio, suelen circular ambos, pero con esas condiciones, el *warrant* es accesorio siempre al certificado de depósito, por lo que puede endosarse un certificado de este tipo en el cual el bien mueble objeto del derecho esté gravado con prenda cuyo titular puede acreditar con un *warrant*. En tal sentido, la acción del acreedor pignoraticio para hacer efectivo su crédito siempre se dirigirá contra el titular legítimo del certificado de depósito, habida cuenta del derecho real que el mismo acredita.

⁷El titular de un certificado de depósito, para exigir la restitución de sus bienes en el Almacén, ha de “rescatar” los *warrants* que otorgan derecho real de garantía contra él. El Almacén responde ante el acreedor pignoraticio por la deuda en cuestión si entrega los bienes gravados al titular del certificado de depósito a sabiendas del gravamen. Por su parte, el titular del

Dentro de los depósitos de mercancías en almacenes generales, vale hacer la distinción entre depósito **separado** y **colectivo**. El depósito separado consiste en la variante más sencilla de depósito mercantil y la que menos problemas plantea, un depositante entrega un conjunto de bienes determinados, individualizables, que el depositario custodiará y conservará para posterior devolución al depositante de esos bienes específicos, no de otros; es decir, no se pierde la individualidad del bien en depósito. En caso de ser colectivo, el depositante es dueño de una cuota sobre un conjunto de bienes, todos fungibles, de igual especie y calidad, o sea, el depositario no está obligado a devolver exactamente el mismo bien, sino que devuelve otro de la misma especie y calidad, **sin haber sido anteriormente consumido por el depositario**.⁸ Aquí el bien ha perdido su individualidad al ser confundidos con otros de igual naturaleza, por lo que el depositante solo puede exigir la devolución de una cantidad equivalente de ese bien que no necesariamente es el que depositó. El depósito colectivo opera solamente en productos típicos que permiten ser confundidos por su especie en el tráfico mercantil, ejemplo de ello son los *commodities*.⁹

- Según las obligaciones del depositario, el depósito puede ser **simple** ó **administrado**: en el depósito simple estamos en presencia de una relación contractual donde el depositario queda obligado a la custodia y conservación en términos comunes regulados en el Art. 306 del Código de Comercio. Sin embargo, la propia disposición normativa, salvo pacto en contrario, establece posteriormente en el Art. 308 mayor amplitud en las obligaciones del depositario en lo que concierne a custodia y conservación en caso de que el objeto sea título valor u otro documento que contenga derechos fructíferos, que generen ganancias, intereses, réditos. Aquí el Código aclara que la obligación de conservación del depositario irá encaminada específicamente a la realización de todo acto jurídico que permita obtener los beneficios que estos documentos devenguen y oponerse y actuar ante cualquier circunstancia que suponga disminu-

warrant, tiene el derecho, ante el vencimiento del crédito garantizado, de exigir la ejecución de los mismos conforme a la ley procesal, para así satisfacer esos créditos.

⁸El hecho de no haber sido consumido por el depositario es una de las notas que distingue el depósito regular del irregular o préstamo.

⁹ Son mercancías comúnmente denominadas como géneros, y constituyen productos básicos caracterizados por cualidades típicas previamente acordadas por la comunidad negocial de determinada plaza. Usualmente son los comercializados en Bolsa de productos.

ción o merma del documento en cuestión, todo esto en virtud del 308 del Código de Comercio¹⁰. De cualquier manera, en los predios mercantiles domina la voluntad de las partes, quienes pueden convenir el tipo de depósito que entiendan, según las obligaciones del depositario e incluso exonerar a este de las mismas.

- Por último, según el derecho transmitido, el depósito puede ser **regular** o **irregular**: es regular cuando solo se trasmite la posesión del bien con la estricta finalidad de custodia y conservación, tal y como reza el fin económico que cumple el contrato de depósito, en ese sentido, el depositario no puede realizar ningún acto de disposición sobre el bien que se le confió en depósito; cumplida la finalidad para el depositante, el depositario entrega el bien a este. En el caso del depósito irregular, el depositante no trasmite solamente la posesión del bien con finalidad de custodia, sino todo el derecho de propiedad, es decir, la plena titularidad, de manera que el depositario puede disponer del bien, por ejemplo, enajenándolos; su única obligación sería la devolución de bienes de la misma especie y calidad (*tantundem eiusdem generis et qualitatis*) en un momento posterior. El depositante pierde su derecho real sobre ese bien y adquiere un derecho personal contra el depositario.¹¹ El depósito irregular es *a priori* un depósito, porque se logra la finalidad económica que persigue todo contrato mercantil de este tipo: en este caso, el depositante logra obtener en el futuro bienes como los que depositó sin tener que correr por su cuenta los riesgos del almacenaje;¹² el depositario por su

¹⁰Incluye la actividad en función de evitar la depreciación de los bienes en depósito (Broseta: 462).

¹¹Funciona el depósito irregular bajo los siguientes presupuestos: que el objeto del contrato sean bienes fungibles, que el depositante ceda el derecho de propiedad concediéndole al depositario la facultad de disposición sobre los mismos. Puede entenderse como mera sustitución de la titularidad del depositante sobre los bienes por el derecho a exigir la restitución del *tantundem* (Broseta: 461).

¹²No deja —para algunos autores— de ser un depósito mercantil. Sánchez Calero interpreta el artículo 309 de una manera muy particular, conservándole al depósito irregular su *nomen iuris* aunque su régimen esté en el préstamo mercantil. Conserva el carácter depósito siempre que mantenga la finalidad exclusiva de custodia por el depositante (o que al menos la custodia sea la obligación principal) y la ausencia de plazo para la devolución o restitución del bien (Sánchez Calero: 279, Uría: 821). Al parecer de ellos, la diferencia entre el depósito regular separado y colectivo es la devolución al depositante de los mismos bienes o del *tantundem*, respectivamente, aunque conserve la característica de la no adquisición por el depositario del derecho de propiedad; entre el depósito irregular y el préstamo, entonces, la diferencia parece estar en que en el primero no se adquiere el derecho de propiedad por el depositario y en el segundo sí, manteniendo ambos la obligación por el depositario del *tantundem*.

parte, logra su propósito lucrativo de obtener mercancías para la realización de su actividad económica a un costo mucho menor que si fuera a obtenerlos mediante otros contratos que sirven para igual objetivo (ejemplo, la compraventa).¹³ Sin embargo, desde otro punto de vista –por cierto el prevaleciente–, el depósito irregular no tiene naturaleza de depósito, pues con la transmisión de la titularidad de las mercancías, el depositante ha “prestado”, no ha dado en depósito. Realmente de lo que se trata aquí es que el almacén general o la entidad económica que se dedica a ello, ha recibido en préstamo una serie de productos que está en la obligación de devolver posteriormente. Es por ello que el depósito irregular se considera un contrato de préstamo mercantil, el criterio medular radica aquí en la naturaleza del derecho que se ha transmitido.

OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Dentro del depósito regular, al cual nos estaremos refiriendo en lo adelante como verdadero depósito mercantil hay que destacar el contenido de las obligaciones de los empresarios que conciertan este tipo de contrato.

Obligaciones del depositante

1. Reembolso de los gastos de conservación e indemnización de perjuicios (Art. 306 del Código de Comercio): El cumplimiento de esta obligación por parte del depositante supone en primer lugar el cumplimiento por parte del depositario del deber de custodia tal y como está previsto en el mismo Art. 306: si este ha realizado todo lo necesario para conservar el bien o la mercancía en cuestión, los gastos de conservación corren por cuenta del depositante, la única manera en que este se libera de tal obligación es que el depositario incurra en culpa, no cumpliendo el deber de custodia como está legalmente previsto, asumiéndola el depositario culposo. Se plantea que esta obligación es injusta, pues los posibles gastos de conservación quedan comprendidos en el precio del contrato, y si estos gastos llegan a ser extraordinarios, solo el depositario corre por ellos, no así el depositante; si el depositario

¹³Ha sido común desde hace siglos la empresa donde se reciben bienes a devolver en un futuro, mientras tanto esos bienes pueden ser transmitidos o vendidos al contado, para resolver necesidades inmediatas de otros empresarios a quienes se les cobra una suma que le permite cubrir los gastos que generará la compra de los bienes que tiene que devolver al depositante, quedándole una cuantía en concepto de utilidades.

aceptó recibir en custodia mercancías en condiciones en las que pudo prever altos costos de conservación, será él quien sufra las consecuencias de su mala pericia como negociante; en otras palabras, la retribución del depósito supone la asunción de los gastos de conservación. Este criterio no es válido desde el punto de vista jurídico, pues significaría aceptar un supuesto de Enriquecimiento Indebido, al haberse producido la transmisión de valores patrimoniales del depositario que invierte en la conservación del bien, al depositante quien recibirá ese bien en un estado físico o jurídico que sin la inversión realizada por el depositario, cargaría él con esa disminución del patrimonio,¹⁴ sin causa que lo justifique.

Esta obligación incluye la responsabilidad del depositante por el estado de las mercancías tal y como se las entrega al depositario, por la debida correspondencia entre la información del embalaje y las características reales de las mercancías; así como por los daños que la mercancía provoque a las instalaciones del depositario.

2. Recepción del bien: El depositante está en la obligación de recibir el bien una vez concluido el término del contrato o haberse cumplido la condición pactada para la resolución del mismo. Cuando el depósito se extingue, por las causales previstas para ello, el depositante está obligado a recibir del depositario el bien, este último lo entregará en las condiciones que hayan convenido.¹⁵ El incumplimiento de esta obligación por el depositante, obliga a su vez al depositario a realizar consignación ante autoridades pertinentes, o como generalmente ocurre, lo deja en almacén, devengando un recargo por mora en dependencia del tiempo en que el depositante tarde en recoger su mercancía, después de transcurrido cierto plazo pactado en el propio contrato, se entiende que ha perdido la titularidad sobre los bienes y procede subasta de los mismos para pagar los recargos que se le deben al depositario.

3. Retribución (Art. 304 del Código de Comercio): Salvo pacto expreso en contrario, el depositante está obligado a retribuir al depositario.¹⁶ Esto

¹⁴Recordemos que el Enriquecimiento Indebido no solo se materializa en incrementos del patrimonio del enriquecido sin causa legítima, sino además en la no disminución del contenido de su patrimonio, los bienes y derechos que no salen de su órbita personal cuando legal y legítimamente ello procede.

¹⁵Más que una entrega es una puesta en disposición, pues en Derecho Mercantil, por lo general, la entrega de los bienes objeto de comercio no se realizan por la sencilla *traditio* de persona natural a persona natural, sino que opera a través de medios de transporte, con certificación de la calidad de lo que se entrega y aseguramiento de la carga, etc. Una serie de exigencias y requerimientos, así como de actos, propios de la naturaleza de los que se entrega.

¹⁶Normalmente se pactan tarifas según si el depósito se origina en área techada o no, por metros cúbicos, etcétera.

significa que para entenderse gratuito el contrato ha de quedar clara e inequívocamente previsto en la letra del mismo que no procederá retribución por parte del depositante, de otra manera, no cabe asumir que el depositario no tiene derecho al pago por sus prestaciones.¹⁷ La cuota de la retribución también ha de quedar pactada, en caso contrario, se determina según los usos de la plaza donde se constituyó ese contrato.¹⁸

Dentro de la retribución, se entienden incluidos los gastos de conservación del depositario, el depositante solamente puede quedar obligado a retribución extraordinaria en la medida en que el depositario incurra en gastos extraordinarios para la conservación y custodia del bien.

No procede la obligación de entrega del bien. El depositante no está obligado a ello, según la configuración legal de este contrato, habida cuenta del carácter real del mismo.¹⁹ Tal función de la entrega del bien como momento de perfección del contrato no puede ser modificado por convención de las partes.²⁰ El depositante tiene además la obligación de soportar la inspección de las mercancías que el depositario recibe de él, dando fe del estado razonablemente aceptable en que se encuentran. Ante discordancia entre los parámetros y condiciones de calidad del contrato de depósito y de las mercancías o efectos al depósito, tiene el depositario el derecho a rechazar la recepción de las mercancías pudiendo dar motivo a la rescisión del contrato mismo.

¹⁷A diferencia del contrato civil de depósito, que a falta de disposición expresa de las partes, en ese sentido, se entiende gratuito. El carácter retribuido del depósito mercantil se presume por deducción lógica de la finalidad económica que este contrato cumple, por la natural vocación de este tipo para servir de cauce a los intereses negociales de los empresarios en el mercado, ejerciendo una actividad económica con la finalidad de obtener utilidades.

¹⁸Generalmente se determina según tasaciones realizadas por colegios o asociaciones que nuclea a empresarios depositarios, almacenes generales y otros dedicados al giro.

¹⁹Que determina una función completamente distinta a la entrega o puesta en disposición de los bienes. Deja de ser una obligación contractual –puesto que no hay contrato que vincule a las partes en tal sentido–, para convertirse en un presupuesto para la perfección del contrato mismo. Sería entonces una acción material con trascendencia jurídica en virtud de la ley, por la cual se entiende perfeccionado el contrato, marca el nacimiento del concierto de voluntades negociales a la luz del Derecho.

²⁰Sánchez Calero es del particular criterio de predicar en el artículo 305 una regla dispositiva, que la autonomía privada de las partes puede anular (Sánchez Calero: 276), pactando la consensualidad de este contrato. En este caso, el pacto de consensualidad provoca el interesante efecto de hacer deslizar dos superficies, representada una por los momentos clásicos de la vida del contrato en general (tratos preliminares, perfección, ejecución y extinción) y la otra por la vida de este contrato en particular (concertación del acuerdo de depósito, entrega del bien y ejecución de las obligaciones recíprocas). El carácter real de este contrato supone que la entrega del bien corresponde al momento de la perfección del contrato, por ende, el acuerdo por el cual las partes dan su consentimiento al depósito correspondería al momento

Obligaciones del depositario

1. Custodia y conservación del bien (Art. 306 del Código de Comercio): Es la obligación principal que determina la finalidad económica del contrato de depósito. Pero no es una custodia y conservación comunes, sino cualificada. La cualificación de la custodia y conservación del bien es un atributo del depósito mercantil que lo distingue del depósito civil en su régimen jurídico, aunque legalmente no esté reconocido. Tal cualificación se concreta especialmente en:

- El juicio de previsión de daños y comunicación inmediata del riesgo al depositante. Ello significa que el depositario es responsable no solo por la no conservación del bien (negligencia, malicia), sino además por no prever los daños y mitigarlos en lo posible²¹ así como por no comunicarlo al depositante de manera inmediata.
- La prestación de una actividad positiva de conservación y no a la mera custodia de las mercancías.²² En el caso de que estos bienes sean títulos valores o documentos contentivos de derechos fructíferos, el Código concreta el contenido de esta obligación en particular, que ya ha sido abordado anteriormente en el caso del depósito administrado. No obstante, no puede restringirse el ejercicio de acciones positivas correspondientes a esta obligación, respecto a títulos valores y otros

de los tratos preliminares (cuya ruptura injustificada puede generar responsabilidad precontractual). Se desliza así, por la consensualidad pactada, el momento de la perfección del contrato hacia el estadio anterior de la vida del depósito: el acuerdo mutuo, que dejaría de ser un trato preliminar para constituir el momento mismo de la perfección y la entrega del bien sería una de las obligaciones del depositante. Por otro lado, Vicent Chuliá arremete una vez más contra Sánchez Calero y otros, cuando critica en ellos el predicar una naturaleza dispositiva al artículo 305; para ello afirma que la determinación del momento de perfección del contrato es un problema de seguridad jurídica que no puede quedar a criterio de las partes, sino que ha de imponerse imperativamente. Concordamos con él.

²¹Según la diligencia media de un buen comerciante. Tal patrón de exigencia legal, demanda una actividad del empresario en función de la conservación activa de los bienes, ejecutando todas las acciones necesarias y suficientes a los efectos de evitar los daños que provengan de los vicios y naturaleza de las cosas. La única causal exonerante de tal deber de conservación activa, viene de la imposibilidad cierta de prever los acontecimientos particularmente dañosos hacia los efectos almacenados, y sobre todo, por no haber podido objetivamente conocer –a pesar de la experiencia negocial en el mercado–, los vicios de los efectos que propendan a su menoscabo o detrimento, en el tiempo y bajo determinadas circunstancias.

²²Normalmente determinable a través de una serie de indicaciones que el depositante pone a disposición del depositario, relativas a la temperatura y condiciones de almacenamiento, operaciones de manipulación de la carga, etcétera.

efectos.²³ Las partes pueden pactar la posibilidad de la variación de las acciones de custodia y conservación si la necesidad y las circunstancias así lo indican; en caso de que no se haya pactado, queda el depositario autorizado a ello con la obligación de comunicación inmediata al depositante de las causas, circunstancias y demás extremos que tengan relación con tal variación.²⁴

La guarda puede o no ser exclusiva del depositario, en tal sentido se habla de la posibilidad de **cesión de la posición contractual** de este último. Ante silencio de las partes al respecto, no procede tal cesión sin el consentimiento expreso del depositante. La única excepción posible a la imposibilidad de cesión de la posición contractual del depositario, es que se trate de un acto necesario para la conservación de los bienes.²⁵

2. La restitución del bien (Art. 306 del Código de Comercio): Esta obligación procede cuando contractualmente quede determinado. En principio, la restitución de los efectos al depósito procede, únicamente al expirar el plazo por el cual se le había conferido el encargo al depositario. No es posible extrapolar *mutatis mutandi* las tesis civilistas sobre el plazo para el cumplimiento de las obligaciones como beneficio para una u otra de las partes al ámbito mercantil y si realmente existe plazo en favor de alguien, el párrafo primero del Art. 306 es bien claro al respecto: “... y a devolverla [la cosa] con sus aumentos si los tuviere, cuando el depositante se la pida”.

La devolución o puesta a disposición del depositante de sus bienes procede no solo respecto a estos, sino respecto a sus aumentos y frutos, tanto civiles como naturales, según lo dispuesto en el Art. 306, primer párrafo del Código de Comercio. Le corresponde al depositario la obligación de solventar los costos de la puesta a disposición del depositante de los frutos.²⁶

²³El depositario de bienes muebles destinados al comercio, normalmente queda contractualmente obligado a rendir informes periódicos respecto al estado de los mismos, haciendo especial referencia a los cambios de localización, en el mismo o distinto almacén, así como las causas y motivos. Estos informes, nos recuerdan las cartas de rendición de cuentas del gestor-mandatario ante el mandante.

²⁴Reafirma la tesis por la cual se aduce la posible existencia de una relación de mandato subyacente. El informe al depositante como obligación del depositario ante el acontecimiento de circunstancias especiales que así lo motiven en un signo patognomónico de la presencia cierta de una relación de mandato. Incluso, es atinado calificar al depósito mercantil como un contrato dirigido a la prestación de una actividad (Sánchez Calero: 277).

²⁵Tal necesidad ha de quedar debidamente demostrada en juicio y debe entenderse en sentido estricto. Se requiere que sea la única alternativa posible para lograr evitar o al menos mitigar los efectos de un daño considerable a los bienes.

²⁶El artículo 306 párrafo primero reza: “... y a devolverla [la cosa] con sus aumentos [los frutos] si los tuviere...”, quedando zanjada cualquier duda respecto a quién le corresponde

Se discute si procede o no el derecho de retención como excepción que el depositario puede presentar al depositante ante la acción de restitución incoada por este último. Desde el Derecho Civil es alegable la negativa a tal posibilidad, si se tiene en cuenta que uno de los caracteres doctrinalmente reconocidos del derecho de retención como garantía del crédito es su carácter legal; ha de estar normativamente reconocido para la situación en la cual quiere el acreedor asistir de ella y el Código de Comercio no lo reconoce expresamente en este caso. La aplicación supletoria del Art. 428 del Código Civil, por el imperio del Art. 50 del Código de Comercio, propuesta para admitir tal garantía en el depósito mercantil encuentra entre sus detractores el argumento del carácter necesariamente expreso del reconocimiento legal de esta garantía del crédito.²⁷

tal obligación; además los frutos son accesorios al bien principal, y como lo accesorio sigue a lo principal, analógicamente el pago por la puesta a disposición de lo accesorio le corresponde al obligado a lo mismo por el bien principal.

²⁷Realmente aquí se debate un problema distinto y bien trascendente del Derecho Mercantil moderno. La esencia reside esencialmente en cuál de los dos métodos de regulación del Derecho Mercantil aplicar al caso. Negar la procedencia del derecho de retención al depositario es una solución conforme al Método Constructivo, por el cual la lectura, interpretación y regulación de esta rama del Derecho se hará sobre la rígida base de los principios reconocidos en la Teoría del Derecho “construyendo” las figuras jurídicas y las soluciones legales siempre desde un análisis lógico-doctrinal. Tal modo de entender el Derecho Mercantil hace de este un cuerpo doctrinal que informa y disciplina instituciones jurídico-mercantiles, cuyo alimento es la deducción lógico-matemática: “... como en las matemáticas, el juicio del jurista técnico es el resultado de un cálculo: un cálculo realizado con los conceptos como factores” (Garrigues). El problema de este método en particular reside en la separación de la vida económica a la cual el Derecho Mercantil está llamado a regular, condenándolo a ser una ciencia pura de la jurisprudencia práctica (Thol). Tal método constructivista, conocido como Jurisprudencia de Conceptos ha de abrir paso a una manera distinta de entender la regulación de las actividades económicas de los empresarios: el Método de observación o Jurisprudencia de Intereses (*Interessenjurisprudenz*) el cual se auxilia de la dinámica de las relaciones sociales y económicas que se dan día a día en el mercado a los efectos de adaptar consecuentemente la norma jurídico-mercantil en función de la protección de los intereses que motivan tales relaciones. Sirve el Derecho Mercantil, de esta manera, al desarrollo económico fungiendo como un auténtico modelo conductual para los empresarios en el mercado. En tal sentido, a determinadas situaciones jurídicas se aplican los preceptos que correspondan según la necesaria tutela a las legítimas expectativas de los sujetos en juego más que aquellas que correspondan según abstracta deducción lógico-normativa: “No se permita jamás tratar una institución jurídica si no conoce a fondo la estructura técnica y la función económica de la misma” (Vivante). Una de las consecuencias más importantes de la aplicación de este método es la extensión del repertorio de fuentes del Derecho Mercantil incluyendo la equidad, la buena fe, etcétera. (Goldschmitt), planteando una auténtica Revolución en esta rama del Derecho respecto a su amo y señor lógico-doctrinal: el Derecho Civil, a quien tiene

DIFERENCIAS MÁS IMPORTANTES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DEPÓSITO CIVIL Y EL DEPÓSITO MERCANTIL

Conviene conocer las diferencias en el trato jurídico que se le da al contrato civil de depósito y al contrato mercantil de depósito, pues es lo más importante desde el punto de vista práctico.²⁸ Esto se conoce como consecuencias de la mercantilidad de un contrato:

- El contrato civil de depósito es **formal**, mientras que el mercantil es **real**. El Art. 424 del Código Civil cubano plantea que dicho contrato se constituye al otorgarse documento que contenga los elementos esenciales, así como los extremos del pacto de depósito. Esto significa que el hecho de que las partes hayan llegado al consentimiento contractual no supone el perfeccionamiento del mismo, por lo tanto no se le puede exigir responsabilidad contractual a ninguna de las partes por haber deshonrado las legítimas expectativas de la contraparte si se retira injustificadamente de las negociaciones cuando ya dio previamente su consentimiento, aquí solo procede exigirle responsabilidad precontractual –de signo distinto en nuestro ordenamiento. En el contrato mercantil de depósito, solo la entrega del bien perfecciona el contrato (Art. 305 del Código de Comercio), sucede algo similar al contrato civil, pero aquí el otorgamiento del documento no es lo que determina el momento a partir del cual puede exigírsele responsabilidad contractual a las partes, sino la entrega del bien objeto de depósito. Solamente a partir de la realización de esa *traditio* es que se consideran las partes vinculadas al contrato, según el *pacta sunt servanda*, por lo que el incumplimiento de todo acuerdo previo a la realización de esa prestación, al igual que el contrato civil, generaría en todo caso responsabilidad precontractual.

que recurrir constantemente en busca de soluciones. La vuelta del río jurídico-mercantil a su cauce civil nunca será plena desde el momento en que la Jurisprudencia de Intereses apareció como Declaración de Independencia del Derecho Mercantil, a afirmar que la unificación del Derecho Privado –fenómeno deseable y al cual aspiramos– ha de respetar ciertas esferas y maneras de regular la realidad económica de base, que la unificación no es mera absorción iuscivilizante. Para nosotros los cubanos, tal vez aquí esté la llave a nuestra necesidad de leer distinto el vetusto Código de Comercio.

²⁸Sobre todo teniendo en cuenta el carácter supletorio del depósito civil respecto al depósito mercantil planteado en el artículo 50 y reforzado por el artículo 310.

- El contrato civil de depósito es **gratuito**, en tanto el mercantil es **oneroso**: el contrato civil se presume legalmente gratuito salvo pacto en contrario, pues el precio aquí no es elemento natural del contrato. En cambio, el depósito mercantil, como se vio anteriormente, salvo pacto en contrario, es oneroso (Art. 304 del Código de Comercio), su remuneración se regula por lo previsto en dicho precepto legal.
- En el depósito civil, el depositario solo puede disponer de los bienes si media autorización **expresa** del depositante (Art. 427 del Código Civil). En cambio, en el depósito mercantil, el Art. 309 del Código de Comercio, autoriza al depositario a disponer de los bienes objeto del contrato solo si media el “asentimiento” del depositante, lo cual por supuesto, incluye la posibilidad de que esa autorización sea **tácita** a través de lo que se conoce como hechos concluyentes (*facta concludentia*).
- La **diligencia** del depositario civil es la de un **buen padre de familia**, no obligado a la recepción de los frutos civiles ni a su entrega, ni a la realización de gastos extraordinarios en la conservación del bien. El depositario mercantil por su parte, ha de comportarse con la **diligencia de un buen comerciante**, lo que significa que su deber está cualificado –como ya se vio anteriormente–, estando obligado también a la devolución de los aumentos de los bienes en depósito.
- Ante pacto remuneratorio en depósito civil, la cuantía de la misma se determina por las **reglas de interpretación de los contratos**. En el depósito mercantil, la no determinación de la cuantía de la retribución a pagar por el depositario no se determina integrando el contrato, sino a través de los **usos y costumbres de la plaza donde se constituyó ese depósito** (Art. 304 del Código de Comercio).

EXTINCIÓN

La extinción del contrato de depósito mercantil opera por las causales siguientes:

- Devolución de los bienes: a instancia del depositante o del depositario, en este último caso, por circunstancias extraordinarias que lo ameriten.
- Pérdida o destrucción de los bienes.

Proceden las demás causales generales de extinción de un contrato, admitidas en Derecho.

CONTRATO DE PRÉSTAMO MERCANTIL. CONCEPTO

Este contrato no está definido en el Código de Comercio por lo que hay que buscar su concepto en el Código Civil. Según el Art. 379 de la citada disposición normativa, el Préstamo es un contrato por el cual una persona (prestamista) se obliga a entregar²⁹ determinados bienes a otra (prestatario), transcurrido cierto período de tiempo este último devolverá al prestamista una cantidad igual de bienes de la misma especie y calidad.³⁰

El anterior concepto de préstamo –por demás civil–, ha de ser admitido en sede mercantil pero con ciertas reservas. La finalidad que los sujetos del Derecho Civil quieren lograr con este contrato es resolver las necesidades de recursos que algunos pudieran tener, instando a otros –a quienes les son relativamente excedentes– a que se los ceda temporalmente. Esto no es aplicable al Derecho Mercantil, los empresarios tienen un espectro amplio de exigencias que van a tratar de satisfacer en el mercado, pero por lo general estas exigencias son financieras, y los sujetos mercantiles idóneos para resolverlas son los bancos y las instituciones financieras no bancarias. Los contratos que encauzan estos intereses son, por tanto, contratos bancarios, con una regulación especial que incluso en nuestro país escapa al Código de Comercio mismo por su complejidad técnica y su necesario ajuste a la época en que vivimos.

De lo anterior podemos concluir que el préstamo mercantil es tal vez, uno de los contratos menos usados en Cuba por los empresarios. Así hemos de distinguir entre el préstamo en general, que es el regulado por nuestro Código de Comercio y los préstamos especiales, en este caso los bancarios y aquellos que se garantizan con prenda de valores negociables. Estas dos últimas especies de préstamos tienen una regulación especialísima que no es posible tratar aquí, por lo que en el ámbito mercantil cubano, para el préstamo solo tienen plena vigencia efectiva los preceptos 311 al 319 del Código de Comercio³¹.

²⁹Lo cual hace del préstamo un contrato consensual, criterio aplicable, *mutatis mutandi*, al préstamo mercantil. Ello hace insulsa en nuestro medio la discusión doctrinal respecto al momento de la perfección del contrato, más propia de los españoles.

³⁰La transmisión de la propiedad del bien no es la finalidad *per se* del contrato, pero es presupuesto básico para el consumo por el prestatario de la cosa fungible (que sí es la finalidad del contrato). El prestamista pierde el derecho real de propiedad sobre el bien, sustituido por un derecho personal de restitución de bienes contra el prestatario.

³¹Correspondiente con el fenómeno de la descodificación de este tipo contractual, cuya regulación se traslada cada vez más a disposiciones fuera del Código. La motivación más importante de tal tendencia es la especialización de las normas en consonancia con la complejización técnica de la actividad de suministro de recursos financieros a otros empresarios.

Criterios de mercantilidad

Este contrato tiene dos requisitos de mercantilidad, el primero de ellos referido al **elemento personal**: uno de los sujetos ha de ser empresario³² (Art.311.1 del Código de Comercio), y el otro requisito, atinente al **elemento objetivo**: que los bienes objeto del contrato se destinen a la realización de actos de comercio (Art. 311.2 *eiusdem*), por lo que solo puede reputarse mercantil un contrato de préstamo donde la finalidad que persigan las partes sea concurrir posteriormente con esos bienes o dinero, al mercado.³³ Esto no es difícil de saber, basta con determinar objetivamente si hay accesoriedad en el contrato suscrito, si ese acto de comercio pertenece a una cadena de actos que en definitiva son los que forman la empresa a la que ese empresario se está dedicando. Es unánime la opinión en el sentido de que no deben ser leídos literalmente tales criterios de mercantilidad, pues negarían el carácter mercantil a préstamos realizados por entidades bancarias, en los cuales lo prestado no tiene por qué ir dirigido a la realización de un acto de comercio.

Clasificación

Este contrato se clasifica atendiendo a tres criterios:

- Según la existencia de retribución: puede ser **gratuito** o **a interés**. En el primero de los casos el prestatario no está obligado a abonar al prestamista ninguna suma de dinero como pago por el servicio de préstamo. En el segundo caso, el contrato establece una retribución a favor del prestamista a pagar por el prestatario, además de su obligación de restituir lo que le fue prestado. El Art. 314 del propio Código, salvo pacto en contrario, presume el carácter gratuito de este contrato, contradiciendo su esencia misma, previsto para una especie de tráfico que siempre supone el interés de obtener lucro en el mercado.
- Según el objeto del préstamo: puede ser de **dinero**, de **títulos valores** y de **bienes fungibles**. El préstamo de dinero se regula por

³²Vale aplicar aquí lo anteriormente dicho para el Depósito Mercantil, que el Código de Comercio no exige que los sujetos sean entidades especializadas en este tipo de servicios, baste que de su objeto social pueda entenderse la posibilidad de realizar tal contratación.

³³Para Uría, el elemento objetivo se refiere esencialmente a la finalidad mercantil de la operación de la cual se trate, más que a requisitos del objeto del contrato, por lo que tilda a este criterio, más de orden teleológico que objetivo. Ver al respecto Uría: 827 y Sánchez Calero: 291.

disposiciones especiales, distintas al Código de Comercio, pues generalmente son realizadas por entidades bancarias o instituciones financieras no bancarias. Los otros tipos de préstamos se distinguen fundamentalmente en la manera en que cumple la obligación de devolución por el prestatario y el tratamiento de la mora en la devolución (artículos 312 y 316 del Código).

- Según la duración del contrato: puede ser por **tiempo determinado**, o por **tiempo indeterminado**: lo cual se especifica en la letra del contrato y este criterio trasciende, pues de él depende la exigibilidad de la obligación de devolución de lo pactado por parte del prestatario. La manera en que el prestamista puede exigir la devolución en uno y otro caso queda establecido en el Art. 313 *eiusdem*.
- Según los derechos reales que se transmiten: puede ser **Depósito Regular, Préstamo de Uso y Préstamo de Consumo**. El Depósito Regular es el contrato donde el derecho real que se transmite es la simple posesión con la finalidad de custodia y conservación, es el contrato anteriormente tratado como Depósito Mercantil. El Préstamo de Uso se caracteriza por la transmisión de la posesión con la finalidad de que el receptor del bien lo use en su beneficio –no la custodia que es consustancial al depósito–, han de ser de bienes infungibles y gratuito, por lo que realmente estamos hablando del contrato civil de Comodato, el cual no tiene *alter ego* en lo mercantil y queda fuera de este análisis. Finalmente el Préstamo de Consumo es aquel donde se traslada el derecho de propiedad para posterior devolución de otros bienes de la misma especie y calidad, es el Mutuo o Préstamo propiamente dicho, regulado en nuestro Código de Comercio.

Obligaciones de las partes

Obligaciones del prestamista (mutuante)

1- **Entrega del bien:** Obligación fundada en el Art. 379 del Código Civil cubano. Dado el carácter consensual de este contrato, no se requiere que el prestamista realice la entrega para que se considere perfeccionado; sin embargo, esta obligación reviste una importancia enorme, pues es presupuesto para que todo el acto despliegue plenitud de efectos jurídicos, fundamentalmente, lo que respecta a la exigibilidad de las obligaciones del prestatario. Como habíamos dicho anteriormente, en caso de ser bienes, más que entrega del bien es puesta a disposición, lo cual supone un conjunto de actos con intervención de terceros (transportistas, aseguradores, agencias certificadoras, etc.) para lograr la *traditio* efectiva.

2- Recepción del bien ante la devolución por el prestatario: La devolución se efectuará en dependencia de la manera en que el prestatario deba realizar la devolución. Baste decir que se ha de devolver el *tantundem eiusdem*, el tanto de la misma especie y calidad, esta expresión significa que el prestamista está obligado a recibir el objeto del contrato solo si reúne los requerimientos de calidad pactados, y en su defecto, se toman como referencia los criterios de calidad de la mercancía o lo entregado al inicio del contrato.³⁴

El prestamista está sujeto, como en el orden civil, a las obligaciones propias de cualquier *tradens*, en este caso, el saneamiento por evicción y por vicios o defectos ocultos.³⁵

Obligaciones del prestatario (mutuario)

1. Recepción de los bienes objeto de entrega: El prestatario, después de haberse obligado en la concertación del contrato, no puede rehusarse a recibir el bien que el prestamista le pone a disposición tal cual es su obligación. Esta obligación del prestamista supone un derecho subjetivo a favor del prestatario, pero a su vez, la obligación cierta de tener que recibir el bien, cuyo incumplimiento traería como consecuencia la responsabilidad contractual con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

2. Restitución del objeto del contrato: Esta se efectuará según lo pactado por las partes, y en defecto de pacto en ese sentido, procede entonces lo dispuesto en el Código de Comercio. La manera en que esta disposición normativa prevé el cumplimiento de esta obligación depende del objeto del préstamo en sí, y de la duración del contrato. Si ha sido dinero lo que se ha prestado se devolverá suma igual a la recibida según valor nominal –a no ser que se hayan pactado cláusulas correctoras del principio nominalista. Si se trata de títulos valores se realiza de manera análoga. Finalmente, si fueran bienes o mercaderías, hay que atenerse al tipo de bien, si se extinguió el

³⁴En el caso de ser títulos valores lo que se preste, el requisito de la identidad en los criterios de la calidad están referidos sobre todo a que tengan iguales posibilidades de hacerse efectivos, no sean perjudicadas, que esté correctamente avalada la Letra a entregar si la que recibió el prestatario lo estuvo, etcétera.

³⁵Que en el orden mercantil se traducen en la responsabilidad por el pacífico goce de la disposición sobre los bienes objeto de este contrato, así como por el cumplimiento con los parámetros de calidad requeridos: en la mayoría de los casos, son exigencias que contractualmente remiten a normas internacionales, con la posibilidad de la certificación del cumplimiento de los mismos, por organismos nacionales o internacionales certificados para ello.

género a entregar procede entonces el pago de su valor pecuniario. Todo ello según Art. 312 del Código de Comercio.

En el caso de que el préstamo sea por tiempo indeterminado, el Art. 313 *eiusdem* dispone que solo puede exigírsele al depositario el cumplimiento de su obligación de restitución del principal 30 días posteriores a la fecha del requerimiento notarial, lo que no aclara el Código es el plazo para la realización del requerimiento. De aquí se concluye fácilmente lo peligroso que puede resultar para el prestamista el no pactar un préstamo por tiempo determinado.

Puede el prestatario incurrir en mora al pago del principal. Para ello el Art. 316 prevé el interés moratorio, que será en primera instancia el convencional, y en su defecto el legal.³⁶

Si el objeto está constituido por bienes, se considera principal para aplicarle el cálculo de la cuota porcentual moratoria el valor de las mercaderías en la plaza de devolución al día siguiente del vencimiento, si ella se extinguió, el que determine el perito entonces. Si el objeto son títulos valores, el interés moratorio es el que el mismo título devengue (Art. 316 del Código).

Puede darse perfectamente el caso de imposibilidad en la restitución, sobre todo cuando se habla de objetos que no constituyen géneros del comercio.³⁷

3. Abono de los intereses: Es tal vez la más compleja y controversial de las obligaciones de este contrato. Solo procede si está expresamente pactada en el contrato (Art. 314 Código de Comercio) y no necesariamente adopta la forma pecuniaria, pues se considera como tal cualquier prestación a favor del prestamista además de la de restitución (Art. 315 *in fine* del Código de Comercio).

Respecto a la mora en el pago de los intereses es necesario aclarar la posibilidad de indemnizar al prestamista con el valor tiempo del dinero que dejó

³⁶En Cuba numerosas disposiciones normativas regulan el interés moratorio y su efectiva cuantía, entre ellas la Resolución 56/2000 del Banco Central de Cuba, el Acuerdo No. 144 del Comité de Política Monetaria del propio Banco Central, etc. Pueden las partes convenir las tasas del mercado interbancario: LIBOR (London Interbank Offered Rate), MIBOR, EURIBOR, etc.

³⁷El hecho de que el objeto de este tipo contractual no sean géneros del comercio (*commodities*) no significa que el mismo no esté destinado a ser objeto de un contrato mercantil, no son los géneros los únicos bienes que circulan en el tráfico jurídico-comercial. Luego entonces, no debe entenderse préstamo civil un contrato en el cual el objeto de las obligaciones recíprocas de mutuante y mutuario sean bienes no genéricos, con alta dosis de especificidad descriptiva, tal que lo individualice hasta la exclusividad; no deja por ello de cumplir con lo dispuesto en el artículo 311.2 del Código de Comercio.

de recibir oportunamente. Sin embargo, tal pacto tiende al controversial fenómeno del anatocismo, que es una convención de las partes normalmente accesoria a contratos contruidos sobre la base prestacional de la transmisión de activos generalmente financieros, a su vez ligada a una obligación recíproca de satisfacción temporalmente diferida y de contenido dual: la restitución de lo transmitido más un número determinado de cuotas líquidas en función retributiva distribuidas uniformemente en un período de tiempo.³⁸ En nuestro Código de Comercio se encuentra regulada en el Art. 317 y su redacción contradictoria no ayuda a aclarar el correcto sentido del precepto (si prohibitivo o permisivo).³⁹ De cualquier manera, la interpretación a nuestro modo, más atinada sería entender la proscripción de tal figura como meramente dispositiva, pueden las partes, pactar contractualmente la capitalización de intereses al principal o el devengo de intereses sobre los intereses.⁴⁰

No debe entender que el incumplimiento en el abono de los intereses hace vencer la obligación de restitución,⁴¹ la obligación de devolver el principal es

³⁸Tales cuotas constituyen el interés, que puede ser simple o compuesto. El primero de ellos, se calcula sobre la base del principal, sin incluirle los intereses vencidos sin satisfacer. A diferencia del simple, el interés compuesto se calcula sobre la base del monto total de la obligación pecuniaria del deudor hacia el acreedor, lo cual engloba no solo el principal sino además los intereses vencidos y no abonados.

³⁹El anatocismo ha sido una institución desde Justiniano, muy criticada, críticas cuyos ecos se sienten en la legislación moderna que se muestra remisa a aceptar tal pacto. Las motivaciones más importantes de tal reticencia legislativa a su aceptación están genialmente resumidas aquí: "...sería de temer que el prestamista impusiera esas condiciones y que el prestatario las aceptara bien por imprevisión o por la necesidad..." (Planiol-Ripert). La necesidad del prestatario como elemento que motiva el uso oportunista de una ventaja sobre el sujeto económicamente débil en la relación contractual por parte del prestamista; la imprevisión como ausencia de conocimiento por el deudor-prestatario del total del recargo capitalizado por lo que debe dar su consentimiento expreso a la inclusión o capitalización de los intereses al principal, como *vis* jurídica por la cual se presume garantizado el interés del deudor.

⁴⁰La dificultad de interpretación de este precepto está dada por el hecho de que doctrinalmente se han querido distinguir en el mismo dos figuras, una permitida y otra prohibida, dejando la discusión en el tema de cual es una o la otra, si el interés compuesto o el anatocismo. Tanto uno como otro, si bien no son lo mismo, no dejan de ser fenómenos solapados y yuxtapuestos; el pacto de interés compuesto es una de las maneras de incurrir en anatocismo, si se quiere la relación es de género a especie (Abeledo-Perrot, OMEBA). Solamente con tales consideraciones es que puede entenderse el artículo 317, que de entrada veta la posibilidad de anatocismo cuando reza que "...los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses", para posteriormente autorizar la posibilidad de pacto mutuo en ese sentido: "Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos..."

⁴¹Que solo procedería en los supuestos de insolvencia patrimonial del prestatario.

precisamente eso, la “principal”, luego ella no debe sufrir modificación en ninguno de sus elementos por una vicisitud de la obligación accesoria de abonar intereses. Es esta última la accesoria de la obligación de restituir y no al revés.

Por otro lado, se reconocen dos supuestos de extinción de la obligación de abono de intereses: en primer lugar, si no hace reserva expresa de ese derecho cuando se restituya el principal⁴² (Art. 318.1 del Código de Comercio), lo cual supone la comunicación al prestatario que no ha renunciado al mismo. El último supuesto de extinción es el pago común.

El Art. 318.2 del Código de Comercio dispone de un orden de imputación del pago realizado por el prestatario: en primer lugar a los intereses por orden de vencimiento, desde los primeros hasta los más recientes, y en última instancia, al principal.

Diferencias más importantes del régimen jurídico del depósito civil y el depósito mercantil

Finalmente establecemos algunos criterios de comparación con el correspondiente contrato de préstamo civil para determinar las consecuencias de la mercantilidad del mismo:

- El contrato mercantil de préstamo **permite el pacto de intereses** (Art. 314 del Código de Comercio), mientras que el contrato civil **no lo permite**, considerándose nulo todo pacto en ese sentido (Art. 380 en relación con el 242 del Código Civil) incluso llegando a tener consecuencias en el orden penal (Art. 229 del Código Penal).

- Ambos tipos de contrato requieren de un tiempo prudencial para que pueda el prestamista exigir al prestatario la devolución del bien –a falta de pacto en ese sentido y de regulación legal expresa–, sin embargo, en el contrato mercantil es requisito previo a la exigencia de esa obligación después de transcurrido el plazo prudencial, que hayan **decursado 30 días posteriores a la formalización de requerimiento notarial**, lo cual no se exige en el préstamo civil.

⁴²Ha de entenderse que la restitución del principal sea íntegra, la base de la presunción legal de extinción de los intereses es la entrega del documento acreditativo de la satisfacción del crédito en relación con la regla “lo accesorio sigue a lo principal”.

CONTRATOS BANCARIOS

MSC. ALEJANDRO VIGIL IDUATE

INTRODUCCIÓN

La actividad bancaria, ha generado la aparición de un estatuto jurídico-público para la banca privada, al lado del estatuto privado que les corresponde por su condición de empresarios mercantiles. Esta singularización de una parte del derecho mercantil ha permitido la acuñación del concepto “Derecho Bancario” que para BROSETA PONT¹ es “*el conjunto de normas (de derecho público y privado) que regulan a los bancos y a su actividad económica*”, y es por esta actividad económica, que tiene por objeto el establecimiento de relaciones patrimoniales con otros sujetos, mediante la conclusión de contratos, por lo que el estudio de estos contratos bancarios cobra especial importancia dentro del ámbito mercantil.

Otros describen el Derecho Bancario como el conjunto de normas jurídicas referentes a la actividad de las instituciones financieras bancarias o entidades de depósito, es decir, aquellas normas que se refieren tanto a la institución bancaria como sujeto de aquella actividad, como a la actividad misma que la entidad bancaria desarrolla. El Derecho Bancario está integrado, como señala RODRÍGUEZ ARTIGAS,² *por normas de carácter legal y de carácter reglamentario, de naturaleza jurídico/privada y de naturaleza jurídico/pública, fenómeno característico de los nuevos “Derechos informadores”*.

¹M. Broseta Pont: *Manual de Derecho Mercantil*, 1981.

²Rodríguez Artigas: “La contratación bancaria y la protección de los consumidores”, en *Contratos bancarios*, 1992.

EL CONTRATO BANCARIO. CONCEPTO Y DELIMITACIÓN

Sánchez Calero define el contrato bancario como *aquel acuerdo de voluntades tendente a crear, modificar, regular o extinguir una relación jurídica bancaria, entendiendo por tal la que se incardina dentro de la actividad de intermediación crediticia indirecta. Es decir, una relación que sirva para que el banco realice la actividad de captar fondos del público con ánimo de utilizarlos por cuenta propia en la concesión de créditos será, por definición, una relación jurídica bancaria.*

La caracterización propia de los contratos bancarios, la profesionalidad de quien lo realiza, la habitualidad y ánimo de lucro, por un lado y por otro por ser actos de comercio aparece mencionado en el Código de Comercio.³

Pero el concepto de contrato bancario no se circunscribe exclusivamente al realizado por las personas jurídicas denominadas con la palabra genérica “banco”, sino que abarca los realizados por las instituciones financieras en general.

La actuación de un banco, como parte contratante, es presupuesto para que exista el contrato bancario, y el concepto de banco, sujeto de la contratación bancaria, viene recogido en el Decreto Ley 173.⁴

Las operaciones bancarias se realizan por sujetos que no son banqueros en el sentido normal u ordinario de la palabra y podría ser aplicado el término más omnicomprendivo de “Institución Financiera”.⁵

Aquellas entidades que realizan operaciones de financiamiento, pero no captan depósitos, se denominan Instituciones Financieras No Bancarias.⁶

³Código de Comercio, art. 175 Compañías de Crédito, art. 176 Bancos de Emisión y Descuento, art. 199 Bancos de Crédito Territorial, art. 212 Bancos o sociedades de Crédito Agrícola.

⁴Decreto Ley 173 del Consejo de Estado, “Sobre los Bancos e Instituciones Financieras No Bancarias” de fecha 28 de mayo de 1997, GOExt. No. 4/97, artículo 1.1: Banco; toda persona jurídica constituida con arreglo a las leyes de Cuba o del extranjero autorizada a captar depósitos, incluidos los depósitos a la vista, a colocar los recursos captados, intermediar en operaciones de cobros y pagos y a prestar servicios afines a las actividades referidas.

⁵Ídem, artículo 1.7: Toda entidad jurídica constituida con arreglo a las leyes de Cuba o del extranjero, cuyo objeto social sea realizar actividades de intermediación financiera. La definición abarca tanto a los bancos como a las instituciones financieras no bancarias. En otras legislaciones y países, adoptan diferentes estructuras y denominaciones, (además de Bancos) tales como; Cajas de Ahorro, Cajas Rurales, Entidades de Crédito Cooperativo, Establecimientos Financieros de Crédito, Fondos de Inversión, etcétera.

⁶Ídem, artículo 1.8: “Toda entidad jurídica constituida con arreglo a las leyes de Cuba o del extranjero que cuente con corredores o agentes de negocios de dinero; que realicen actividades

NATURALEZA MERCANTIL DEL CONTRATO BANCARIO

Todo contrato bancario que sea operación típica de la Banca adquiere la naturaleza jurídica mercantil. La mayoría de los autores entienden que todos los contratos bancarios son mercantiles, cualquiera que sea el sujeto que los realice (Bancos o Instituciones Financieras No Bancarias varias) y con independencia de la actividad (civil o mercantil) a la que se destinen y califica a los contratos bancarios como “contratos de empresa” y por tanto, mercantiles. Vicente Santos⁷ señala que la mercantilidad de las operaciones bancarias es ineludible, lo mismo si concebimos el derecho mercantil como derecho de los actos de comercio, que si lo referimos a los actos en masa, o a la empresa, o a la actividad profesional, etcétera, las operaciones bancarias entran, sin duda, en tal derecho. Vicente Y Gella⁸ y Garrigues⁹ califican las operaciones bancarias en el grupo de los actos de comercio principales.

La operación bancaria es acto de comercio y queda sometida por tanto toda ella al Derecho Mercantil. La habitualidad y la profesionalidad como elementos característicos de la actividad bancaria permiten calificar indudablemente el contrato bancario, que es la vestidura jurídica de la operación bancaria, como mercantil.

CONTENIDO DE LOS CONTRATOS BANCARIOS

El contrato bancario es, como dice Garrigues, el esquema jurídico de la operación bancaria y como el crédito es la materia genuina de la operación bancaria, lo será también del contrato bancario.

El Código Civil establece que existe contrato desde que una o varias personas convienen en obligarse respecto de otra u otras, a hacer alguna cosa o prestar algún servicio. Pues bien, las prestaciones propias del contrato bancario consisten precisamente en dar, así, en las operaciones activas, el banco es dador del crédito y en las pasivas, perceptor del mismo.

de intermediación financiera (con excepción de la captación de depósitos) tales como: entidades de arrendamiento financiero (*leasing*) de bienes, muebles e inmuebles; de administración de carteras de cobro o factoraje (*factoring*); compañías o casas financieras, de operaciones de fideicomiso (en trust), de fondos mutuales de inversión; y otras similares”

⁷Vicente Santos: *El contrato bancario. Concepto funcional*, 1972

⁸*Curso de Derecho Mercantil comparado*, 1960.

⁹*Contratos bancarios*, 1975.

Complementariamente a las operaciones de dar, aparecen las operaciones de hacer, también llamadas operaciones neutras, que se inscriben jurídicamente en los contratos de mediación y de depósito regular —operaciones de custodia, *stricto sensu*— en los cuales el Banco presta ciertos servicios al cliente.

Volviendo a las operaciones típicas que generan las obligaciones de dar y cuyo objeto es el crédito, hemos de encontrar el concepto de crédito, que etimológicamente proviene del latín *credere*, que significa “creer”, “tener confianza”. Para Garrigues es “*la confianza que el dador del mismo tiene en el cumplimiento de la promesa dada por otro*”. Sin negar que en el crédito existe un elemento fiduciario, el mismo autor considera que este no nos lleva a un concepto jurídico del crédito sino a un concepto moral o social.

El crédito es la transmisión de bienes en la que la prestación de una parte se hace en el acto, y la contraprestación de la otra en el futuro. Según esta doctrina la operación de crédito consistirá en un cambio de bienes o valores separados en el tiempo. Conforme a esta teoría la relación jurídica engendrada por la operación de crédito es una relación bilateral lo cual ha sido profundamente discutido, ya que se ha considerado, por parte de la doctrina, que los contratos típicos de crédito, como son el préstamo mutuo y el depósito irregular son reales y unilaterales y no consensuales y bilaterales.

Para Garrigues la esencia del crédito está en que quien lo concede se transforma en acreedor de una obligación aplazada. En el préstamo mutuo y en el depósito irregular el prestamista y el depositante transmiten la propiedad del dinero u otras cosas fungibles a título definitivo, y de esta entrega nace la obligación del prestatario o depositario de devolver su equivalente económico en un futuro, apareciendo de esta forma el interés como el precio del tiempo. En las operaciones de crédito que tienen por base un contrato consensual y bilateral, como es la apertura de crédito no hay transmisión de la propiedad actual sino prometida y en tanto en cuanto el acreditado disponga del crédito que originará su posterior deber de restituir.

Reconociendo al crédito como la base esencial y el origen de las instituciones financieras y de su regulación jurídica, el fenómeno de la “bancarización” que es la introducción del sector bancario en otros sectores de la actividad financiera, en donde operaban otras instituciones no bancarias, que no eran las típicas de las instituciones financieras, ha transformado la visión clásica y restringida de los contratos bancarios. De ahí se deriva que el contenido de los contratos bancarios sea más amplio que la mera relación de crédito y deuda entre las instituciones financieras y sus clientes.

Tipología de los contratos bancarios

La clasificación más tradicional de las operaciones bancarias distingue entre: **operaciones bancarias activas** o de inversión de los recursos generados en la cesión crediticia a terceros, **operaciones bancarias pasivas** o de captación de recursos ajenos por las Instituciones Financieras, y **operaciones bancarias neutras**, mixtas o de prestación de servicios a clientes. La formalización jurídica de estas operaciones da lugar a la creación de los contratos bancarios que regulan los pactos contractuales generados entre las Instituciones Financieras y los terceros contratantes. Dichos contratos se clasificarán del siguiente modo:

a) **Operaciones Bancarias Activas:** que formalizan operaciones de inversión de los recursos de las Instituciones Financieras en forma de cesión crediticia de fondos a terceros. La Institución Financiera adopta la posición contractual de acreedora de la otra parte contratante deudora de los fondos prestados junto con los intereses, comisiones y gastos pactados. Los contratos bancarios activos más usuales son: los contratos de *préstamo*, *apertura de crédito*, *tarjeta de crédito*, *reconocimiento de deuda bancaria*, *concesión de avales y garantías* y los contratos de financiación especializada: *descuento bancario*, *forfaiting*, *arrendamiento financiero* (leasing), *confirmatorio* (confirming) y de *facturación* (factoring), *créditos documentarios*.

b) **Operaciones Bancarias Pasivas:** que dotan de forma contractual las operaciones bancarias de captación de recursos ajenos y que convierten al Banco en deudor del contratante que cede sus recursos monetarios a dicha Entidad. La otra parte contratante, no bancaria, es acreedora de la Entidad Financiera en el monto de la cesión más los intereses y demás condiciones económicas pactados en el contrato bancario pasivo. Los contratos más habituales son: los contratos de *depósitos en cuenta corriente*, los *depósitos a la vista*, las *cuentas de ahorro*, las *libretas de ahorro*, los *depósitos* o las *imposiciones a plazo fijo*, los *pagarés bancarios* y *certificados de depósito*, el *redescuento*.

c) **Contratos Bancarios Neutros o de Servicios:** que contienen los contratos cuyo objeto es la prestación de servicios y actividades bancarias por cuenta de los clientes de las Instituciones Financieras. En este grupo, se incluyen contratos muy diversos cuya característica común es el arrendamiento de servicios bancarios y entre los que cabe destacar: *contratos de cuenta corriente bancaria*, *transferencia bancaria*, *servicios de ingresos*, *cajero permanente*, *alquiler de cajas de seguridad*, *corresponsalía bancaria* y *agencia financiera*, *depósito y administración de valores* y

activos financieros y mediación en la emisión y colocación de valores mobiliarios.

d) **Contratos Bancarios de Garantía:** que conforman jurídicamente relaciones contractuales de aseguramiento y garantía de operaciones bancarias. Son, normalmente, contratos subsidiarios, complementarios o accesorios que tienen por objeto asegurar el cumplimiento de obligaciones principales crediticias o de pago y en donde las Instituciones Financieras exigen la garantía adicional personal o de bienes del deudor o de un tercero. Entre ellos se hallan los contratos bancarios de *afianzamiento*, el *mandato de crédito*, los *contravales* o *contragarantías*, las garantías bancarias reales: *garantías de valores mobiliarios, de mercancías, de documentos cambiarios, de dinero bancario y de derechos de crédito.*

Características especiales de los contratos bancarios

a) Son **contratos de naturaleza mercantil**, nominados algunos de ellos, pero no todos, faltos de regulación legal específica en muchos casos, lo que obliga a una prolija redacción contractual de los mismos y a la aplicación analógica de preceptos civiles y mercantiles de contratos de características similares a los que son objeto de la actividad bancaria.

b) Normalmente son **contratos de adhesión**. La contratación bancaria, al realizarse en masa, ha generado la aparición de los modelos o contratos tipos, formularios en los cuales las condiciones generales vienen impresas, limitándose las partes a pactar habitualmente las condiciones de plazo y cuantía, tipo de interés y aun en muchos casos el tipo de interés vendrá determinado automáticamente por el plazo y la cuantía, todo ello sin perjuicio de aquellos contratos que por las características propias de la operación se formalizan y redactan para un caso concreto. Las condiciones generales de la contratación bancaria deberán cumplir los requisitos legales establecidos por el Banco Central.

c) **Existen unos especiales modos de comprobación de las prestaciones contractuales.** La contratación de los Bancos, precisamente porque se trata de una contratación en masa exige un medio fácil y rápido de comprobar las prestaciones bancarias, que no puede ser otro que la precisión en las anotaciones contables.

d) **Buena fe recíproca.** El principio de la buena fe característico de la contratación mercantil cobra especial vigencia en el ámbito bancario, ya que como dice GARRIGUES, “*el uso social ha hecho que el contrato bancario sea en mayor medida que en ningún otro un contrato de buena fe basado en la recíproca confianza*”. Esta buena fe recíproca descansa tam-

bién en el “secreto bancario”¹⁰ que es la protección a la intimidad personal basada en el conocimiento de los datos bancarios y financieros de la clientela.

e) Se inscriben en la actividad principal de intermediación en el crédito, o es complementaria de esta.

f) Sus **objetos esenciales de contratación** son: 1) el dinero tanto el legal (billetes de banco y monedas) como el bancario (imposiciones a plazo, certificados de depósito, etc.), 2) el crédito (en sus distintas manifestaciones como apertura de crédito, préstamo, descuento, concesión de avales, etc.), 3) o los títulos valores, y demás instrumentos financieros.

g) Son contratos que **implican jurídicamente la comparecencia ineludible de una Institución Financiera**, como parte contratante que singulariza el contrato y además, porque este tipo de operatoria bancaria solo puede realizarse por quien desde la perspectiva jurídico-administrativa pueda ejercer esta actividad en Cuba tal como reconoce el mencionado Decreto Ley 173.

OPERACIONES ACTIVAS

Préstamo bancario de dinero. Concepto

El préstamo bancario de dinero es el contrato más tradicional de inversión de los recursos bancarios, su operación activa más importante y el origen del negocio de las instituciones financieras.

Garrigues distingue los distintos supuestos que se incluyen en el concepto genérico del préstamo bancario:

I. El préstamo bancario de dinero, que es un contrato por el que se transmite capital, generalmente dinero, para su utilización temporal por el prestatario. Jurídicamente el préstamo se caracteriza por el hecho de que las cosas que se entregan son fungibles (*dinero u otra cosa fungible*). Este hecho configura la obligación de restitución como una obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, según dice el texto legal citado.

II. El préstamo de títulos en general, que se prevé en el artículo 312 del Código de Comercio, establece la forma en que debe quedar cumplida la obligación de restitución del prestatario. Los títulos se entregan y se reciben aquí como cosas fungibles. De ahí que la obligación del deudor consista en devolver otros tantos de la misma clase e idénticas condiciones, o sus equivalentes si

¹⁰Resolución 66 Ministro-Presidente BCC “Reglamento sobre el secreto bancario” de fecha 1 de junio de 1998, GOO No.31/98.

aquellos se hubiesen extinguido. El prestatario adquiere la propiedad de los títulos recibidos y puede, en consecuencia, disponer de ellos, enajenándolos, aplicándolos a sus propios negocios bajo la forma de prenda, etcétera. El prestamista no puede reivindicar los títulos; no solo porque se entregaron sin identificar por notas individuales, sino porque, aunque pudiese identificarlos, ha perdido la propiedad sobre ellos. En la quiebra del prestatario el prestamista será considerado como acreedor ordinario, sometido a la ley de dividendo. En el caso de mora del deudor, siendo el préstamo de títulos, como esos títulos producirán normalmente un rédito, la cifra de este será el importe de la indemnización.

En la práctica bancaria se da una doble hipótesis del préstamo de títulos, según que el prestamista sea el Banco o sea el cliente. Esta última hipótesis es la que se designa en la doctrina italiana con el nombre de comodato bancario.

III. El préstamo de firma. A veces el Banco no presta dinero, sino que presta su firma al cliente, cosa que le permite a este obtener dinero de otro Banco o concertar operaciones o contratos en los cuales la otra parte exija que un Banco garantice el cumplimiento del contrato o las posibles responsabilidades de su cliente. Estos contratos tienden a la concesión de crédito de un tercero no contratante y pueden ser agrupados bajo la rúbrica de *mediación en la adquisición de crédito*.

Se trata de reforzar el crédito del cliente, no mediante la constitución de una garantía real, sino a través de una fianza o garantía personal que el Banco presta a favor del cliente. Esta garantía o aval bancario puede ser expresa (contrato de fianza, aval en letra de cambio) o encubierta (interposición de la firma del Banco para permitir al cliente el descuento de una letra en otro Banco).

IV. La apertura de crédito puede definirse como “aquel contrato por el cual el banco, se obliga dentro del límite pactado y mediante una comisión que recibe del cliente, a poner a disposición de este y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo del cliente”.

Existen distintas acepciones del concepto del préstamo bancario; para J. R. CANO RICO¹¹ es “el contrato por el cual una persona (prestatario) que ha recibido de otra (Institución Financiera prestamista) una suma de dinero y se obliga a devolverle la misma cantidad recibida en el plazo pactado para la devolución más los intereses devengados”.

El profesor Garrigues destaca el hecho de que los tratadistas no suelen estudiar el préstamo entre las operaciones bancarias activas, y ello es así, porque no existe una teoría propia del préstamo bancario diferente de la

¹¹Manual práctico de contratación mercantil, 5ta. edición actualizada por José Cano Rico.

general del préstamo mercantil, al menos en lo que al préstamo de dinero se refiere. Las peculiaridades del préstamo bancario, señala MARTÍ SÁNCHEZ,¹² provienen de la intervención de un Banco como parte del contrato y consisten, de un lado, en su carácter de contrato de adhesión a las condiciones generales elaboradas unilateralmente por la Institución Financiera (circunstancia inherente al carácter de contrato en masa), y de otra parte, y fundamentalmente, en quedar sometido a las normas de control público de la actividad bancaria, normas imperativas relativas a materias que afectan a la economía general.

Naturaleza jurídica y mercantilidad del préstamo bancario de dinero

La configuración del préstamo por la doctrina tradicional, ha sido la de considerarlo como el prototipo de los contratos reales, esto es de los que se perfeccionan con la entrega de la cosa, que el prestatario ha de restituir, según nuestro Código Civil.¹³ El propio cuerpo establece una definición de préstamo bancario.¹⁴

En la práctica bancaria, se considera perfecto el contrato cuando hay acuerdo de voluntades y se pactan por escrito las condiciones, considerándose, que la entrega de dinero viene a ser un acto de ejecución y no un contrato nuevo, por lo que se viene a considerar al préstamo bancario como un contrato consensual, lo que armoniza con las teorías sostenidas por autores alemanes, para quienes el carácter real del préstamo y otros contratos, no es sino una reminiscencia del sistema formalista romano.

Garrigues, por su lado, junto con la mayoría de los autores latinos, considera que el requisito de la entrega de la cosa no es un mero requisito formal, ya que no puede nacer la obligación de devolver la cosa si antes no ha sido entregada.

La consideración de préstamo bancario como contrato real o consensual adquiere su especial importancia al considerar el carácter unilateral o bilateral de las prestaciones, ya que en el primer caso (contrato real) únicamente genera obligaciones a cargo de una de las partes, en este caso del prestatario, como es la obligación de restituir la cosa y la de pagar los intereses y en el segundo caso (contrato consensual) generaría obligaciones por las dos partes, ya que el prestamista se obligaría a la entrega de la cosa.

¹²Martí Sánchez: “El préstamo bancario de dinero”, en *Contratos bancarios y parabancarios*, 1998.

¹³Código Civil, art. 379.

¹⁴Idem., art. 447.

Resumiendo podríamos señalar que el contrato de préstamo bancario de dinero en la realidad de la práctica bancaria es:

a) Un contrato consensual que se perfecciona por el mero consentimiento plasmado en el documento contractual de préstamo y que la entrega del dinero bancario prestado, que puede ser anterior, coetánea o posterior al otorgamiento del contrato, es un acto de ejecución de las condiciones establecidas en el contrato. Este queda perfeccionado desde la firma completa del contrato de préstamo, que ratifica el acuerdo de voluntades alcanzado.

b) La calificación de contrato consensual genera obligaciones para las dos partes y por tanto es bilateral. El prestamista deberá entregar la suma de dinero pactada y el prestatario deberá devolver el dinero bancario prestado más los intereses establecidos en el contrato.

c) Es un contrato oneroso, pues la Institución Financiera percibe una remuneración (intereses y comisiones) por la cesión en préstamo del dinero bancario.

d) Es un contrato formal que se documenta por escrito, tal y como exige el Decreto Ley 172.

El Código de Comercio considera mercantil el préstamo cuando concurren las siguientes circunstancias: 1^{ra}: Si alguno de los contratantes fuere comerciante. 2^{da}: Si las cosas prestadas se destinaren a actos de comercio.

Esta doble consideración del artículo 311 del Código de Comercio nos llevaría al aparente contrasentido de que la mayoría de los préstamos bancarios no son mercantiles. Para el Tribunal Supremo Español¹⁵ el carácter mercantil de dichos préstamos se da, cualquiera que sea el destino que se dé a los fondos, siempre que el prestamista sea un empresario cuya profesión consista precisamente en conceder créditos y préstamos.

Esta doctrina tiene su apoyo legal en el Código de Comercio que en el artículo 175, enumera entre las operaciones propias de las Compañías de Crédito la de prestar sobre efectos públicos, acciones u obligaciones, géneros, frutos, cosechas, fincas, fábricas, buques y sus cargamentos, y otros valores, así como en el artículo 177 del mismo cuerpo legal que menciona el préstamo entre las operaciones propias de los Bancos de emisión y descuento, y como dispone el artículo 2º del Código de Comercio, al estar nominadas estas operaciones en el mismo como actos de comercio.

¹⁵Sentencia del 9 de mayo de 1944.

Por otra parte, el artículo 320 del Código de Comercio declara el carácter mercantil del préstamo con garantía de efectos negociables.

Distinción de figuras afines al préstamo bancario

El contrato de préstamo se diferencia de figuras afines como los contratos de apertura de crédito, depósito irregular y descuento por las siguientes distinciones:

a) Apertura de crédito. La doctrina tradicional destacaba que mientras el contrato de préstamo es un contrato real que se perfecciona con la entrega de la cosa, el contrato de apertura de crédito es consensual y se perfecciona con la apertura de la citada cuenta de crédito. En mi opinión esta diferenciación en la práctica bancaria diaria ya no existe y deben reputarse, como ya hemos dicho, ambos contratos como consensuales.

La diferencia básica actual es que en la apertura de crédito pone a disposición del acreditado fondos bancarios hasta el límite establecido en el contrato y por un plazo también delimitado, percibiendo periódicamente los intereses sobre las cantidades dispuestas, así como las comisiones estipuladas, obligándose el contratante a devolver a la Entidad Financiera las cantidades adeudadas en el plazo estipulado. El contrato trae consigo la apertura de una cuenta corriente bancaria en la que se anotan las disposiciones e ingresos que va efectuando el contratante.

Por el contrario, en el contrato de préstamo las Instituciones Financieras entregan las sumas de dinero a los contratantes con la obligación por parte del prestatario de devolver el principal y abonar los intereses y comisiones producidas, diferenciándose del contrato de apertura de crédito en que la disposición del dinero prestado se hace de una sola vez por el importe total del préstamo concedido. Financieramente esta diferenciación es más clara porque en el crédito se cobrarán intereses solo sobre las cantidades dispuestas y por el plazo de disposición, puede realizar ingresos en su cuenta de crédito con lo que aminorará el pago de intereses y en el préstamo se cobrarán intereses desde el momento de la entrega del dinero prestado y por la totalidad del capital del préstamo pendiente de pago.

Desde esa misma perspectiva financiera, los sistemas de amortización del préstamo y crédito son distintos, porque la apertura de crédito se amortiza y liquida, transcurrido el plazo pactado, con el cierre de la cuenta aperturada que implica el cálculo de los intereses devengados por los períodos de disposición del dinero y sobre la base del crédito dispuesto y, en cambio, en el préstamo se establecen sistemas de amortización del principal muy variados

que contemplan financieramente la amortización de capital e intereses en función del plazo pactado y de las posibilidades o necesidades del prestatario (cuotas constantes de amortización de capital, anualidades, semestralidades o mensualidades constantes de capital e intereses, amortización única de capital e intereses, etcétera).

b) Depósito irregular. Es, según la doctrina mercantilista tradicional, el depósito de dinero que realizan en las Instituciones Financieras las personas físicas y jurídicas cuando no se devuelven los mismos billetes o efectivo metálico depositado, sino que se entregan otros de la misma especie y calidad. Por ello, el depósito dinerario bancario no cuadra en el concepto de contrato de depósito del Código Civil y de ahí que fuera preciso acuñar el concepto de depósito irregular en el que el depositario se obliga a restituir otro tanto de la misma especie, calidad y en idéntica cantidad, lo que le asimila al contrato de préstamo. La diferencia, según Garrigues, es que la causa de uno y otro contrato es distinta: en el préstamo se recibe dinero de un capitalista y en el depósito se entrega dinero a un capitalista.

c) Descuento bancario. Es el contrato mediante el cual el Banco previa deducción del tipo de descuento, anticipa al cliente el importe de un crédito no vencido contra tercero, mediante la cesión, salvo buen fin, del crédito mismo.

Contenido y elementos personales del contrato de préstamo bancario de dinero

En la concepción tradicional del préstamo bancario como contrato real y unilateral origina obligaciones solo para el prestatario, que vienen a ser las generales del contrato de préstamo mercantil, con la característica de que, junto a la obligación de restituir el *tantundem*, siempre existe en los préstamos bancarios el pacto de pagar intereses, ya que no se concibe una operación bancaria de carácter gratuito. Sin embargo, existe una postura doctrinal, a la que nos adherimos sobre la base de la experiencia práctica, que lo califica de contrato consensual de carácter bilateral con obligaciones de entrega por el prestamista y de pago por el prestatario.

Obligaciones del prestatario

1. La principal obligación del prestatario es la de restituir la suma prestada y viene impuesta por los artículos 379 del Código Civil y 312 del Código de Comercio, consistiendo la obligación en devolver no las mismas cosas o monedas prestadas, sino, otro tanto de la misma especie y calidad el día del vencimiento o en los diversos plazos de amortización parcial pactados.

2. La obligación de pagar intereses ha de pactarse expresamente,¹⁶ reputándose interés toda prestación pactada a favor del acreedor.¹⁷ Si el prestatario ha pagado intereses sin estar estipulado, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital. El préstamo bancario se presume, en cualquier caso, como retribuido debiendo el prestatario abonar los intereses establecidos o, en su defecto, los intereses legales. En caso de mora del deudor,¹⁸ la indemnización consistirá en el abono del interés pactado para este caso o, en su defecto, el tipo legal. Lo corriente es que en los contratos se establezca un tipo de interés más elevado para el caso de que el prestatario incurra en mora como sanción por incumplimiento de los plazos pactados.

El artículo 317 del Código de Comercio niega la posibilidad del anatocismo legal o de producción *ope legis* cuando dice que “*los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses*” admite, sin embargo, el anatocismo convencional cuando dice en su inciso segundo que “los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos que, como aumento de capital, devengarán nuevos réditos”.

Obligaciones de la Institución Financiera

1 La entrega del capital comprometido. Una vez otorgado el contrato de préstamo, la Institución Financiera asume la obligación de entregar los fondos prestables consignados en el contrato en la forma establecida en el mismo. Dicha entrega se realiza normalmente mediante abono en la cuenta del prestatario en la misma Institución Financiera, entrega de cheque, o mediante transferencia a la cuenta del vendedor en otra Entidad si el destino del préstamo es la adquisición de bienes.

2 El cumplimiento de la normativa bancaria que afecta a este tipo de operaciones activas.

Elementos personales

Conviene señalar que el **prestatario** deberá tener la capacidad necesaria para tomar dinero a préstamo tanto si se trata de persona física como en

¹⁶Código de Comercio, art. 314: “Los préstamos no devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito”.

¹⁷Ídem, art. 315 “(...) Se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor”.

¹⁸Ídem., art. 316 “Los deudores que demoren el pago de sus deudas después de vencidas, deberán satisfacer desde el día siguiente al del vencimiento, el interés pactado para este caso, o en su defecto el legal”.

el caso de persona jurídica, que deberá estar suficientemente representada a efectos del otorgamiento del contrato.

Desde la perspectiva del **prestamista**, que en estos préstamos bancarios coinciden con el de una persona jurídica, deberá tener la condición de Institución Financiera, y su representante o representantes deberán poseer la capacidad precisa para conceder el préstamo de que se trate, con las limitaciones que para cada Entidad se establecen por la propia normativa que las disciplina (límite de riesgos en empresas filiales o en una sola persona, inversiones obligatorias en créditos, coeficiente de inversión obligatorio, concesión de préstamos o créditos a favor de personas vinculadas con las Instituciones Financieras¹⁹ Instrucción 25/04 BCC, con las que existe un tratamiento diferenciado y un régimen especial de control,²⁰ etcétera).

El contrato de apertura de crédito bancario. Concepto

No existe en nuestro Derecho un concepto legal de este contrato, limitándose únicamente el Código de Comercio a citarlo en el artículo 175, número 7, al referirse a las operaciones de las compañías de crédito. Para encontrar un concepto legal hemos de acudir al Derecho comparado, así el artículo 1.842 del Código Civil italiano de 1942 lo define diciendo que: *la apertura de crédito bancario es el contrato por el cual el Banco se*

¹⁹Instrucción 25/04 BCC,

SECCIÓN III. Transacciones con personas vinculadas. Se consideran personas naturales o jurídicas vinculadas a la propiedad o gestión de la Institución Financiera las siguientes:

- Miembros de las Juntas Directivas, de los Consejos de Administración o de los Consejos de Dirección;
- Socios o accionistas de la institución financiera;
- Dirigentes, funcionarios y empleados;
- Familiares de las personas mencionadas en los epígrafes anteriores, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;
- Entidades en las que sus directores o gerentes ocupen iguales o similares cargos que los que ocupan en la institución financiera;
- Entidades cuyos socios, accionistas o dirigentes lo sean a su vez de la institución financiera;
- Cualquier persona que mantenga una relación con la institución financiera en virtud de la cual la Dirección de ésta suela recibir órdenes.

²⁰Acuerdo No. 227 del Consejo de Dirección del BCC Sobre las Normas para la concesión de préstamos a las personas naturales o jurídicas vinculadas a la propiedad o gestión de las instituciones financieras de fecha 23 de noviembre de 1998.

obliga a tener a disposición de la otra parte una suma de dinero por un cierto período de tiempo o por tiempo indeterminado.

Doctrinalmente Garrigues lo define como “contrato por el cual el Banco se obliga dentro del límite pactado y mediante una comisión que recibe del cliente, a poner a disposición de este y a medida de sus requerimientos sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que permitan obtenerlo al cliente”.

SÁNCHEZ CALERO²¹ lo conceptúa como aquel contrato “por el cual el acreditante, a cambio de la percepción de una comisión, se compromete, dentro de los límites de cantidad y tiempo pactados, a conceder crédito al cliente, bien haciéndole entregas de efectivo o efectuando prestaciones que permitan obtener efectivo, o que generen un deber aplazado de pago”.

Las **características del contrato de cuenta de crédito** bancario son las siguientes:

- a) El compromiso por parte del Banco de poner a disposición del cliente sumas de dinero o en general medios de pago.
- b) El cliente y como contrapartida a esta obligación del banco, se obliga a pagar una comisión de apertura sobre el total o límite del crédito concedido y una comisión generalmente trimestral sobre el saldo medio no dispuesto o comisión de disponibilidad.
- c) El cliente pagará los intereses correspondientes al tipo pactado sobre las cantidades dispuestas y por el tiempo que haya dispuesto.

Naturaleza jurídica de la cuenta de crédito bancaria

El problema de la naturaleza jurídica del contrato de cuenta de crédito bancario, tiene, como dice Garrigues, indudable trascendencia práctica, por cuanto su resolución contribuiría a esclarecer algunos conceptos no del todo exactos, pero que han arraigado en la mentalidad de los banqueros. Existen tres teorías principales a este respecto:

- a) Teoría del préstamo. La asimilación del contrato de cuenta de crédito bancario con el de préstamo es corriente, sobre la base de que normalmente se produce una entrega de dinero al acreditado, que ha de restituirlo junto con los intereses y las comisiones respectivas.

²¹F. Sánchez Calero: *Instituciones de Derecho Mercantil*, 1997.

Nuestro Código de Comercio sí establece diferenciaciones en el artículo 175.7 entre prestar y abrir créditos en cuenta corriente. Y ello es así, porque la obligación de restituir, no puede servir para asimilar uno y otro contrato; ya que si bien en el préstamo esta obligación nace desde el mismo momento de su perfección, en la apertura de cuenta de crédito no nacerá hasta que el cliente disponga de las cantidades, e incluso puede llegar a no disponer de cantidad alguna, en cuyo caso no habrá obligación de restitución.

Además, como señala Sánchez Calero la apertura de crédito no puede equipararse al préstamo porque la apertura de crédito se caracteriza por la creación de una disponibilidad a favor del acreditado, pero ello no equivale a la disponibilidad propia de los depósitos de efectivo, sino que debe ser entendida como la facultad otorgada al cliente de tener acceso libre al patrimonio de la entidad acreditante para que, dentro de los límites pactados, dicha entidad efectúe prestaciones crediticias.

b) Teoría del contrato preparatorio del préstamo. Esta teoría pretende salvar la antítesis que se genera entre el contrato de préstamo y el de apertura de crédito, real el primero, según la doctrina tradicional, y consensual el segundo, al considerar que la apertura de cuenta de crédito viene a ser un contrato que irá generando diversos contratos de préstamo a medida que se vayan haciendo las entregas al acreditado. Sin tener en cuenta que las diversas entregas del banco no engendran diferentes obligaciones de restitución por parte del cliente, sino una sola, por lo que no hay diferentes contratos de ejecución, sino un solo contrato, cuya ejecución se desdobra en diversas prestaciones.

c) Teoría del contrato autónomo. Esta teoría viene avalada por la mayoría de la doctrina española; así Garrigues, Uría y Broseta lo consideran como un contrato consensual, autónomo, principal y bilateral.

Uría opina que el contrato es uno y los eventuales y sucesivos actos de disposición del crédito, mirados desde el lado pasivo, no son más que actos de cumplimiento de la obligación única de suministrar fondos, asumida por el banco.

El contrato de cuenta de crédito bancario es consensual, principal, bilateral y atípico, cuyo objeto consiste en atribuir al acreditado una variada disponibilidad sobre los fondos del banco. Al ser un contrato consensual se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, sin que para su eficacia sea precisa forma alguna, ya que ni el Código de Comercio ni ninguna Ley especial exige forma alguna, ni tampoco está comprendido en la excepción al principio de libertad de forma contenido en el artículo 52 del Código de Comercio.

Garrigues rechaza la posibilidad de una apertura de crédito pactada verbalmente, que originaría problemas de prueba.

Contenido del contrato de cuenta de crédito bancario

Como contrato bilateral que es, produce **obligaciones** para ambas partes.

Para la entidad crediticia:

- a. poner a disposición del acreditado en la forma y tiempos pactados las cantidades solicitadas hasta el límite máximo establecido;
- b. el servicio de cuenta corriente que implica las anotaciones contables de los cargos y abonos derivados de los ingresos y disposiciones realizadas por el acreditado en la cuenta y las liquidaciones periódicas pactadas en el contrato;
- c. cumplir las normas específicas relativas a la transparencia de las operaciones.

Para el acreditado:

- a) el pago de la comisión de apertura y otras pactadas;
- b) reintegrar a la Entidad financiera el saldo a su favor que tenga la cuenta de crédito;
- c) abonar intereses por las cantidades y el tiempo dispuesto;
- d) los contratos suelen contener cláusulas sobre el pago de los impuestos y gastos que origine el contrato a cargo del acreditado.

El contrato se extingue por las siguientes causas:

- a) por el vencimiento del plazo de duración fijado en el contrato o el de prórroga en su caso;
- b) la quiebra o insolvencia definitiva o provisional de alguna de las partes;
- c) la muerte del acreditado;
- d) el incumplimiento del contrato;
- e) denuncia por cualquiera de las partes si el contrato se ha efectuado por tiempo indeterminado.

Los descubiertos o sobregiros en cuenta corriente bancaria

Los excedidos en cuenta de crédito bancaria

Son dos conceptos relacionados que derivan de la existencia de una cuenta corriente y la producción de un sobregiro sobre los saldos de la misma,

tanto si está basado en un contrato simple de cuenta corriente bancaria (descubierto o sobregiros) como si se basa en un contrato de crédito bancario en cuenta corriente (excedido).

En el caso de los descubiertos en cuenta corriente, el cliente cuentacorrentista realiza una disposición de fondos mayor que los que tiene disponibles en su cuenta corriente bancaria y esta sobredisposición genera automáticamente una posición deudora del cuentacorrentista con el banco por la cantidad equivalente a la suma dispuesta con exceso sobre el saldo de la cuenta más los intereses y comisiones establecidas. Los excedidos en cuenta de crédito se producen cuando el acreditado ha dispuesto de fondos por encima del límite del crédito autorizado por el banco en el contrato.

Ambos supuestos son operaciones bancarias de activo en donde los bancos asumen mayores riesgos que se producen por estas concesiones crediticias imprevistas inicialmente en los contratos reguladores de las cuentas corriente bancarias, aunque ya se prevén en los contratos bancarios de apertura de crédito, y cuya autorización ha de ser inmediata sin la necesaria ponderación de los riesgos asumidos.

En los descubiertos en cuenta corriente o excedidos en cuenta de crédito, los tipos de interés efectivos se calcularán aplicando el período de liquidación más corto entre los habitualmente practicados por la entidad en sus descubiertos o excedidos. Los tipos publicados para los descubiertos en cuenta corriente, los excedidos en cuenta de crédito y los otros tipos de referencia podrán acompañarse también de los tipos nominales. Los excedidos en cuenta de crédito podrán expresarse, alternativamente, como recargos sobre el tipo contractual del crédito, en cuyo caso se hará constar con la palabra “recargo”.

Contrato de tarjeta de crédito. Concepto

VICENT CHULIÁ²² la define sintéticamente como “un documento de material plástico resistente que permite al titular adquirir bienes y servicios (no dinero, como en el cheque) sin efectuar su pago inmediato”.

El Tribunal Supremo Español señaló que “su naturaleza jurídica es semejante a la de los títulos valores, pues en ella la nota de incorporación del derecho a un título, ni la literalidad es absoluta desde el momento en que todo lo no convenido entre el banco y el titular se refleja en la tarjeta de crédito, ni el principio de autonomía o independencia entre el título y el negocio subyacente resplandece con toda nitidez, siendo además dichas tarjetas

²²Vicent Chuliá: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, 1991.

personalísimas e intransferibles, estando proscrita la transmisión a tercero de las mismas y de los derechos que representan”.²³

Contrato de descuento bancario

El descuento comercial es una rebaja, una compensación de una parte de la deuda. Desde el punto de vista bancario es toda operación que consista en sustituir un capital o conjunto de capitales por otro mediante un determinado acuerdo financiero.

Existen numerosos conceptos de Descuento. En un intento de resumen planteamos que “es una operación financiera-legal, mediante la cual una persona (natural o jurídica) anticipa al propietario de un crédito, antes de su vencimiento, parte del valor del mismo, siendo intrínseco el traspaso de la propiedad del crédito y/o la entrega de una garantía”.

El descuento es, pues, un contrato de crédito singular en el que las Instituciones Financieras conceden a sus clientes fondos prestables garantizados por el pago del crédito descontado contra tercero y cuyo reembolso obtendrá de este en el momento de su vencimiento o en su defecto y en virtud de la cláusula “salvo buen fin” del cliente descontante. El crédito descontado se cede al Banco *pro solvendo* y no *pro soluto*.

El descuento bancario, o descuento de efectos comerciales (*Discount of Commercial Paper*), también llamado “Descuento de Papel”, como norma, tiene respaldo en un contrato, que para VICENT CHULIÁ²⁴ es atípico, aunque no innominado al ser mencionado en el Código de Comercio, mientras que RODRIGO URÍA lo considera una típica operación financiera.

Características

Es un contrato **autónomo**: igualmente, presenta elementos de cesión de crédito para pago, ya que en caso de pagar mediante entrega de documentos mercantiles los entiende cedidos para pago, no extinguiendo la deuda, sino quedando en suspenso, hasta que se haya realizado o perjudicado por culpa del acreedor a quien se entregan.

Es **real y unilateral**: al originar obligaciones solo para el cliente por lo que presenta elementos del préstamo.

Es **oneroso**, pues cada parte obtiene beneficios monetarios. El cliente obtiene una liquidez inmediata, y la financiera obtendrá una ganancia al cobrar el vencimiento.

²³Sentencia de 22 de noviembre de 1976.

²⁴Rodrigo Uría: *Derecho Mercantil*, 1997.

Es **no formal**, aunque existen legislaciones que exigen que toda actividad financiera esté respaldada por contratos escritos, en la práctica, puede ser descontado un título sin la existencia de contrato colateral.

En caso de quiebra del aceptante, el pago verificado antes del tiempo prefijado en la obligación se hará con el descuento correspondiente.

Se considera esencial o implícita la “cláusula salvo buen fin” del crédito cedido. Si el deudor cedido no paga al vencimiento, estará obligado a hacerlo el cedente, siendo ejercitable la acción de reembolso. Este aspecto lo incluye Uría en el propio concepto que da, aunque, en determinados momentos pierde la esencialidad pues puede pactarse el descuento sin recurso.

En una operación de descuento podemos identificar dos capitales financieros que se mueven;

1.- Efectivo, o primer capital: importe que recibe el cliente, descontando del principal del título el descuento bancario y otros gastos. Tiene su vencimiento en la fecha que se realiza el descuento.

2.- Nominal, o segundo capital: importe que obtiene el banco, si se cobra al vencimiento, obteniendo como compensación un margen comercial igual a la diferencia entre el nominal y la suma anticipada.

La diferencia entre ambos capitales es el descuento efectuado que se obtiene, por lo general, a través de la aplicación del descuento simple comercial ($\text{Descuento} = \text{Nominal} - \text{Efectivo}$).

El cliente que realiza el descuento recibe inicialmente el efectivo, reembolsándose la entidad que descuenta a la fecha de vencimiento, el nominal del título. El efectivo es de un importe menor que el nominal y la entidad percibe, como compensación por el anticipo del capital del título, la diferencia entre el nominal y el efectivo, llamada descuento. En resumen, el Nominal es la cantidad a descontar y el Efectivo es el capital que se recibe, una vez descontados los intereses.

Tipos de descuentos

Según el tipo de documento:

1. cambiario: cuando el título de crédito objeto de descuento es un título cambiario (letra de cambio);
2. de otros títulos de crédito: como son los pagarés, cartas de crédito;
3. de otros documentos: son los contratos, recibos, talones.

Según la forma en que se realiza:

1. comercial, o de papel comercial;

2. financiero;
3. con cuenta de compensación;
4. al Tirón;
5. de Certificaciones;
6. forfait;
7. redescuento.

Sujetos participantes

1. Beneficiario del descuento: aquel que solicita el descuento, por lo general, el tomador/tenedor de la letra de cambio.
2. Deudor del título de crédito: el obligado de la letra de cambio.
3. La persona (jurídica o natural) que descuenta: generalmente financiera, pero no excluyente de otros interesados, es quien lleva a cabo el financiamiento, contrayendo el riesgo relativo a la operación si el librado no paga al vencimiento y también si el librador no puede asumir el pago del nominal del título.

Tipos de descuentos atendiendo a la forma en que se realiza

Descuento comercial

Llamado así porque generalmente se aplica entre banqueros y comerciantes, o al menos fue entre ellos su surgimiento y posterior desarrollo a gran escala. Es el valor nominal de la letra, pagaré o documento de crédito que se entrega al cobro adelantado, calculándolo según el tanto por ciento fijado de antemano y según el tiempo que medie entre el día en que se hace el descuento y la fecha de vencimiento del documento.

Se realiza mediante libramiento o endoso a su nombre, de efectos comerciales (Letras de cambio, pagarés, etc.) creados para movilizar el precio de las operaciones de compraventa de bienes o prestación de servicios. El efecto comercial es cedido al banco por el legítimo tenedor (tomador o cedente).

Representa una forma de financiar al vendedor en operaciones de compraventa de bienes o servicios con aplazamiento del pago.

El banco media entre el tenedor (tomador o cedente) y el librado. Al vencimiento, el librado debe realizar el pago; en segunda instancia el cliente, quien responde en caso de impago por parte del librado.

Descuento financiero

Llamado por algunos autores como “descuento impropio” o “racional”. Es el anticipo de un crédito puro concedido por el banco a su cliente, que es el aceptante del título valor. Una modalidad de financiación de la actividad productiva o comercial del cliente a corto plazo, o sea, es una modalidad de préstamo bancario formalizado mediante aceptación o emisión por el prestatario, de letras o pagarés creados sin otro antecedente causal.

Constituye el interés que correspondería al valor actual del documento, el correspondiente a una cantidad que impuesta al tanto por ciento dado, diera exactamente al vencimiento, acumulados capital e intereses, el valor nominal de la letra en cuestión.

El banco y el cliente pactan la entrega de un capital inicial (efectivo del descuento) con el compromiso de devolver un capital final (el nominal del efecto) cuando llegue su fecha de vencimiento.

El capital prestado es el efectivo y su amortización se realiza con un pago único, que se corresponde con la suma del capital prestado más los intereses. El librador del título valor es el propio banco y el librado su cliente. La aceptación del título valor es la garantía que recibe el banco.

La operación se realiza solo entre dos sujetos, el banco (librador-tomador) y el cliente (librado), respondiendo por el pago solo este último. El análisis de riesgo es solo al cliente (aceptante) pues es el único garante (garante en sí mismo).

Para Vicent Chuliá no es más que “... un préstamo modalizado no tanto por la cesión de un crédito contra un tercero, sino por la firma del cliente descontatario puesta en una letra de cambio, que concede al cliente acción ejecutiva contra el cliente y otros firmantes, a título de fiadores” al considerar que el cliente podría entregar al banco un pagaré emitido por él. Continúa refutando el concepto de *descuento impropio*, alegando la falta de “un crédito contra un tercero”.

Contrato de redescuento

Operación de descuento realizada por la institución financiera que previamente descontó el efecto y lo tiene en su poder, con otra institución financiera o generalmente, con el Banco Central. Se aplica una tasa de redescuento que no es más que la tasa de interés que deben pagar los bancos comerciales para pedir dinero al Banco Central. Los sistemas bancarios de muchos países permiten a sus bancos comerciales acudir a la ventanilla de descuento del Banco Central para obtener fondos de corto plazo mediante el “descuento” de su cartera de créditos. El Banco Central cobra una tasa

preestablecida por este servicio, la llamada tasa de redescuento que normalmente sirve de base a la tasa de interés del mercado. Sin embargo, como los riesgos del redescuento son menores, puesto que el crédito se concede de financiera a financiera, la tasa de redescuento también es menos elevada que el descuento sirviendo la diferencia entre ambos tipos de beneficio para el banco que acude al redescuento.

Por lo tanto, si el Banco Central desea elevar las tasas de interés, puede aumentar la tasa de redescuento y, a la inversa, si desea reducirlas, puede disminuir dicha tasa. Conforme la tasa sube, los bancos están menos deseosos de pedir financiamiento, y una tasa descendente los motiva a hacer lo mismo.

Se utiliza por los gobiernos para la orientación de la masa monetaria, regular la liquidez de los bancos y del mercado monetario en general.

Los vencimientos de los redescuentos y anticipos no pueden exceder el plazo de los documentos que los garanticen y los importes recibidos por los bancos por esos conceptos no pueden ser empleados para la expansión de sus créditos. En la práctica, no es común en nuestro país. No existe normativa conocida respecto a la tasa de redescuento.

Los créditos bancarios de firma

Las Financieras prestan en muchas ocasiones su aval o firma a las operaciones y contratos que realizan sus clientes para garantizar su cumplimiento. Se trata de operaciones bancarias activas en las cuales en lugar de conceder al cliente dinero efectivo en forma de crédito o préstamo se le presta la fianza bancaria o el aval de la Institución Financiera para que pueda acceder a otros medios de financiación o para realizar operaciones o concluir contratos en donde se exija la garantía bancaria para asegurar las obligaciones contraídas por el cliente.

Los créditos de firma suponen un compromiso por parte del Banco de hacer frente a una obligación de pago en caso de no hacerlo el cliente al que se presta la garantía bancaria. La prestación de la garantía bancaria requiere una relación de confianza del Banco que concede su aval hacia el cliente que lo solicita.

ZUNZUNEGUI²⁵ señala que el préstamo de firma es una operación compleja de carácter triangular que integra una relación subyacente establecida entre el cliente y el beneficiario, un mandato del cliente al banquero de otorgar la garantía a favor del beneficiario, y una relación de garantía que surge

²⁵*Derecho del Mercado Financiero*, 1997.

cuando el banquero se obliga con el beneficiario de conformidad con el encargo recibido del cliente. Hay, pues, una comisión mercantil vinculada a la concesión de una garantía personal.

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

Las modalidades del crédito de firma, a las que nos referiremos a continuación, son básicamente: el aval y la fianza bancaria, la cosuscripción cambiaria, las cartas de crédito o de confort y las garantías autónomas del comercio internacional.

El aval, el preaval y la promesa de aval

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

Las características del aval bancario son las típicas de todo afianzamiento: En el aval existen tres **partes intervinientes**:

- a) El avalista o fiador que es una Institución Financiera que presta su garantía personal como persona jurídica hasta el límite establecido en el documento de aval.
- b) El avalado, garantizado o afianzado que es el cliente bancario que se beneficia de la prestación del aval bancario que es el obligado principal de la obligación garantizada.
- c) El acreedor que es aquel ante quien se presta el aval o fianza y ante el que la entidad crediticia asume la obligación cuando incumpla el avalado o garantizado.

El aval o fianza bancaria, que son términos equivalentes en la práctica bancaria, es un contrato consensual, pues se perfecciona por el mero

consentimiento aunque debe ser formalizado por escrito y es oneroso porque implica, por parte del cliente avalado, el pago de comisiones de formalización del aval y de riesgo asumido en la operación avalada. Son contratos mercantiles, al tratarse de contratos bancarios, a los que se aplicarán las normas del Código de Comercio relativos al afianzamiento mercantil (artículos 439 y siguientes del Código de Comercio).

Se dividen en:

- a) Aavales o fianzas bancarios de carácter público: que son los exigidos para garantizar determinadas situaciones jurídicas de carácter público o administrativo o ligadas al ejercicio privado de funciones públicas o con trascendencia administrativa pública.
- b) Aavales o fianzas bancarios de carácter privado: cuyo origen es la exigencia de un aseguramiento bancario de una operación o contrato privado formalizados entre particulares o instituciones privadas.
- c) Preavales: son aquellos que, aunque no constituyen un compromiso en firme, una Institución Financiera manifiesta una buena disposición para conceder su aval en su día con unas determinadas condiciones.
- d) Las promesas de aval: son los compromisos asumidos por una Institución Financiera de prestar su aval o fianza a un cliente. Es una promesa de contrato en firme que genera la obligación de la Institución Financiera promitente de prestar su aval o fianza en el momento en que el cliente lo requiera o cuando se den determinadas circunstancias.

La línea de aavales

En determinadas actividades económicas se exigen continuamente aavales bancarios para el ejercicio de estas y por ello se han creado los denominados contratos de cobertura de riesgos por prestación de aavales o contratos de línea de aavales mediante los cuales una Institución Financiera pacta con un cliente una línea de crédito de firma hasta un límite máximo garantizado. Dentro del límite garantizado la financiera emitirá aavales o fianzas singulalizadas, individualizadas, pagando el cliente una comisión de formalización de cada aval y una comisión de riesgo de cada operación.

El contrato de línea de aavales es un contrato regulador, consensual, de garantía personal, de plazo indefinido, y recomendable que sea protocolizado por Notario. Es un contrato que guarda cierta similitud con la línea de crédito o de apertura de crédito aunque con la diferencia básica de este contrato

en que no se apertura un crédito de efectivo dinerario, sino un crédito de firma bancaria pero que en su estructura básica es muy similar, pues el cliente solo podrá disponer del crédito de firma hasta el límite pactado y pagará las comisiones solo sobre los avales dispuestos.

Las garantías a primer requerimiento

Se trata de fórmulas de garantía procedentes del derecho comercial internacional que se denominan también *garantías o fianzas a primera demanda, avales a primer requerimiento o garantías o fianzas a primera solicitud o primer aviso*. Son garantías personales que presta un fiador, normalmente una Entidad Financiera, por la que se obliga a pagar una suma pecuniaria, al beneficiario de la garantía, en el mismo momento en que este lo requiera y se la reclame en la forma y términos estipulados. El garante no podrá oponer excepciones derivadas de la relación causal o subyacente.

Es un contrato de garantía autónomo definido por Carrasco Perera como “aquel contrato de garantía personal por la que un tercero (Institución Financiera normalmente) intercede ante el acreedor garantizando el cumplimiento de determinadas obligaciones de un deudor principal, con la particularidad de que la obligación de pago del garante se funda en, y vence por, la sola reclamación de pago hecha por el acreedor —unida acaso a otros requisitos formales— sin que el garante pueda discutir la corrección material de esta reclamación desde la perspectiva del deudor principal ni oponer al pago las excepciones que este deudor pudiera oponer al acreedor en la relación de valuta”.

Se ha considerado que las garantías autónomas o independientes constituyen una nueva modalidad de garantías personales surgida al amparo del principio de autonomía de la voluntad. En este tipo de garantías personales, la banca garante asume una obligación distinta, autónoma e independiente de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza. La banca garante no puede oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que derivan de la relación de garantía; ya que la obligación del garante es abstracta e independiente del contrato inicial garantizado. Del contrato de garantía autónoma surge una obligación líquida, determinada en el contrato y pagadera a su mera reclamación. Del pago de la garantía surge el derecho al regreso del garante frente al ordenante de la garantía prestada.

Las cartas de *confort* o patrocinio

Las cartas de patrocinio, cartas de *confort*, *confort letters* o *letter of responsibility* nacen en el ámbito de las relaciones financieras entre los grupos de sociedades, *holdings* o empresas madres y sus empresas componentes, subsidiarias o filiales y tienen por objeto reforzar la financiación de esas empresas filiales, dependientes o integrantes del grupo. Son declaraciones de voluntad de la Sociedad Matriz del grupo o Sociedad tenedora de las acciones de la empresa financiada en la que se manifiesta, con más o menos vinculación, el compromiso ante una Institución Financiera de asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por una empresa filial en una operación activa de financiación o el buen fin de la misma.

La relación de *patronage* se produce cuando la sociedad matriz solvente de un grupo societario o empresarial, emite una declaración escrita dirigida a una Institución Financiera comunicando su propia posición, la relación de influencia o dominio que ejerza sobre una de sus sociedades filiales, y ello como un medio de apoyo para la financiación cuyo beneficiario aspira a ser precisamente la sociedad filial en cuestión. En tales circunstancias la sociedad emisora asume una serie de compromisos más o menos onerosos y más o menos vinculantes en relación con el acreditante, con lo que acaba involucrando de alguna manera al *patronnant* en el buen fin de la operación.

Calvo-Blanco Morales conceptúa este tipo de documentos como aquellos en que *el declarante-patrocinador (sociedad matriz) con el propósito de secundar al patrocinado (una sociedad perteneciente al holding, que ella controla en mayor o menor medida) en la conclusión o renovación de un crédito con una entidad bancaria, suministra a esta un documento, redactado de forma epistolar, que contiene informaciones y declaraciones de índole muy diversa, con el que se pretende alentar la certeza del buen fin de la operación.*

No existe una uniformidad y disciplina en el contenido de las cartas de patrocinio, por lo que hay que analizarlas casuísticamente y no llegar a una declaración unitaria sobre la validez y eficacia de las declaraciones de patrocinio, considerando que pueden estar formadas por declaraciones de diverso valor y tenor, de manera que los compromisos que de ella se derivan cubren una gama de efectos para su emisora que van desde los meramente vinculantes en el plano de la moral hasta otros de una intensidad tal que incluso parecen desbordar los caracteres propios de una garantía típica. Por tal motivo, se dice que constituyen una “garantía con eficacia variable”.

La variabilidad de su eficacia en principio va a depender directamente de la multiplicidad y de la intercambiabilidad de los posibles contenidos diferentes que conforman este instrumento, de manera que el juicio de valor a

emitir en cada caso queda condicionado de manera especial por las concretas declaraciones y cláusulas adoptadas.

Existen multitud de cláusulas o declaraciones en potencia conformantes de una carta de patrocinio, agrupándose en cláusulas de carácter positivo y de carácter negativo. Las positivas implican un compromiso activo para el *patronnant*, y las negativas comportan una promesa de su emisor de no debilitar a la sociedad dominada en su condición financiera o en su capacidad para cumplir con sus compromisos. La solidez y real eficacia de una carta de patrocinio depende de que se reúnan y combinen tales cláusulas.

Según el nivel de compromiso adquirido en su contenido existen varias clasificaciones. Cano Rico las denomina débiles y fuertes; *cartas de patrocinio débiles* en donde simplemente la sociedad matriz comunica a la entidad financiera su conocimiento y aprobación de la operación de financiación; y *cartas de patrocinio fuertes* en las que la sociedad madre se compromete a garantizar la financiación, o da una promesa de reembolso de la deuda generada por la financiación o simplemente adquiere el compromiso de mantener su presencia accionarial en la sociedad filial financiada.

Para Valenzuela Garach son tres familias o grupos. Una primera es la de carácter informativo o enunciativo, donde el *patronnant* se limita a declarar su conocimiento y su aprobación del financiamiento. En esta, normalmente el emisor adquiere el deber de comunicar al acreedor la eventual cesión de las acciones de la sociedad dominada.

Una segunda familia incluye, además de las declaraciones anteriores, la vinculación del *patronnant* de ejercer toda su propia influencia sobre la dominada, al objeto de que la deuda de esta última quede regularmente satisfecha. Este tipo de declaraciones es el que presenta mayor complejidad, pues provoca la aparición de no pocas imprecisiones, pues este deber de ejercer influencia parece constituir una obligación jurídicamente vinculante, cuando no siempre es así.

Una tercera familia es donde el *patronnant* “asegura” en el documento que su sociedad filial no será nunca insolvente y que cumplirá regularmente, para lo que incluso se compromete a dotar a la deudora de los medios necesarios. Este tipo de declaraciones representa un grado superior de vinculación y es bastante habitual atribuirle una discutible naturaleza contractual.

Con las cartas de patrocinio se logra el ahorro de los trámites a veces difíciles y gravosos que acarrea toda concesión de una garantía formal, al propio tiempo que la sociedad *patronnant* elude su plasmación en el balance social. Con ello se logra no sobrecargar su pasivo, y evita además, una publicidad no siempre deseable sobre el estado financiero del grupo societario, de modo que se ayude a salvaguardar la razón del prestigio y la “imagen” externa del grupo, cuya fiabilidad podría ponerse en discusión por la noticia

de que las financiaciones bancarias a las filiales quedan subordinadas a la garantía prestada por la sociedad matriz. A ello deben sumarse las razones fiscales y los motivos valutarios que concurren particularmente en el caso de multinacionales extranjeras.

Igualmente, desde el punto de vista operativo o interno a la sociedad *patronnant*, con la carta de patrocinio se logra una indudable simplificación del procedimiento de estipulación social de las garantías, puesto que, incluso en los supuestos societarios en que concurren eventuales cláusulas estatutarias que exijan una deliberación del órgano de administración para la asunción de obligaciones derivadas de un afianzamiento, parece suficiente, y generalmente se acepta, la suscripción de la concreta declaración de patrocinio por un administrador.

Créditos documentarios. Concepto

Son instrumentos de pago y financiación en el comercio internacional que tienen por objeto garantizar el precio en las compraventas de plaza a plaza extranjera.

Su disciplina normativa internacional se halla en los Usos y Reglas Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios, redactados por la Cámara de Comercio Internacional y cuya última revisión data de 1993. En los mencionados Usos y Reglas... se halla la definición del crédito documentario que es “todo convenio, cualquiera que sea su denominación o descripción, en virtud del cual un banco (banco emisor), obrando a petición y de acuerdo con las instrucciones de un cliente (ordenante) deberá efectuar un pago a un tercero (beneficiario), o a su orden, o deberá pagar, aceptar o negociar las letras de cambio (giros), que libre el beneficiario o autorizar que tales pagos sean efectuados, o que tales giros sean pagados, aceptados o negociados por otro banco, contra entrega de los documentos prescritos, siempre que las cláusulas y condiciones estipuladas hayan sido cumplidas”.

URÍA describe el funcionamiento del crédito documentario de la siguiente forma: el comprador de un bien abre un crédito en su Banco, dándole orden de pagar al vendedor contra presentación de los documentos del contrato. Si la disposición del crédito por el vendedor-beneficiario se hace —como es normal— girando contra el comprador una letra que el banco acreditante acepta, entonces la letra (letra documentada) va acompañada de esos documentos, que sirven de garantía al banco, al permitirle retener la entrega de las mercancías y conservar la disponibilidad de las mismas en tanto no le reembolse el comprador los gastos, intereses y comisión.

Elementos personales del crédito documentario

Los sujetos que normalmente intervienen en el crédito documentario son:

- a) El ordenante, comprador o importador, es el que contrata con el vendedor la compra de la mercancía y, basándose en dicho contrato, da a su Banco las instrucciones oportunas para que abra un crédito documentario a favor del beneficiario.
- b) El banco emisor del crédito, que es quien en muchos casos financia la operación por cuenta del comprador y quien adquiere el compromiso —revocable o irrevocable— de aceptar los documentos a su presentación.
- c) El beneficiario, vendedor o exportador, que es quien ha de recibir el importe de los documentos a su presentación y entrega.
- d) El banco negociador o intermediario, que es el que como consecuencia de las instrucciones del Banco emisor y una vez analizado su riesgo comunica la apertura del crédito al beneficiario, con o sin su confirmación, según las instrucciones recibidas.

Clases de créditos documentarios

La clasificación básica de los créditos documentarios es la siguiente:

- 1) Crédito revocable, que es el que permite al Banco emisor modificar o anular en cualquier momento el crédito sin necesidad de informar al beneficiario y sin su consentimiento.
- 2) Crédito irrevocable, que es el que obliga al Banco emisor a pagar el precio o a aceptar o descontar las letras de cambio que representan el precio de la operación siempre que las cláusulas y condiciones del contrato de crédito se hayan cumplido. El Banco emisor se obliga no solo frente al vendedor o exportador-beneficiario, sino también frente al comprador o importador ordenante.
- 3) Crédito irrevocable confirmado, es un crédito irrevocable en el que el Banco negociador o intermediario añade su confirmación que supone la obligación firme de que todas las estipulaciones de pago o aceptación de efectos serán debidamente cumplidas. O si se trata de crédito con negociación de letras que el Banco intermediario que ha confirmado negociará las mismas sin recurso contra el librador.

- 4) Crédito irrevocable no confirmado es aquel en que el Banco negociador o intermediario se limita a notificar al vendedor o exportador-beneficiario que el Banco emisor ha concedido un crédito documentario a su favor de acuerdo con la instrucción de sus ordenantes efectuando dicha notificación sin asumir ningún compromiso.
- 5) Crédito transferible y no transferible: según el beneficiario inicial pueda o no transferir a un tercero los derechos derivados del crédito abierto a su favor.
- 6) Crédito divisible y no divisible: según que el mismo se utilice o no en varias disposiciones por haberse realizado embarques de mercancías en distintos momentos.

OPERACIONES PASIVAS

Los contratos de depósito bancario de dinero. Concepto

El depósito bancario de dinero es la operación pasiva más importante de la banca y por la cual esta recibe fondos de sus clientes para custodiarlos y restituirlos en la forma pactada. Este depósito bancario de dinero está caracterizado por la captación de recursos ajenos por las Instituciones Financieras y que convierten a estas en deudoras del depositante que cede sus recursos monetarios en depósito a dichas Entidades quienes a su vez los utilizan para colocarlos en forma de crédito (operaciones activas) a terceros contratantes ajenos a la relación de depósito. En el depósito bancario el depositante asume la posición de acreedor de la Institución Financiera por el derecho a la restitución de los fondos depositados.

SÁNCHEZ CALERO²⁶ señala que los depósitos de dinero que reciben los bancos constituyen su operación pasiva fundamental, que les consiente disponer de fondos para realizar las operaciones activas, y por consiguiente, la actividad bancaria.

BROSETA²⁷ define el contrato de depósito como *el contrato por el cual el Banco recibe de sus clientes sumas de dinero, cuya propiedad adquiere, comprometiéndose a restituirlas en la misma moneda y en la forma pactada, pagando al depositante un interés*. Valpuesta ratifica esta posición doctrinal del traspaso de propiedad al señalar que “en este tipo de contratos el cliente entrega al banco una cantidad de dinero cuya propiedad adquiere la Institución Financiera que puede disponer de esa suma. Esta

²⁶Instituciones de Derecho Mercantil, 1997.

²⁷Broseta Pont: *Manual de Derecho Mercantil*, 1981.

entidad asume la obligación de devolver esa misma cantidad incrementada con los intereses pactados en la mayor parte de los casos, en el tiempo acordado con el cliente”.

GARCÍA PITA se inclina por una definición integradora de la posición contractual y empresarial al señalar que el contrato de depósito bancario es *el contrato por el que las Instituciones Financieras reciben del público fondos reembolsables, cuya disponibilidad a la vista o a plazo fijo adquieren, con objeto de insertar tales fondos en la actividad de intermediación crediticia indirecta, para financiar la realización de operaciones activas y otras inversiones, obligándose a desarrollar las medidas pertinentes para mantener unos niveles de liquidez y rentabilidad análogos a los de la suma dineraria depositada, o —cuando menos— a los pactados en el contrato, debiendo, además, garantizar su reembolso merced a la adopción de medidas de gestión financiera prudente.*

Naturaleza jurídica del depósito bancario de dinero

El depósito bancario de dinero tiene particularidades que le separan de la regulación del depósito mercantil por cuanto dice la doctrina mercantilista tradicional que es un depósito *sui generis* o irregular pues el depositario —en este caso el Banco— utiliza las cosas depositadas —las sumas monetarias— por el cliente. El artículo 309 del Código de Comercio contempla esta posibilidad como una modificación del contrato de depósito que se convierte en préstamo al autorizar al depositante que el depositario utilice la cosa depositada.

No obstante, la mayor parte de la doctrina mercantilista mantiene que el depósito bancario de dinero no es un préstamo, sino un depósito irregular en el que el Banco depositario adquiere la propiedad de lo recibido y se compromete a la restitución en la forma convenida. No es préstamo, pues algunos de sus caracteres no concurren en el depósito bancario de dinero como son: el capital recibido en préstamo se suele reembolsar por el prestatario de una sola vez o en varias por cantidades determinadas en el plazo o plazos establecidos. GARRIGUES afirma que el depósito bancario irregular de dinero no es un préstamo, sino un depósito aunque *sui generis*.

GARCÍA PITA señala que a la vista de los preceptos legales se ponen en evidencia tres hechos:

1. que el depósito bancario no es un contrato “innominado”;
2. que, pese a su profunda atipicidad, el legislador no ha dejado de apreciar la posibilidad de disposición del dinero, por parte del Banco, sin “asentimiento específico” de los depositantes —como parece requerir el artículo 309 del Código de Comercio— porque la ley ya lo prevé;

3. que calificarse expresamente al depósito bancario como “depósito irregular”, y no como préstamo, se demuestra una determinada percepción de la causa de este contrato y, en cierta medida, predetermina parcialmente su régimen jurídico.

Características típicas del depósito bancario de dinero

- a) Se diferencia del depósito típico porque se produce un paso de la propiedad del bien depositado al depositario y la consiguiente facultad de uso del mismo. El derecho real del deponente sobre el bien se transforma en un derecho de crédito a la devolución del *tantumdem*, ello asimila estos contratos a la figura de los “depósitos irregulares”.
- b) Una segunda característica diferencial la constituye el hecho de que sea el propio Banco depositario quien pague normalmente al deponente.
- c) En los depósitos a la vista el cliente a menudo no busca como finalidad principal del depósito la custodia del dinero, sino obtener la prestación del servicio de caja por parte del Banco.
- d) En los depósitos a plazo concurren también notas específicas diferenciales respecto del depósito típico. Así no puede ser exigida la devolución, sino en un plazo determinado. Y la finalidad principal perseguida no es la guarda del dinero (pues para ello no hace falta fijar un plazo obligatorio de restitución), sino obtener una rentabilidad del mismo.

SÁNCHEZ CALERO señala que en los depósitos bancarios el dinero entregado por el cliente al banco pasa a ser propiedad de este, que se obliga a devolver otro tanto cuando el depositante se lo pida, salvo que se haya pactado un plazo para la devolución. El cliente tiene un derecho de crédito frente al banco, el cual le faculta a exigir la restitución de los fondos dinerarios que entregó en las condiciones que se pactaron. En esa misma línea, Zunzunegui reconoce que el depósito bancario es un contrato autónomo, que participa de la naturaleza del préstamo mutuo y que se caracteriza como este por la transmisión de la propiedad de los fondos y por el derecho del acreedor al reembolso en el término pactado.

NÚÑEZ LAGOS²⁸ por su parte, señala las notas características de estos depósitos bancarios de dinero:

²⁸Núñez Lagos: *Contratos bancarios*, 1996.

- a) Supone una dación de crédito del depositante al depositario por la que aquel contrae el derecho a que le sea remunerado, en vez de tener que pagar un canon de custodia como en los depósitos normales;
- b) existe una disponibilidad recíproca del depósito por ambas partes, en razón del otorgamiento del crédito anteriormente expresado;
- c) la facultad de establecer compensación de deudas, clientes/bancos.

Vicent Chuliá señala que en el depósito bancario de dinero no existe depósito por cuanto nuestros códigos establecen que si el depositante autoriza al depositario a disponer de la cosa depositada, como necesariamente ocurre en el depósito de dinero, deja de ser depósito. En el depósito bancario de dinero, aun en el reembolsable a la vista, es el banco, presunto depositante, quien retribuye y no a la inversa.

La débil y controvertida construcción jurídica sobre el depósito bancario ha llevado a una alternativa de análisis basada en la conceptualización económica del dinero y su aplicación al dinero bancario en sus distintas modalidades de depósito.

Obligaciones de los bancos en los depósitos bancarios

El Banco tiene las siguientes obligaciones:

- a) La obligación de tener la liquidez suficiente para poder cumplir las obligaciones de reembolso que le impone el depósito.
- b) La devolución total o parcial a petición del cliente acreedor de los fondos depositados. Dicha devolución estará en función de la modalidad de dinero bancario creado: depósito constituido a la vista, con preaviso o al cumplimiento de un plazo pactado.
- c) La obligación de abonar los intereses fijados en el contrato y que es la remuneración derivada de los fondos prestables depositados. El tipo de interés será el que libremente hayan pactado el Banco depositario y el cliente depositante.
- d) El cumplimiento de la normativa aplicable a las operaciones bancarias.

Los pagarés bancarios y los certificados de depósito

Son “valores negociables” emitidos por las instituciones financieras para captar dinero de la clientela por medio de la emisión de estos valores a corto plazo. Son operaciones bancarias pasivas y se basan en las siguientes características:

Pagarés bancarios

Instrumento financiero de colocación de capitales; son activos a corto plazo, entre seis y dieciocho meses como promedio y son títulos valores de reconocimiento de deuda y promesa de pago por parte de una Institución Financiera deudora que los emite para captar recursos externos y computables en sus coeficientes legales obligatorios. En este caso, los bancos emisores ofrecen directamente su propia garantía y solvencia, a diferencia de los pagarés de empresa, en los que actúan como agentes e intermediarios. Los pagarés bancarios son directamente operaciones de pasivo.

Certificados de depósito

Es una forma de acreditar imposiciones a plazo fijo, mediante resguardo con cláusula a la orden, transmisible por endoso o cualquier otro medio que reconozca el derecho común. Son depósitos que se instrumentan en resguardos de depósito de efectivo con el carácter de transferibles. Pueden emitirse al portador, aunque esto los equipararía a los billetes de banco, salvo por la indicación de su vencimiento.

OPERACIONES NEUTRAS

Contrato de cuenta corriente bancaria y otras cuentas bancarias

Sánchez Calero define el contrato de cuenta corriente como “aquel contrato por el que las partes se comprometen a aplazar el vencimiento de sus créditos dinerarios recíprocos hasta el momento determinado, en que se compensarán y se fijará el crédito que resulte a favor de una de las partes”.

Garrigues, por su parte, lo define como “el pacto por el que dos partes estipulan que los créditos que puedan nacer de sus relaciones de negocios perderán al anotarse en cuenta su propia individualidad, de tal modo que el saldo en que se fundan sea el único crédito exigible en la época convenida”.

Para que exista contrato de cuenta corriente es preciso que las partes se obliguen de modo recíproco a no exigir aisladamente los créditos anotados en cuenta y a pagar, en los períodos establecidos o al término del contrato, el saldo que resulte de la diferencia entre las partidas deudoras y las acreedoras a favor de uno de los contratantes.

No existe una legislación mercantil específica aplicable al contrato de cuenta corriente y hay que entender que le es de aplicación la normativa general del Código de Comercio, Usos mercantiles y en su defecto el Código Civil. Los contratos suelen prever las condiciones concretas de los mismos

y pactos especiales que modelan cada uno de los aspectos contractuales que vamos a tratar.

Para Garrigues el objeto del contrato de cuenta corriente está constituido por “las prestaciones recíprocas realizadas por los comerciantes a consecuencia de las relaciones de negocios que medien entre ellos” o, como dice Uría, “por los respectivos créditos que en cuenta se anoten”. Se ha señalado que el contrato habrá de determinar qué clase de créditos se llevarán a la cuenta, pero a falta de dicha estipulación se entenderán incluidos en ellas a todos los que deriven de las relaciones comerciales.

La causa del contrato reside en la recíproca concesión de crédito que se hacen las partes al suspender la exigibilidad de sus respectivos créditos hasta el cierre de la cuenta o a la extinción del contrato en que se hace exigible el saldo.

La Jurisprudencia española señala la distinción entre la cuenta corriente mercantil ordinaria y la cuenta corriente bancaria, y define cada una del modo siguiente:

- a) Cuenta corriente: *es un contrato mercantil por el cual dos personas, por lo general comerciantes, en relación con negocios continuados, acuerdan temporalmente concederse crédito recíproco en el sentido de quedar obligadas ambas partes a ir sentando en cuenta sus remesas mutuas, como partidas de cargo y abono, sin exigirse el pago inmediato, sino el saldo, a favor de la una o de la otra, resultante de una liquidación por diferencia, al ser aquella cerrada en la fecha convenida.*
- b) Cuenta corriente bancaria: *es un contrato complejo de liquidaciones periódicas cualquiera que sea su estado, depósito irregular con devengo de intereses y liquidaciones periódicas por parte del Banco; el depositario adquiere la propiedad de lo depositado, y la concesión del crédito es del cliente al banco, y no viceversa.*

El primer efecto del contrato de cuenta corriente es hacer exigibles los créditos que se van anotando en la cuenta corriente, a medida que se van produciendo, hasta el momento, previamente determinado, en que se cierra la cuenta, y se fija por diferencia el saldo resultante a cargo de la parte deudora.

Esta exigibilidad de los créditos proviene de que su destino es ser compensados unos con otros en la época de cierre. La compensación, para Uría, se operará global y unilateralmente al cierre de la cuenta cuando se fija el saldo por diferencia entre las respectivas partidas del Debe y del Haber.

Pero esto no quiere decir, según señala el citado autor, que, en tanto no se liquide la cuenta, los créditos anotados en ella pierdan su individualidad o el nexo con el título del cual traen origen ni, en definitiva, la novación de las respectivas obligaciones que los generan. Aunque este haya suspendido su exigibilidad hasta el momento del cierre de la cuenta, las obligaciones subsisten durante el período que va desde la inclusión del crédito en la cuenta corriente hasta el cierre de la misma, y es entonces cuando desaparece por consecuencia de la compensación global para quedar sustituida por la obligación única y nueva de satisfacer el saldo resultante que ya trae su causa del contrato de cuenta corriente.

Un efecto natural de este contrato y que puede ser excluido mediante pacto en contrario es la productividad de intereses; no se trata de intereses moratorios, porque la inexigibilidad de los créditos incluidos en la cuenta excluye la posibilidad de la mora, sino de intereses remuneratorios, a modo de compensación por esta inexigibilidad de los créditos. A falta de pactos en el propio contrato de cuenta corriente se estará a lo dispuesto en los usos mercantiles, basándose en los artículos 2 y 50 del Código de Comercio.

El cierre de la cuenta fijará el saldo correspondiente a un determinado momento, que puede ser el de la extinción del contrato u otro anterior. En el caso de que la cuenta corriente se establezca por tiempo indeterminado o por un largo plazo de duración, es habitual que se proceda periódicamente al cierre de la cuenta y a la determinación del saldo líquido de la misma. La fijación de este saldo es el resultado de la compensación global de los créditos y de las deudas anotadas en la cuenta. Determinando dicho saldo y para que sea exigible deberá contar con la aprobación expresa o tácita de ambas partes, teniendo dicha aprobación la naturaleza de declaración confesoria. El saldo aprobado constituye un crédito líquido y exigible por el cuentacorrentista que resulte acreedor.

El contrato de cuenta corriente se extingue:

- a) Por el transcurso del plazo de duración si se pacta al efecto.
- b) Por separación o denuncia unilateral de cualquiera de las partes, si el contrato se hubiere hecho por tiempo indeterminado.
- c) Por el mutuo disenso de las partes.
- d) Por la quiebra, suspensión de pagos, muerte o incapacidad de uno de los contratantes. En estos casos, las causas no operan *ipso iure*, como dice Garrigues, sino a petición de uno de los interesados.

Es un contrato mercantil aun cuando no está tipificado en el Código de Comercio. A pesar del silencio del Código de Comercio, nadie duda del ca-

rácter mercantil de este contrato, nacido, como dice Uría ... *en el tráfico mercantil como creación directa de los comerciantes, y facilita en tal medida la liquidación de las múltiples operaciones de los empresarios con sus clientes, que hoy constituye uno de los más importantes instrumentos de la actividad mercantil moderna.*

En el contrato de cuenta corriente, se aprecia una interrelación de los conceptos de cuenta corriente mercantil, de depósito irregular de dinero, y de mandato o comisión mercantil. Este es especialísimo y de un carácter eminentemente bancario.

El Código Civil cubano, en su artículo 446, lo define como aquel *por el cual la institución bancaria, mediante el pago de la tarifa correspondiente, asume la obligación de abrir una cuenta corriente bancaria a nombre del interesado y ejecutar pagos por orden del mismo, que no excedan del saldo favorable.*

Por su parte, la Resolución No. 76/2000 del Ministro Presidente del Banco Central de Cuba, expone que las entidades cubanas podrán operar cuentas corrientes para operaciones en moneda libremente convertible, (léase ahora pesos convertibles, CUC), la que detalla como aquella *Cuenta para realizar las operaciones relacionadas con el objeto social del titular, a través de la cual se depositan los ingresos y se pagan las obligaciones de su actividad.* La Resolución 42/2004 la reformuló como *estas cuentas reciben los ingresos propios de sus titulares, los aportes de las entidades de su sistema y asignaciones del MEP²⁹ o de los OACE.³⁰*

En ambos cuerpos legales se amplía que; *son a la vista y admite depósitos y extracciones con todos los instrumentos de pago. Los titulares de las cuentas corrientes pueden emitir pagarés y aceptar letras de cambio contra los fondos depositados en ellas. Las mismas pueden ser utilizadas como garantía para obtener financiamientos de cualquier tipo.*

Recientemente se especificó que “Cada titular puede tener solo una cuenta corriente en el banco comercial que seleccione y requiere una licencia del BCC”.

Hoy en día el concepto Institución bancaria aparece remplazado en el Decreto Ley 172, de los Bancos e Instituciones Financieras no Bancarias, por “Bancos”. En el artículo 30 se establece que son los bancos las únicas instituciones financieras autorizadas a abrir y operar cuentas de depósitos en cuentas corrientes, de ahorro y a término, en correspondencia con la licencia que tengan aprobada.

²⁹Ministerio de Economía y Planificación.

³⁰Órganos de la Administración Central del Estado.

El banco no se limita a *abrir una cuenta a nombre de su cliente*, además, el cliente deberá depositar, y mantener en ella, los fondos exigidos por el banco en concepto de saldo mínimo.

Por esta razón es un contrato de depósito irregular de dinero, en el cual el depositario (banco) recibe del depositante (cliente) fondos, con el deber de guardarlos y custodiarlos, a la vez que adquiere su propiedad y libre disposición, con la obligación de restituirlos en determinado momento. Es decir, el banco está facultado para emplear por cuenta propia los fondos recibidos, abonando o no intereses sobre los saldos disponibles. También puede autorizar la disposición transitoria de fondos (descubiertos en cuenta o sobregiros) sin que exista cobertura suficiente para ello, obligándose el cliente-titular a su reintegro inmediato.

El banco no solo *ejecuta pagos por orden del cliente*, también realiza cobros por cuenta de este, ya que el contrato de cuenta corriente incluye un pacto de disponibilidad por instrumentos de pago y un servicio de gestión (servicio de caja) que permite al depositante retirar o ingresar fondos en la cuenta, directamente o mediante un tercero, sin preaviso o aplazamiento de ninguna clase.

Características

Es un contrato especial *sui generis*, consensual, bilateral, de duración o *tracto sucesivo* y normativo, porque regula las futuras relaciones que surjan entre las partes.

- ADHESIÓN, porque el cliente, titular de la cuenta bancaria, está obligado a aceptar las condiciones generales impuestas por la institución bancaria;
- ONEROSO, ya que los servicios realizadas por el banco tienen un costo
- PRINCIPAL, cuando existe de forma autónoma;
- ACCESORIO, si su origen está relacionado con una operación de activo, por ejemplo, un contrato de crédito;
- BILATERAL, ya que existen obligaciones derivadas de diferentes prestaciones por ambas partes;
- ATÍPICO, porque contiene elementos de diversos contratos regulados independientemente;
- NORMATIVO al imponer a las partes una conducta futura, obligándolas a regular y liquidar en una forma determinada las eventuales relaciones crediticias que entre ellas puedan constituirse, sin

originar obligaciones concretas de dar, hacer o no hacer inmediatamente exigibles;

- DE TRACTO SUCESIVO porque se pacta para una duración, un período de tiempo más o menos largo.

CONTRATOS DE SEGURO

M. SC. ALEJANDRO VIGIL IDUATE

ANTECEDENTES Y DESARROLLO

La institución del seguro, cuyas primeras manifestaciones se remontan a la sociedad esclavista y cuyo desarrollo se inicia en la Edad Media, reviste una importancia cardinal en la sociedad moderna, ya que las personas están constantemente sometidas a un conjunto de diversos riesgos de que sobre ellas, sus bienes o patrimonio en general se produzcan consecuencias patrimoniales desfavorables que requieren de medios económicos suficientes para ser reparadas. El contrato de seguro tiene como finalidad esencial, prevenir o reparar esos efectos patrimoniales desfavorables o las necesidades que un riesgo genera.

El seguro, como todas las instituciones del derecho mercantil, ha evolucionado históricamente en forma internacional. Nació como seguro marítimo en Italia, se desarrolló y tomó impulso en España; se difundió y adquirió forma jurídica en Francia, Países Bajos y en la ciudad germana de Hansas; y maduró en Inglaterra, especialmente en la rama incendio y vida, cuando comenzó el período de la empresa aseguradora.

Surgido inicialmente en la Edad Antigua como una promesa de pago de una suma si un barco no llegaba a su destino, a cambio se cobraba de antemano el precio de esa promesa, surgió así la figura del seguro marítimo, antecedente del seguro como tal.

En 1730-1685 a.n.e. en la edición del TALMUD o CÓDIGO DE HAMMURABI se definió de manera clara un contrato especial conocido con el tiempo como Préstamos a la Gruesa.

Los fenicios comprendieron la necesidad de unir sus esfuerzos en sus aventuras marítimas, para evitar un peligro común, en sus viajes por el Mediterráneo en sus frágiles embarcaciones. Surgió la idea de repartirse la pérdida, sacrificando los bienes que más a mano tuvieran y contribuyendo los que

salvaron la barca y sus mercancías a reintegrar el valor de los bienes sacrificados en beneficio de todos; de ahí surge la idea de la Avería Gruesa.

En las postrimerías del Imperio romano, asumió gran importancia la organización de las personas más humildes en Mutualidades. Ejemplo de estas fueron:

- La *Collegia Militum*: Ayudaba a sufragar los gastos de mudanzas de los militares trasladados de guarnición.

- El *Collegia Funeraticia*: Cooperaba con los gastos del sepelio y auxiliaba a la viuda y huérfanos del difunto.

En la Edad Media, a partir del siglo x, se da un auge de asociaciones mutualistas como la Guilda Anglosajona y la Hermandad Germana.

En un inicio las cláusulas del riesgo marítimo estuvieron consideradas como accesorias de otros tipos de contratos, como el de compraventa, por ejemplo. El hoy contrato de Seguro mediante el pago de una prima, surge en el siglo xiv, independizándose del resto de los contratos.

Los primeros contratos de que se tiene referencia, denominados Póliza, fueron los de Génova 1374, Pisa 1385 y Florencia 1397. Italia cede primacía comercial a España y también le cede las normas sobre aseguración, las cuales fueron ordenadas y adaptadas en las Ordenanzas de Barcelona en 1436, 1458 Y 1461.

En la Edad Moderna los comerciantes ingleses empiezan a dedicarse a empresas marítimas, junto con holandeses, portugueses, franceses y españoles.

En 1688, estaban de moda en Inglaterra las cafeterías, como centro de reunión para los fines sociales y comerciales, adquiriendo relevante importancia la cafetería de Edward Lloyd, ya que a la misma asistían comerciantes y hombres de negocios vinculados con el negocio marítimo (fletaban y vendían barcos o mercancías), convirtiéndose en un centro de información mundial fidedigna, requisito indispensable para asegurar el éxito del Seguro.

Aquellos comerciantes serían los primeros aseguradores individuales.

Impulsados por el éxito de sus negocios, se asocian y publican en 1760 el primer registro de buques, denominado el *Lloyds Register of Shipping*, que todavía hoy existe y es considerado el más importante para todos los interesados en el negocio marítimo.

En el siglo xix nacieron y se desarrollaron los seguros agrícolas, el de accidentes y el de responsabilidad civil, e hizo su aparición el de vida.

En la segunda mitad del siglo xix el Reaseguro asumió su verdadera función técnica. Los pequeños aseguradores autónomos fueron remplazados por grandes sociedades.

En el siglo xx se perfecciona todo lo anterior, surgen nuevos seguros como el aéreo, grandes compañías controlan el mercado.

EL SEGURO EN CUBA

En Cuba, la actividad aseguradora ha sido desarrollada a lo largo de su historia por distintas entidades nacionales y extranjeras. En 1795 se constituye en La Habana la primera compañía de seguros marítimos de Cuba, la cual funcionó hasta 1804. En 1855, se funda la compañía El Iris, primera compañía de seguros mutuos contra incendios.

En 1862 comienzan a operar compañías de seguros inglesas, canadienses, americanas y otra muchas. El 13 de abril de 1875 fue fundada la Asociación Cubana de Compañías de Seguros.

En 1955 operaban 149 compañías, distribuidas en 69 cubanas, 36 inglesas, 31 norteamericanas, 6 canadienses, 2 suizas, 2 brasileñas, 1 española, 1 irlandesa y 1 australiana.

Al triunfo de la Revolución muchas de las compañías que operaban en nuestro territorio cerraron, o se mantuvieron inactivas y provocaron una situación de caos en el mercado que exigió la intervención directa del Gobierno Revolucionario para proteger los intereses de los asegurados y del propio país.

Entre los problemas principales presentados estaban las protecciones de reaseguro que requerían los aseguradores cubanos y extranjeros, ya que las mismas estaban contratadas con reaseguradores norteamericanos o a través de sus casas matrices en los Estados Unidos. Tales protecciones fueron automáticamente canceladas a raíz de las primeras nacionalizaciones, lo cual provocó que estas compañías dejaran de suscribir nuevos riesgos, al no contar con reaseguro para sus excedentes.

Asimismo, muchos ejecutivos y personal especializado de seguros abandonaron el país, dejando a las compañías totalmente inoperantes.

La Ley 851 de 1960 decreta la nacionalización de casi 50 agencias norteamericanas de seguro radicadas en Cuba, declarándose adjudicadas al Estado cubano y se designa para su administración al Banco de Seguros Sociales de Cuba (BANDESCU). Se crea a fines del propio año la Oficina de Control de Seguros para regir todos los negocios desarrollados por las entidades aseguradoras.

El 9 de abril de 1963 se creó la Empresa de Seguros Internacionales de Cuba (ESICUBA), dedicada a los seguros necesarios para el desarrollo del comercio exterior, miembro de organizaciones internacionales y ejecutora de las reclamaciones y reaseguros necesarios.

En 1964 inicia sus actividades la Empresa Nacional de Seguros (ENSEG), bajo el régimen de financiamiento presupuestario, con las funciones de aten-

der los negocios traspasados por la Oficina de Control, fiscalizar y atender las compañías extranjeras intervenidas, comprobación contable de las que se encontraban en liquidación y nacionalización e integración de las 13 compañías cubanas que quedaban en el sector privado.

En 1968, la Ofensiva Revolucionaria elimina la actividad de los corredores de seguro.

La Resolución 330/1970 del Banco Nacional de Cuba disuelve en 1970 la ENSEG, asumiendo ESICUBA las carteras de seguros que poseían determinada incidencia en la economía del país.

El 11 de diciembre de 1978 se crea la actual Empresa de Seguros Nacionales (ESEN), la cual tiene como objetivo fundamental desarrollar los distintos tipos de seguros nacionales, especializándose en los seguros personales, de responsabilidad civil y de bienes.

ESICUBA desde su creación brindó cobertura a todos los riesgos vinculados a la economía exterior del país, la aviación, los buques mercantes y pesqueros, las cargas del comercio exterior, las propiedades cubanas en el extranjero (embajadas, consulados, etc.) y otros de similar naturaleza.

Sin embargo, en la medida en que el Estado pasaba a ser dueño de los medios de producción, asumía a su cuenta (a cuenta del Presupuesto del Estado) más y mayores riesgos sin intervención del mecanismo financiero del seguro y solo aquéllas propiedades que se vinculaban a terceros no cubanos continuaron necesitando protecciones de seguros.

Durante la década de los 80 comenzaron a surgir los primeros intereses extranjeros y la actividad reaseguradora de ESICUBA había alcanzado cierto nivel en el mercado internacional. Con el objetivo de agilizar sus operaciones internacionales, adoptar un estilo de trabajo más comercial y desvincular claramente sus obligaciones de las del Estado, a partir de 1987 ESICUBA se transformó en una sociedad mercantil, adoptando la denominación social de Seguros Internacionales de Cuba, S.A. y manteniendo las siglas ESICUBA como nombre comercial.

Desde 1996 y durante siete años funcionó Aseguradora del Turismo, La Isla S.A., la que se especializó en seguros generales asociados al sector del turismo, sociedad liquidada en el 2003, asumiendo ESICUBA las obligaciones pendientes.

Igualmente, funcionó algunos años la Reaseguradora de la Habana, S.A., quien se encargó de colocar en el mercado externo los riesgos cubiertos por las aseguradoras cubanas, e igualmente ESICUBA asumió la tarea de continuarla.

Funcionan como corredor de seguros Heat Lambet de Cuba, S.A. y Asistencia al Turista S.A. (ASISTUR), la cual, a su vez, opera igualmente como Compañía de Asistencia.

Hoy, más de un centenar de agentes de seguros, personas naturales y jurídicas, realizan su labor de intermediación entre la ESEN y los clientes. INTERMAR funciona como auxiliar.

La necesaria intervención del Estado en la actividad aseguradora, encaminada tanto a preservar los intereses del país, como a la protección de los derechos de los asegurados y beneficiarios del seguro, se regula por el Decreto-Ley No. 177 de septiembre de 1997 Sobre el Ordenamiento del Seguro y sus Entidades, el que establece un conjunto de normas dirigidas a ordenar el mercado de seguros en general y a establecer el control de la actividad aseguradora en el país, la que podrá ejercitarse por sociedades anónimas, por sociedades mutuas y por empresas estatales.

Se dispone además que el control administrativo se ejercerá por el Ministerio de Finanzas y Precios, a través de la Superintendencia de Seguros de Cuba, organismo rector de dicha actividad en el territorio nacional y encargado de ejercer el control, la regulación y la fiscalización de las entidades dedicadas a la actividad aseguradora y reaseguradora y de los comedores, agentes, corredores y auxiliares del seguro.

CLASES DE EMPRESAS DE SEGUROS

Para que exista el contrato de seguro se requiere de toda una organización económica y técnica capaz de ofrecer una auténtica y eficaz seguridad en la cobertura de los riesgos que a través del contrato se persigue, lo que presupone la existencia de una mentalidad, bien por medio de la asociación de una pluralidad de personas que en común soportan y reparan, mediante su recíproca distribución, los efectos que produzcan los siniestros que puedan producirse sobre ellos (sociedad mutualista); o por medio de una entidad que recibe de sus aseguradores primas periódicas y determinadas por cada seguro estipulado, parte de cuyo importe se integra en reservas especiales destinadas a reparar o a cubrir los daños o las necesidades que los siniestros provocan en los asegurados (empresas y sociedades de seguros).

La Entidad de Seguros es aquella cuya actividad se encuentra orientada a la práctica del seguro. En la mayoría de los países, solo puede ser llevada a cabo por personas jurídicas, y mediante alguna de las formas de sociedad, u otras formas de organización económica, que reconocen como válidas las respectivas legislaciones, no siendo posible la práctica del seguro por personas naturales, salvo contadas excepciones como la del Lloyd's de Londres.

Las características esenciales de las entidades de seguros son las siguientes:

- Exclusividad de actuación. La entidad aseguradora debe dedicarse con carácter exclusivo a la práctica de operaciones de seguros o de actividades

con ellas relacionadas o auxiliares, como el reaseguro y la inversión de su patrimonio.

- Sometimiento a normas de vigilancia oficial. El carácter social o público de la actividad aseguradora y el sistema de adhesión con que se contratan las pólizas de seguro (la adhesión existe desde el momento en que, generalmente, es la entidad aseguradora la que establece los términos y condiciones que regirán las relaciones contractuales entre ella y el asegurado), exigen una vigilancia especial de dicha actividad, ejercida por organismos oficiales especializados, de modo que, en general, toda la actividad de la entidad aseguradora esté sometida a medidas de fiscalización y control técnico, económico y financiero por parte de instituciones estatales.

- Operaciones en Masa. No solamente por tendencia normal en las empresas, sino por propia exigencia técnica, las entidades de seguros tratan de conseguir el mayor número posible de asegurados, esto es que cuantas más operaciones logren, tanto más amplia será la diversidad de riesgos alcanzada y mejor el servicio de compensación de riesgos a sus asociados.

- Exigencia de capital inicial. Casi todas las legislaciones exigen a las entidades de seguros que tengan un capital mínimo que garantice el cumplimiento de los compromisos económicos por ellas asumidos.

- Garantía financiera. Además del capital mínimo, se requieren otras garantías financieras, como depósitos iniciales de inscripción en valores que ofrezcan una especial seguridad, inversión de reservas técnicas en bienes de determinadas características, constitución de márgenes de solvencia y la regulación, en general, de sus inversiones.

Nuestra legislación acepta:

- sociedades anónimas
- empresas estatales
- mutualistas

Sociedades anonimas

La Sociedad Anónima de Seguros es aquella entidad mercantil que se dedica a la práctica del seguro privado. Su característica fundamental, por la que se diferencia notablemente de la mutualidad, radica en que ha de procurar retribuir, en forma de dividendos, el capital aportado por sus accionistas.

En este sentido, mientras en la compañía anónima existen dos sectores de personas netamente diferenciados (socios o accionistas y asegurados o clientes), en la mutualidad ambos grupos coinciden, al ser inseparable la condición de socio de la de tomador del seguro o asegurado.

El objetivo básico es fundamentalmente económico (máxima retribución posible del capital o acciones).

Los seguros privados son los gestionados por las entidades aseguradoras con quienes los asegurados contratan libremente, las coberturas que les interesen, según los contratos que ofrecen.

Empresas estatales

Las creadas por decisión estatal, con personalidad jurídica y patrimonio propio, respondiendo de sus obligaciones.

Sociedades mutuas (Mutualidades)

Una Mutualidad es la entidad aseguradora constituida por la asociación de personas que se reparten entre sí los riesgos que individualmente les corresponden, fijando las cantidades con que cada una de ellas habrá de contribuir al resarcimiento de los daños o pérdidas colectivas.

En cualquier forma de Mutualidad la piedra angular de esta son los mutualistas. Puede definirse como tal a la persona asociada a una mutualidad. Normalmente, cualquier persona natural o jurídica puede solicitar su ingreso en una mutualidad presentando solicitud de seguro de los riesgos en que quiera asegurarse. La aceptación de la solicitud, emisión de la correspondiente póliza y pago de la prima inicial, salvo en aquellos casos en que se admita el pago diferido, confieren la cualidad de mutualista, que se mantiene mientras se satisfagan las primas sucesivas en la forma procedente.

Hay, no obstante, casos en que para ser mutualista es preciso satisfacer una cuota, inicial o periódica, independiente de la prima de riesgo.

El objeto fundamental de una mutualidad es la consecución de una cobertura colectiva y mancomunada frente a los riesgos individuales de sus asociados, al mínimo coste posible, puesto que el precio de la garantía solo estará representado, en líneas generales, por el importe de las indemnizaciones satisfechas, más los gastos de administración.

Su objetivo básico es eminentemente social (mejor servicio al coste más reducido posible). En la práctica las mutualidades han de procurar ampliar sus reservas y obtener así un beneficio en sus operaciones.

Dentro de este régimen asociativo, cabe distinguir, a efectos prácticos, entre Mutuas Puras (a prima variable) y Sociedades Mutuas (a prima fija).

Las primeras, al final de cada ejercicio realizan una distribución del coste de los siniestros entre todos los asociados, en la proporción previamente determinada. Normalmente, cobran de cada uno de ellos una cantidad inicial de entrada, para tener fondos con que ir haciendo frente a los siniestros

durante el ejercicio y reducir el trabajo administrativo de repartir el coste siniestro por siniestro.

En general, estas Sociedades Mutuas tienen un ámbito operativo limitado a grupos de personas ligadas por algún vínculo orgánico y en tipos de riesgos específicos. Se han desarrollado especialmente en el seguro de incendios, principalmente de edificios, en que los asegurados son normalmente solventes.

Por el contrario, las Sociedades Mutuas de prima fija tienen características de trabajo y técnicas semejantes a una aseguradora con forma de Sociedad Anónima, puesto que cobran una prima inicial y pueden efectuar al final del ejercicio un reparto de los excedentes entre sus asegurados, del mismo modo que las sociedades anónimas lo llevan a cabo entre sus accionistas en forma de dividendos.

Las sociedades mutuas generalmente trabajan en varios ramos y tienen carácter nacional, utilizando la mecánica del reaseguro, creando reservas patrimoniales y empleando agentes para la obtención de sus operaciones, etcétera.

Este tipo de sociedad está gravada fundamentalmente por el importe de las indemnizaciones más los gastos de administración, sin dejar de cuidar la eficacia y responsabilidad de sus dirigentes-socios.

CLASIFICACION DE LOS SEGUROS

El seguro tiene como función la de reponer al asegurado, tras un siniestro, en una situación personal o patrimonial lo más próxima posible a la anterior a sufrirlo; o, si ello no es posible, darle una compensación económica que atenúe los efectos del daño.

Debe observarse que se habla de compensación económica, nunca de negocio, ya que la naturaleza del seguro rechaza que de él pueda obtenerse beneficio, pues incentivaría el fraude.

Existen numerosas clasificaciones, una primera clasificación podría establecerse así:

- Seguros personales: vida, accidentes, etcétera. Solo admiten compensación parcial de naturaleza económica.
- Seguro de daños: incendio, robo, transporte, etcétera. Sí están bien estudiados, reponen al asegurado en la situación patrimonial previa al siniestro.

También se pueden clasificar en voluntarios y en obligatorios.

BROSETA PONT hace la siguiente clasificación:

a) Seguros contra daños o de estricta indemnización en cuyo grupo se integran y clasifican diversos ramos, según que el riesgo para el que se contrata la cobertura recaiga sobre una relación (interés) que une al asegurado con cosas concretas (por ejemplo: seguro contra incendios, de transporte, etc.), con derechos determinados (por ejemplo: seguro de crédito) o con la totalidad de su patrimonio amenazado por el nacimiento de una deuda (por ejemplo: seguro de responsabilidad civil y reaseguro).

b) Seguros de personas, de previsión o de capitalización y ahorro en el que integran y clasifican diversos ramos, según que el riesgo asegurado recaiga sobre personas y para el caso de que el siniestro se produzca se pacte la entrega de sumas o de prestaciones pecuniarias concretas, independientemente del daño que produzca el siniestro contemplado.

Se habla de los seguros comerciales generales, estos comprenden todos aquellos seguros encaminados a proteger los intereses de una organización de carácter comercial, contra los diversos riesgos a los cuales la misma está expuesta.

El concepto como tal no es muy utilizado en los mercados de habla hispana, donde normalmente suelen llamarse seguros empresariales y se contraponen al término de seguros personales, el cual como lo indica la palabra está fundamentalmente orientado a la protección de las personas naturales en su más amplio espectro.

Es bueno destacar en este punto que las clasificaciones anteriores (seguros empresariales o comerciales y seguros personales) tienen un carácter puramente comercial en relación con segmentos de mercado identificados, pues como clasificación legal se reconocen en nuestro Código Civil los siguientes tipos de seguros:

- Seguro de Bienes
- Seguro Personal
- Seguro de Responsabilidad Civil

Por su parte el Código de Comercio de 1886 recoge las siguientes clasificaciones:

- Seguro contra Incendios
- Seguro sobre la Vida
- Seguro del Transporte Terrestre
- Otras clases de seguros
- Seguros Marítimos

La Resolución 217/2000 del Ministerio de Finanzas y Precios adoptó la clasificación de los ramos y modalidades de seguro en nuestro país, ajustada a lo establecido en los Códigos Civil y de Comercio y, en tanto sea legalmente posible, a los criterios de clasificación y codificación propuestos por la Asociación de Superintendentes de Seguros de América Latina, ASSAL, a los efectos de lograr la homologación de la información brindada por las entidades y por el mercado, en su caso.

Posteriormente, la Resolución 289/2002 del propio organismo, sustituyó el Anexo anterior, realizando ajustes en la clasificación.

RAMOS		
	MODALIDADES	
		PRODUCTO
Personales	Vida	
	Accidentes:	Accidentes Personales Viajes al Exterior Colectivo para Eventos Viajes Accidentes Seguro al Viajero
	Salud:	Gastos Médicos
	Complementarios de Seguridad Social:	Temporario de Vida
Responsabilidad Civil	General:	Personal Propietarios o Arrendatarios Eventos Deportivos Ferias y Exposiciones Montaje Contratista Vehículos de Tracción Animal Poseedores de Licencia de Conducción Instalaciones Turísticas Transportes de Pasajeros Instalaciones Gastronómicas Agencias de Viaje y Turoperadoras

RAMOS		
	MODALIDADES	
		PRODUCTO
		Almacenamiento y Manipulación de Mercancías Almacenamiento de Materias Peligrosas Garajes, Estacionamientos, Talleres de Reparación y Estaciones de Servicio Cazadores, Cotos y Sociedades de Caza Peluquerías y Salones de Belleza Animales Domésticos Explotación de Comercios y Oficinas Propietarios de Inmuebles y Agentes Inmobiliarios Guarda y Cuidado de Vehículos Bicicleta y Vehículos de Tracción Animal
	Marítima:	Responsabilidad Civil Marítima Responsabilidad Civil de Embarcaciones Menores
	Aviación:	Responsabilidad Civil de Aviación
Bienes	Transporte de Mercancías:	Todo Seguro Transportación de Mercancías Todo Seguro Transportación de Mercancías Anual Todo Seguro Transportación de Mercancías Terrestre Transportación de Mercancías Tránsito terrestre Valores en Tránsito
	Marítimos:	Todo Seguro Embarcaciones Menores Todo Seguro Embarcaciones de Placer Libre de Avería Particular

RAMOS		
	MODALIDADES	
		PRODUCTO
	Aviación:	Cascos Marítimos Todo Seguro Pesqueros Casco y Maquinaria para embarcaciones Menores Cascos de Aviación
	Patrimoniales:	Incendio y Líneas Aliadas Obligatorio contra Incendios Seguro de Expositores Multirriesgo Inmobiliaria Hoteles Equipos Electrónicos Todo Seguro Viviendas y Oficinas Todo Seguro Almacenaje Todo Seguro Comercios y Almacenes Seguro Integral de Incendio
	Patrimoniales Agropecuarios:	Flores Forestal Casas y Ranchos de Curar Tabaco Kalfrisas Edificios e Instalaciones Maquinarias, Equipos y Medios de Transporte Estructuras y Cobertores de Invernaderos Rotura de Maquinaria Existencias Equipos Electrónicos Existencias de Tabaco
	Ingeniería:	Ingeniería Todo Riesgo de Montaje Todo Riesgo de Contratista Equipo del Contratista y Maquinaria Pesada Móvil Daños Materiales y Rotura

RAMOS		
	MODALIDADES	
		PRODUCTO
		de Maquinaria Control de Pozo Rotura de Maquinaria Contratista
	Vehículos:	Seguro para Vehículos de Transporte Terrestre
	Agrícolas:	Tabaco Café Cacao Caña Arroz Granos Tubérculos y Raíces Hortalizas Plátanos Cítrico Frutales Semilleros Viveros Cultivos Protegidos Plantación de Café Plantación de Cacao Plantación de Plátano Plantación de Frutales Plantación de Flores Plantación de Caña Fomento de Plátano Organopónicos
	Pecuarios:	Ganado Vacuno Ganado Equino Ganado Avícola Producción Avícola Producción Apícola Expuestos en Ferias y Exposiciones Acuícola

RAMOS		
	MODALIDADES	
		PRODUCTO
		Avícola Porcino
Otros Seguros	Crédito:	Crédito Crédito Interno Póliza Específica Crédito Interno Póliza Global Crédito a la Exportación Global Crédito a la Exportación Específica Crédito para Instituciones Financieras
	Caución:	Caución Fianza de Cumplimiento de Contrato Fianza de Seriedad de Oferta Fianza de Buena Calidad Fianza de Anticipo Fianza de Crédito
	Otros:	Hole in One

LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

En nuestro ordenamiento jurídico el contrato de seguro aparece regulado en el Código Civil (artículos 448 al 465) y en el Código de Comercio (artículos 380 al 438). Como en la mayoría de los contratos el Código de Comercio no define el contrato de seguro, sino que en el artículo 380 se limita a señalar las notas que determinan su mercantilidad.

Nuestro Código Civil define al contrato, en sentido general, como aquel mediante el cual se constituye una relación jurídica o se modifica o se extingue la existente.

En España, existe una Ley de Contrato de Seguros, la que en su artículo 1º define el contrato de seguro como “aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital,

una renta u otras prestaciones convenidas”. Como afirma Uría, el contrato de seguro es un contrato de empresa de tráfico duradero y continuado, propio de los empresarios aseguradores. Con la entrada en vigor de la Ley de 1980 que deroga el anterior régimen legal del seguro (artículos 1.791 y siguientes del Código Civil español y artículos 380 y siguientes del Código de Comercio español) ha desaparecido la vieja dualidad de seguros civiles y seguros mercantiles y no es cuestionable —dice el autor citado— el carácter mercantil de los seguros que esa ley regula.

Lamentablemente, en nuestro país se mantiene la dualidad, ahora trilateralidad, pues también se contempla dentro de los contratos económicos.

Características

Según SÁNCHEZ CALERO es:

- Un contrato ALEATORIO, ya que las partes ignoran en el momento de su conclusión si se verificará el siniestro, o al menos cuándo se efectuará, y generalmente cuál será la entidad de las prestaciones económicas de las partes, de manera que desconocen el beneficio que cada una de ellas podrá obtener del contrato. La prestación de la aseguradora va a depender de la ocurrencia de un evento cuyo riesgo es objeto de cobertura. Es decir, de un acontecimiento futuro e incierto, incluso hechos que se conocen van a ocurrir, pero no se sabe exactamente cuándo; ni las consecuencias económicas de la materialización del siniestro.

No obstante, hay criterios contrarios que alegan el carácter antialeatorio considerando que las aseguradoras desarrollan una depurada ejecutoria técnica en el manejo de los riesgos, asociada a cálculos de reserva, márgenes de solvencia y liquidez, mecanismos adicionales de transferencia de riesgos, inversión de fondos temporalmente libres e incluso gestiones de gerencia de riesgos y prevención de pérdidas.

- Es siempre un contrato ONEROSO y además las prestaciones de las partes son correlativas. El tomador se obliga al pago de una prima de seguro y la aseguradora que asume el riesgo, satisface una indemnización en caso de ocurrencia del siniestro.

- Es un contrato de TRACTO SUCESIVO (o de ejecución continuada), aun cuando se subdivida en períodos. Su contenido no se agota con la realización de una prestación única, sino en prestaciones sucesivas. La protección financiera que se ofrece da lugar a una relación jurídica duradera que se mantiene durante el período de vigencia del contrato.

- Es un contrato CONSENSUAL. Se perfecciona con el consentimiento.

– Es normalmente un contrato de ADHESIÓN. La aseguradora predispone los términos y condiciones del contrato; con lo cual asume la responsabilidad de ofrecer un clausulado claro y preciso procurando que no sea lesivo a los intereses del asegurado.

No obstante lo anterior, hay supuestos en los que esto no sucede, pues son los tomadores de seguros de gran potencia económica, los que las imponen, como sucede en los seguros llamados grandes de riesgos (por ejemplo: industriales)

Otras características:

- Buena fe: Las partes tienen la obligación de informar a su contraparte de todas las circunstancias conocidas.
- No solemne: Solo requiere como requisito de forma el que sea escrito, pero no de formalidad alguna.
- Bilateral o sinalagmático: Genera obligaciones para ambas partes, de forma recíproca y correspondiente.
- Aleatorio: La prestación de la aseguradora va a depender de la ocurrencia de un evento cuyo riesgo es objeto de cobertura. Es decir, de un acontecimiento futuro e incierto, incluso hechos que se conocen van a ocurrir, pero no se sabe exactamente cuándo; ni las consecuencias económicas de la materialización del siniestro.

No obstante, hay criterios contrarios que alegan el carácter antialeatorio considerando que las aseguradoras desarrollan una depurada ejecutoria técnica en el manejo de los riesgos, asociada a cálculos de reserva, márgenes de solvencia y liquidez, mecanismos adicionales de transferencia de riesgos, inversión de fondos temporalmente libres e incluso gestiones de gerencia de riesgos y prevención de pérdidas.

ELEMENTOS PERSONALES, REALES Y FORMALES

Elementos personales

– **Aseguradora.** Persona jurídica autorizada por la Superintendencia de Seguros y que adopta una de las formas jurídicas siguientes: empresa estatal, sociedad mutua o sociedad anónima.

Asume la obligación fundamental del pago de la indemnización, si se producen los elementos contemplados en el contrato. El asegurador estará

obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado.

– **Asegurado.** Persona natural o jurídica titular del interés asegurado y por consiguiente, aquella cuyos bienes, personas y responsabilidades, están expuestas al riesgo y que ejerce los derechos y responde de las obligaciones y deberes de la relación constituida.

Su obligación principal es la del pago de la prima acordada por el seguro contratado. Ahora bien, el asegurado puede quedar sometido por la figura del tomador, el cual actuará por cuenta propia (en caso de duda se presume que actúa siempre de esta forma) o por cuenta ajena, procediéndose al cumplimiento y deberes de la persona del asegurado, sin que ello implique que el asegurado no puede realizar o cumplir dichas obligaciones. El tomador, en cuanto que no identifique al asegurado, lo indicará mediante la fórmula de “por cuenta de quien corresponda”. Una vez realizado el riesgo, el asegurado saldrá del anonimato para exigir el cumplimiento del contrato al asegurador que había pactado con el tomador.

– **Tomador de Seguro.** Persona natural o jurídica que contrata el seguro con la entidad aseguradora y que responde del cumplimiento de los deberes y obligaciones que derivan del contrato de seguro.

– **Beneficiario.** Persona natural o jurídica que no es ni el tomador ni el asegurado, por tanto no es parte del contrato de seguro, pero es titular de los beneficios nacidos en virtud de dicho contrato. Es aquella persona que va a recibir la indemnización a la que se obliga al asegurado en virtud del contrato.

Si bien puede tener este concepto un uso general, en la mayoría de los casos se utiliza para referirse a la persona perceptora de la indemnización distinta del asegurado, normalmente en los contratos de seguro de vida, pero que también puede existir en ciertos contratos como son los que sirven para asegurar que, en caso de fallecimiento del deudor, el acreedor puede ser remunerado. El nombramiento del beneficiario puede modificarse, aunque en el último supuesto indicado (para pago de deuda) tiene carácter irrevocable dicha designación.

– Perjudicado.

– **Mediador.** Ejercerá la actividad de mediación entre los tomadores del seguro y asegurados, de una parte, y las entidades aseguradoras autorizadas para ejercer la actividad aseguradora, de otra. Igualmente comprenderá aquellas actividades llevadas a cabo por quienes realicen la mediación que consistirá en la promoción y asesoramiento preparatorio de la formalización de contratos de seguro y la posterior asistencia al tomador del seguro, al asegurado o al beneficiario del seguro.

Habrà de reunir los requisitos exigidos por la ley. Los mediadores de seguros ofrecerán información veraz y suficiente en la promoción, oferta y

suscripción de las pólizas de seguro y, en general, en toda su actividad de asesoramiento se clasifican en AGENTES DE SEGUROS y CORREDORES DE SEGURO, y pueden ser personas físicas o jurídicas.

– Auxiliares o colaboradores

- Peritos. Son quienes dictaminan sobre las causas del siniestro, la valoración de los daños y las demás circunstancias que influyen en la determinación de la indemnización derivada de un contrato de seguro y formulan la propuesta de importe líquido de la indemnización.
- Comisarios de Averías. Desarrollan las funciones referidas en los artículos 853, 854 y 869 del Código de Comercio.
- Liquidadores de Averías. Proceden a la distribución de la avería en los términos de los artículos 857 y siguientes del propio Código de Comercio.

Elementos reales

– Objeto sobre el que recae el contrato de seguro. Es el interés del asegurado en el bien objeto expuesto al riesgo. Como indica Uría, siguiendo a la doctrina alemana, es la relación entre el asegurado y un bien, siendo dicha relación la susceptible de sufrir un daño valorable. Dicha relación o interés debe tener carácter lícito, so pena de nulidad.

– Riesgo. Es el elemento causal del contacto. Es la posibilidad de que el evento se produzca. Sin riesgo no puede haber seguro, ya que faltando la posibilidad de que se produzca el evento dañoso no podrá existir daño indemnizable y el contrato carecerá de causa.

– Prima. Es el precio del seguro. Se exige su entrega bien en forma única o bien periódicamente y con carácter anticipado. Como es lógico en este tipo de contratos, la falta de entrega de la misma da lugar a que el contrato quede en suspenso o que incluso pueda rescindirse. Sobre el tomador del seguro pesa la obligación de pago de la prima en las condiciones establecidas en la póliza, y que dicho precio representa un requisito básico en la conmutatividad del convenio, es algo que no puede dudarse.

Elementos formales

– Póliza, documento público o privado, en todos los cuales se puede hacer constar el contrato de seguro. Es el documento que recogerá las condiciones del contrato de seguro con las indicaciones necesarias. Deberá ser redactado en español y, si el tomador del seguro lo solicita, en otra lengua. La posición doctrinal difiere en cuanto al carácter *ad probationem* o *ad solemnitatem* de dicha formalización y cabe mencionar a los siguientes autores:

- a) Uría: Señala que no es un requisito de validez, sino puramente instrumental, basándose en el Reglamento de Seguros del año 1912, la regulación que el Código de Comercio contenía y algunas sentencias del Tribunal Supremo, indicando que por otra parte, nada impedía que mediante pacto se estableciera dicha formalización de forma escrita como elemento necesario para la validez del contrato.
- b) Garrigues y Broseta: Consideran el carácter *ad solemnitatem* de la formalización.
- c) Sánchez Calero: Se mantiene en una posición intermedia al indicar que el contrato de seguro es un contrato consensual, pero que se convierte en formal en ciertos supuestos (así, por ejemplo, el contrato de seguro marítimo, según el artículo 737 del Código de Comercio).

Tanto el Código Civil como el Código de Comercio disponen que: se hace constar por escrito en póliza o en documento público o privado, pero esto en modo alguno significa que para que sea válido se requiera de una escritura pública notarial. La forma escrita solo tiene valor probatorio, es decir, es simple medio de prueba del acto jurídico válidamente constituido.

PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO DE SEGURO

Nuestra legislación civil establece que el contrato se perfecciona desde que las partes, recíprocamente y de modo concordante manifiestan su voluntad (art. 310 del Código Civil). Por tanto, la perfección aplicada a un contrato significa que reúne todas las condiciones desde el punto de vista legal para su existencia y se alcanza con el consentimiento.

Al ser consensual, no puede considerarse que con la entrega de la póliza o del recibo de pago de la prima de seguro se perfecciona el contrato, ya que cambiaría la naturaleza jurídica del contrato que hasta el momento se ha aceptado en la teoría del derecho.

El consentimiento no surge espontáneamente, sino que está precedido por conversaciones, tratos preliminares, proceso de negociación, cuyo punto de partida es una oferta y cuya consecuencia normal es la aceptación de aquel a quien se ha hecho.

La oferta y la aceptación son declaraciones unilaterales de voluntad y aquella no podrá ser modificada por el aceptante, excepto cuando dichas modificaciones no son sustanciales. Cuando hay modificación sustancial, se dice que lo que remite el aceptante es una contraoferta.

Además, puede establecerse en la oferta un término o plazo para la aceptación y durante dicho término no puede revocarse por el oferente, con lo cual nuestra legislación se atempera a los principios de UNIDROIT.

Lo ideal es que las partes, al contratar, estén corporalmente presentes, puesto que la formación del contrato sería instantánea, pero lamentablemente es lo menos frecuente.

Hoy, dada la intensidad de las relaciones jurídicas entre los sujetos y los avances de las tecnologías de la comunicación y de la informática, el contrato se va formando poco a poco, incluso pueden intervenir terceras personas como los mediadores de seguros, por lo que se dice que el contrato es de formación sucesiva o entre ausentes y es aquí donde surgen las controversias: ¿Cuándo se considera que coinciden la oferta y la aceptación?

Nuestro Código Civil vigente sigue para todos los contratos, y entre ellos, el de seguro, la teoría del conocimiento y, en tal sentido, el concierto o coincidencia de voluntades se produce cuando el oferente tiene conocimiento de la aceptación hecha por el destinatario de la oferta, el que queda obligado con ella desde que remite su aceptación.

Por otra parte, nuestro Código de Comercio se afilia a la teoría de la emisión, en virtud de la cual la coincidencia de voluntades se produce desde el momento en que el aceptante se desprende de su declaración de aceptación, enviándola al oferente.

Ante la presencia de estos dos criterios en nuestro ordenamiento jurídico es que se evidencia la necesidad de unificar las normas de derecho privado, siguiendo la moderna tendencia de establecer reglas comunes para los contratos civiles y mercantiles, para lo cual se encuentra en estudio un proyecto de Ley del Contrato de Seguro, que se afilia al criterio del conocimiento.

Para ello es necesario analizar la posición del solicitante del seguro, que es aquella persona natural o jurídica que llena un cuestionario redactado por la aseguradora, previo el conocimiento de las condiciones generales del contrato, en su caso y que contiene todas las circunstancias que se consideran relevantes para la valoración del riesgo. De esta manera, la aseguradora asume la responsabilidad en cuanto a aquellas cuestiones que no advirtió y, en consecuencia, el asegurado no declaró y que pudieran influir en la valoración del riesgo.

El cuestionario es parte de la solicitud de seguro que no vincula al solicitante y a la aseguradora, por esta razón no puede considerarse como una verdadera oferta de contrato.

Una vez presentada la solicitud de seguro a la aseguradora, esta si está interesada en contratar remite una oferta de contrato, en caso de no estarlo y, sencillamente no pronunciarse, el silencio no origina efecto jurídico alguno,

tal y como dispone la legislación belga en la que sí tiene la aseguradora que concluir el contrato.

La oferta de contrato implica ya ciertas obligaciones de no hacer, por ejemplo, la de no revocarla durante su vigencia, como ya tratamos e incluso, puede hablarse de cierta responsabilidad precontractual.

Por último, si el solicitante está de acuerdo con dicha oferta, solo le queda aceptarla, perfeccionándose así el contrato de seguro.

En la práctica, la tendencia es la de abreviar estos pasos y más aun si nos auxiliamos de la informática, pero la conclusión que tenemos que hacer, y que aún no ha variado, es que el momento en que se perfecciona el contrato es uno y a partir de este nacerán todos los derechos y deberes de las partes, pudiendo sujetar solo los efectos del contrato a condiciones o términos que los prorroguen, pero nunca con carácter retroactivo, como ocurre en la legislación española.

Documentación del contrato

a) La póliza, es el documento principal en el que se hace constar el contrato de seguro. Debe contener:

- 1) Los nombres del asegurador y el asegurado.
- 2) El concepto en el cual se asegura.
- 3) La designación y situación de los objetos asegurados y las indicaciones que sean necesarias para determinar la naturaleza de los riesgos.
- 4) La suma en que se valúen los objetos del seguro, descomponiéndola en sumas parciales, según las diferentes clases de los objetos.
- 5) La cuota o prima que se obligue a satisfacer el asegurado; la forma y el modo del pago y el lugar en que deba verificarse.
- 6) La duración del seguro.
- 7) El día y la hora desde que comienzan los efectos del contrato.
- 8) Los seguros ya existentes sobre los mismos objetos.
- 9) Los demás pactos en que hubieren convenido los contratantes.

b) La solicitud de seguro.

c) La nota provisional de cobertura o certificado, es el documento que la aseguradora expide al asegurado con carácter provisional, hasta tanto se expida el concluyente, es decir, la póliza de seguro.

d) Los endosos, son las modificaciones de algunas de las condiciones de la póliza, incluye las prórrogas.

e) El certificado de seguro, en los seguros obligatorios, el documento probatorio de la suscripción del contrato de seguro y que contiene, además, las condiciones particulares.

f) Cualquier otro documento.

PRINCIPALES DEBERES Y DERECHOS DE LAS PARTES DEL CONTRATO DE SEGURO

El asegurado

a) Pagar la prima de seguro.

La prima de seguro constituye la contrapartida del riesgo asumido por la aseguradora, en otras palabras, es la contraprestación de la obligación de la aseguradora de pagar la indemnización o prestación convenida.

La legislación vigente no le otorga más carácter que el de ser la obligación principal del asegurado, sin relación alguna con la perfección del contrato.

La técnica del seguro exige que exista una exacta correspondencia entre el riesgo, la prima y la indemnización. En este punto, el seguro exhibe una sustancial diferencia de aquellas actividades económicas en las que el bien o servicio puede ser valuado de antemano, ya que la aseguradora va a reconocer a posteriori el costo exacto del servicio que presta. (Esta es una de las razones que fundamenta el carácter aleatorio del contrato de seguro.)

En principio, los sujetos obligados a su pago son aquellos con los que se suscribió el contrato de seguro, es decir, el asegurado o el tomador, pero es posible que un tercero ajeno a la relación jurídica, legítimamente interesado (ejemplo: acreedor prendario o hipotecario, arrendatario), lo efectúe, en cuyo caso la aseguradora no podrá rehusarlo, salvo motivo debidamente fundado, puesto que incurriría en mora del acreedor y le sería de aplicación lo que a tales efectos establece la legislación civil vigente.

La consensualidad del contrato de seguro hace que la prima se deba desde el momento de su celebración, aunque puede aplazarse su pago en virtud de períodos de gracia que puede conceder la aseguradora. Ahora bien, ocurrido el siniestro sin que el asegurado haya satisfecho la prima de seguro correspondiente, la aseguradora no está obligada a pagar la indemnización a que hubiere lugar, pues primero se paga y luego se pide.

La prima es indivisible, con independencia de que las partes pueden acordar su pago fraccionado, en el sentido de que, al trasladar el riesgo del asegurado a la aseguradora, a cambio de un precio (prima de seguro), este se debe por entero por todo el tiempo convenido como duración del contrato y una vez pagado, la aseguradora lo hace suyo íntegramente, aunque por cualquier causa cese la cobertura de seguro y el contrato no pueda continuar produciendo sus efectos. (Ejemplo, si concurre mala fe del asegurado.)

El no pago oportuno de la prima implica que el asegurado incurre en mora (demora en el cumplimiento de una obligación). La mora en el pago trae como consecuencia la suspensión de la cobertura de seguro con la consiguiente no responsabilidad de la aseguradora por los siniestros que ocurran.

En caso de que la aseguradora acepte el pago atrasado de la prima de seguro, la póliza queda rehabilitada, por lo que sus efectos son hacia el futuro y no con carácter retroactivo, es decir, el pago posterior no da derecho al asegurado para reclamar siniestros ocurridos con anterioridad a que se efectuara dicho pago.

b) Declarar todas aquellas cuestiones que influyan en la valoración del riesgo.

En el seguro, la especificación de los elementos que constituyen el contenido de la solicitud asume una importancia singular, porque la aseguradora presta su consentimiento o aceptación sobre la base de la descripción del riesgo hecha por el asegurado y sin la obligatoriedad de verificar la veracidad de la declaración realizada por él, ya sea por simple imposibilidad material o por ser difícil y costoso ese control.

El solicitante debe declarar exactamente el estado del riesgo que pretende asegurar, deber que constituye una carga precontractual.

Los sistemas de información para que la aseguradora obtenga dicha declaración pueden ser, entre otros, la declaración espontánea del asegurado, el cuestionario y la revisión médica. Cuando la aseguradora utiliza el cuestionario las circunstancias que no estén incluidas en su contenido se considerarán irrelevantes para el asegurado.

En ocasiones, el asegurado no declara con exactitud el estado del riesgo o no declara (omite) todo lo que sabe sobre él, por lo que, en el primer supuesto, incurre en inexacta declaración y, en el segundo, en reticencia.

La inexacta declaración y la reticencia recaen sobre hechos y circunstancias que influyeron en la valoración que hizo la aseguradora del riesgo, por lo que solo en estos supuestos puede hablarse de consecuencias legales.

Nuestro Código Civil no establece nada sobre los efectos de la inexacta declaración y de la reticencia cuando el asegurado actúa de buena o mala fe; sin embargo, el de Comercio, en su artículo 381, lo considera ineficaz.

La teoría moderna se afilia a la teoría objetiva, en virtud de la cual no se tiene en cuenta la buena o mala fe del solicitante (subjetivo), sino simplemente el efecto que se origina por no haberse valorado adecuadamente el riesgo por la aseguradora (objetivo).

Sin perjuicio de lo anterior, la existencia o no de dolo o mala fe del asegurado influye sobre el régimen indemnizatorio y la posibilidad de reajuste, ya que cuando queda probado que el asegurado actuó con mala fe solo procederá la extinción del contrato de seguro.

c) Declarar los hechos y circunstancias que modifiquen el estado del riesgo.

Esto se refiere a las agravaciones y disminuciones de los riesgos que pueden surgir durante la vigencia de la póliza.

Aunque el criterio legal para calificar las agravaciones y disminuciones es similar al de la reticencia, la distinción está en que aquellos deberes serán cumplidos por el asegurado con posterioridad a la formalización del contrato de seguro.

d) Comunicar la ocurrencia del siniestro.

e) Suministrar informaciones y pruebas razonables sobre los hechos relacionados con el siniestro y por los cuales puedan determinarse las circunstancias de su ocurrencia; así como las consecuencias de este.

f) Probar que los daños causados por la ocurrencia del siniestro son originados por un riesgo cubierto por la póliza.

g) Procurar la aminoración de las consecuencias del siniestro adoptando las medidas adecuadas para ello. (Este es un ejemplo de carga cuyo incumplimiento da derecho a la aseguradora a reajustar la indemnización, pero no se pierde el derecho en sí por el asegurado.)

h) Permitir que se realicen las indagaciones necesarias a fin de verificar lo anterior.

i) Devolver a la entidad aseguradora cualquier cantidad recibida de un tercero responsable de los daños si ha cobrado, totalmente, la indemnización a que hubiere lugar, en virtud de la póliza.

En caso de que la cuantía de los daños sea igual o inferior al límite de indemnización (valor asegurado), el asegurado está obligado a devolver a la aseguradora las cantidades recibidas del tercero responsable, ya que de no hacerlo incurriría en un enriquecimiento indebido; pero si los daños son superiores al límite de indemnización, el asegurado podrá ejercer la acción correspondiente para reclamar al tercero responsable el exceso no cubierto por la póliza.

j) Mantener vigentes y proteger los derechos y acciones subrogatorias de la aseguradora, si procediera, que le conceden a esta la facultad para reclamar al tercero responsable la totalidad del importe de los daños que correspondan.

La aseguradora

a) Entregar al asegurado la póliza o certificado de seguro.

b) Pagar la indemnización o la prestación convenida, según que corresponda.

Los titulares para reclamar la indemnización son el asegurado y el beneficiario, pero su pago deberá hacerse a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación o a otra autorizada para percibirla en su nombre.

La indemnización comprende las pérdidas o daños que acontezcan durante el plazo de vigencia del contrato, aun cuando sus efectos se pusieran

de manifiesto con posterioridad a dicha vigencia, pero siempre dentro del término de prescripción que se establezca.

La liquidación extrajudicial de los daños se realiza por acuerdo de partes (aceptación por el asegurado de la cantidad ofrecida por la aseguradora), con intervención de liquidadores o ajustadores de averías designados por la aseguradora, entre otros.

Es común en la práctica, que las aseguradoras utilicen un documento denominado Recibo de Relevo, Relevo de Responsabilidad o Finiquito, por el cual el asegurado declara que está de acuerdo con el monto de la indemnización ofrecida por la aseguradora, que la ha recibido y que asume el compromiso de no iniciar reclamaciones futuras contra aquella.

Cuando no se logra un acuerdo amigable, ni son previstos mecanismos de valuación, entonces la estimación de la cuantía de la prestación a cargo de la aseguradora pasa a ser materia sujeta a determinación judicial.

c) Verificar si los daños que resultan, directamente, son consecuencia del riesgo cubierto por la póliza.

d) Verificar la gravedad de los daños.

e) Analizar la conducta del tomador, asegurado o de ambos y del beneficiario, según se trate, en cuanto a la ocurrencia del siniestro.

f) Personarse ante la autoridad actuante, cuando por cualquier vía conozca que el siniestro dio lugar a un proceso investigativo, a los efectos de determinar el reconocimiento del derecho de indemnización y, en su caso, para garantizar el ejercicio de su derecho de subrogación.

Duración del contrato

Es el plazo durante el cual tiene vigencia el contrato de seguro. Normalmente se suscribe por el término de un año, aunque existen algunos para un evento o suceso determinado, otros para una época o temporada, y otros que exceden del año.

Se habla de duración formal, material y técnica y, en este sentido, se dice que el contrato de seguro comienza formalmente con su celebración, materialmente con la asunción del riesgo por la aseguradora y, técnicamente, con la percepción de la prima de seguro; las cuales, en un momento dado, pueden perfectamente coincidir.

Coaseguro y reaseguro

La distribución de los riesgos o el reparto de los mismos se efectúa con el objetivo fundamental de alcanzar una compensación estadística, de mane-

ra tal de garantizar e igualar los riesgos que componen la cartera de seguro. Como técnicas para ello, se utiliza el coaseguro y el reaseguro.

- **Coaseguro**

Concurrencia de dos o más aseguradores en la cobertura de un mismo riesgo, constituyendo todo un sistema utilizado por los aseguradores para homogeneizar cuantitativamente la composición de la cartera, ya que se participa en riesgos con proporciones técnicas aconsejables.

Cada coaseguradora solo responde por la participación que ha asumido.

- **Reaseguro**

Es la transferencia de una parte de los peligros o riesgos que un asegurador directo asume frente a los asegurados, mediante contratos o por disposiciones legales, a un segundo asegurador, el reasegurador, que no tiene relación contractual directa con el asegurado.

Algunos autores lo definen como asegurar de nuevo un riesgo ya asegurado.

El contrato más antiguo conocido con características de reaseguro fue firmado en el año 1370, en Génova. Existen referencias legales que datan de 1681, cuando en una Ordenanza de Luis XIV aparecía: *Será permitido que los aseguradores realicen reaseguro con otros hombres, de aquellos efectos que ya hayan asegurado previamente.*

Permite la compensación estadística necesaria, igualando u homogenizando cuantitativamente los riesgos que componen su cartera de bienes asegurados, mediante la cesión de parte de tales riesgos a otras entidades, sirviendo para distribuir entre otros aseguradores los excesos de riesgos de mayor volumen y permitiendo al asegurador directo operar sobre una masa de riesgos aproximadamente iguales.

La transferencia de riesgos de un asegurador directo a un reasegurador se denomina cesión y si es de un reasegurador a otro recibe el nombre de retrocesión.

TITULOS VALORES

M. SC. ALEJANDRO VIGIL IDUATE

GENERALIDADES

Cuando el hombre comenzó a necesitar lo que otro producía, y tenía un excedente de lo que él producía, comenzó el comercio. Primero el trueque, más tarde determinados bienes que servían de mecanismo de pago, hasta que llegó el dinero. Lo que en un principio era en la propia ciudad, fue saliendo poco a poco, y la continua evolución y el incesante progreso del comercio, produjeron que las transacciones entre comerciantes tomaran cierto carácter extraterritorial, en el sentido de que el ejercicio del comercio no se limitó a un lugar determinado, interviniendo en las operaciones mercantiles personas de distintas localidades y de diversos países. Impulso decisivo a ello dieron las ferias.

Los peligros y obstáculos que el transporte de dinero llevaba consigo, aparte de las múltiples dificultades que se presentaban de adquirir grandes cantidades de monedas en un momento determinado, trajeron como consecuencia el nacimiento de la institución del crédito; y al nacer este, surgió también un instrumento o documento que sirvió para representarlo.

Son Títulos de Crédito o Valores aquellos documentos que tienen como característica común la de incorporar la promesa de una prestación a favor del legítimo tenedor del mismo, los que pueden tener diferente forma. Es el documento, esencialmente transmisible, necesario para el ejercicio del derecho literal y autónomo mencionado en él.

El documento es necesario e indispensable su posesión y presentación para ejercitar derecho. La incorporación del derecho equivalente a que solo el poseedor puede exigir y transmitir el derecho documental.

La denominación de títulos-valores no se encuentra en el Código de Comercio, donde se habla genéricamente de valores, de efectos, de documentos de crédito y específicamente de acciones, de obligaciones, de letras de cambio, libranzas, pagarés y cheques.

Una parte de la doctrina URÍA¹ y VICENTE y GELLA² habla de títulos de crédito. Pero esta denominación es poco comprensiva y Garrigues³ prefiere la de título-valor para designar jurídicamente *ciertos documentos cuyo valor, estando representado por el derecho al cual se refiere el documento, es inseparable del título mismo*. SÁNCHEZ CALERO⁴ define el título-valor como *el documento esencialmente transmisible necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo en él mencionado*.

Delimitación de la noción de título valor

También en los documentos que, sin ser valores en sentido técnico, se refieren a un derecho, el valor está en el derecho y no en el documento. Todo documento referente a algún derecho se encuentra, por este solo hecho, en cierta relación de dependencia con el derecho documentado. Mas esta relación es diversa, según se trate de títulos probatorios, de títulos dispositivos o de títulos valores:

- a) Títulos probatorios: Sirven para acreditar la existencia de un derecho, facilitando su prueba. La existencia del título no es presupuesto para la existencia y el ejercicio del Derecho.
- b) Títulos dispositivos: La creación del Derecho va ligada a la creación del documento, de tal modo que no puede nacer el primero sin el segundo.
- c) Títulos valores: El nacimiento del derecho puede o no ir ligado a la creación del título: hay títulos valores dispositivos –letra de cambio– o no dispositivos –acción de una sociedad anónima.

Pero el ejercicio del derecho va indisolublemente unido a la posesión del título. Esto es una consecuencia de que en los títulos valores el derecho y el título están ligados en una conexión especial, distinta de la propia de los demás documentos relativos a un derecho. En ellos la comunidad de destino entre el título (cosa corporal) y el derecho (cosa incorporeal) es absoluta; como es distinto el sentido de la relación de dependencia entre ambos elementos.

¹R. Uría: *Derecho Mercantil*, 1997.

²Vicente y Gella: *Los títulos de Crédito en la doctrina y el Derecho positivo*, 1986.

³J. Garrigues: “Los títulos valores”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1951; “Títulos valores”, vol. II, del *Tratado de Derecho Mercantil*, 1955; *Curso de Derecho Mercantil*, t. 1, Cap. XIX, 1972.

⁴F. Sánchez Calero: *Instituciones de Derecho mercantil*, caps. XXXV, XXXVI, 1997; “Evolución y perspectivas del régimen de los títulos-valores (letras de cambio y otros títulos)”, en *La reforma de la legislación mercantil*, 1979.

El tráfico mercantil tiene como objeto, entre otros, la transmisibilidad y negociación de bienes, entre los que se encuentran los créditos, de origen comercial o no, de tal modo que llega a independizarse en algunos casos el acto de transmisión de la creación del crédito. Esta transmisibilidad exigía una vinculación del crédito con un soporte material que era el documento en donde este constaba; de ahí que se hable del título de crédito o del título valor. Esta última expresión es más utilizada por la razón de que más que reconocer una deuda lo que manifiesta el concepto es la posición o el valor de la posición del legítimo tenedor del documento.

El título valor puede definirse como documento en el que se incorpora un derecho cuyo ejercicio es posible por la tenencia del documento y no solo a los efectos de prueba de la existencia del derecho.

Las características del título valor son:

- Legitimación por la posesión: ello nos impide el cumplir otros requisitos según las características del título, pero quien no tiene el documento, no puede ejercer derecho alguno.
- Literalidad del derecho: el documento hace constar el derecho completo del tenedor.
- La autonomía del derecho: la circulación del documento hace que la relación entre los distintos poseedores pueda ser independiente y no hecha valer entre ellos; entre los que tienen la relación de transmisión, tampoco hay una autonomía perfecta en muchos casos.

El título valor se basa en la promesa de cumplimiento del derecho incorporado al documento del emisor a favor del aparente legítimo poseedor. La realidad actual ha ido tendiendo a un sistema de desmaterialización del título valor. La gran circulación de títulos hace compleja la utilización normal y conservación de los documentos. Muestras del fenómeno son:

- a) El uso de macrotítulos o títulos múltiples; esto es frecuente en los títulos negociables en Bolsa en donde un solo título reconoce la propiedad de un conjunto de valores agrupados en él.
- b) El truncamiento de títulos como letras, pagarés y cheques: es su conservación en archivos especiales, circulando una anotación o bien un simple recibo que indica la existencia del documento dentro de la circulación entre Bancos.
- c) La creación de depósitos colectivos de títulos valores bursátiles en los que se sustituye el derecho sobre unos títulos determinados que existen físicamente por el derecho a unos títulos del depósito colec-

tivo, identificándose este derecho por una “referencia” numerada y codificada.

Sin embargo, este proceso de *desmaterialización* o *descorporización* de los títulos valores se ha desarrollado finalmente con la creación de la llamada *anotación contable* o *anotación en cuenta*. En este sistema de representación de los valores ya no existe en forma física el documento, existe solo una anotación en un registro contable, y se ejerce el derecho si el titular está anotado, justificándose dicha titularidad por un certificado de legitimación (que no es el título valor, pues no es un documento negociable destinado a la circulación) expedida por la Entidad encargada del registro contable. Ya no existe el título valor solo, existe también la *anotación-valor*, que se califica como *título valor impropio* puesto que reúne algunos de los requisitos de dichos títulos, pero no tienen la autonomía y literalidad plena que califican a estos.

Función económica

A este respecto es necesario contraponer los llamados títulos directos a los llamados títulos de circulación:

- a) Los títulos directos reconocen a una persona el derecho y solo a ella. Están destinados a permanecer en manos del titular. Su transmisión es complicada.
- b) Los títulos de circulación (títulos a la orden y al portador) aspiran, en cambio, a facilitar el ejercicio del derecho a favor y en contra del deudor, creando una legitimación por el hecho de la posesión del documento. Por su facilidad de transmisión están destinados a la enajenación y a la circulación en el tráfico. Para responder a esta misión, el ordenamiento jurídico debe configurar estos títulos de un modo fungible y móvil (tratamiento de título como cosa mueble).

La adquisición rápida y segura de los derechos solo es posible cuando lo decisivo para el adquirente no sea el derecho –indivisible– del transmitente, sino un título no visible cuyo contenido es cedido sobre la extensión del derecho.

La misión económica de los títulos valores se consigue, pues, mediante la protección a la fe en la escritura, la incorporación del derecho al documento y la subordinación del derecho a todas las mutaciones jurídico-reales de aquel.

CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL TÍTULO VALOR

Concepto

No existe un concepto legal de *título valor*, ni tampoco una completa, moderna y minuciosa regulación de esta institución.

En la doctrina inglesa se destaca que el título valor (*negotiable instrumentum*) contiene una *promesa de pago, exigible, por cualquier poseedor de buena fe, al que no podrán oponerse excepciones personales derivadas del anterior poseedor*.

En la doctrina italiana se destaca por su valor descriptivo la definición de ASQUINI,⁵ en cuya opinión título valor (*titolo di credito*) es *el documento de un derecho literal destinado a la circulación, capaz de atribuir de modo autónomo la titularidad del derecho al propietario del documento y la legitimación para ejercitar el derecho al poseedor regular del documento*.

Finalmente, en la doctrina española, Garrigues lo define como *documento sobre un derecho privado cuyo ejercicio y cuya transmisión están condicionados a la posesión del documento*. Uría, por su parte, lo define como *aquel documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo mencionado en él*.

Naturaleza jurídica y caracteres

La doctrina conviene en señalar que el título valor es una *declaración de voluntad que engendra una obligación para el emisor de pagar a su poseedor legítimo*, y es a la hora de fundamentar esta obligación cuando surgen diversas teorías:

- 1) Para la teoría contractual existe un contrato entre el emisor y el primer tomador, tesis que es insostenible cuando aparezcan sucesivos tenedores, por más que Savigny recurra a la figura del contrato *cum incertam personam*; críticas que han dado paso a la siguiente teoría.
- 2) La teoría unilateral o de la creación pura, en la que se emite un título valor perfecciona un negocio jurídico unilateral por el que se obliga a pagar a su poseedor legítimo.

⁵Asquini: *I titoli di credito*, Padova, 1966.

- 3) No faltan teorías intermedias, entre las cuales podemos destacar las de la:
- a) Buena fe (GRUNTH);
 - b) Propiedad (RANDA);
 - c) Emisión (JOLLY);
 - d) Apariencia (JACOBY);
 - e) Derecho pendiente (BONNELLI).
- 4) Garrigues, Broseta y Langle creen que el fundamento de la obligación del emisor es la ley y para explicar por qué debe pagar a quien en la fecha de vencimiento presente un título que adquirió de buena fe de un *non dominus* entienden que *quien crea un título-valor crea una apariencia y quien de buena fe confía en ella debe ser protegido por el ordenamiento jurídico*.

Cuyos títulos valores se caracterizan por:

- 1) La incorporación del derecho al documento o legitimación por la posesión, que admite variantes, porque cabe distinguir entre:
 - a) Legitimación pura, cuando la simple posesión habilita para ejercer el derecho incorporado, que es el caso de los títulos al portador.
 - b) Legitimación impropia, en que además, hacen falta otros requisitos, como ocurre con los títulos nominativos.
- 2) La literalidad del derecho incorporado, que resulta del tenor del documento; pero también la literalidad admite grados, pues; en los títulos abstractos tiene carácter absoluto; pero en los títulos causales es preciso tener en cuenta también el negocio causal o extracartáceo.
- 3) La autonomía del derecho incorporado, de forma que todos los sucesivos adquirentes del título se entiende que adquieren el derecho incorporado *ex novo*.

CLASIFICACIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES

La doctrina ha recurrido a dos criterios clasificatorios básicos:

- 1. Por la naturaleza y contenido del derecho que incorporan.
- 2. Por la forma especial de estar designado el titular del documento y, por ende, del derecho incorporado.

Según el primer criterio se distinguen:

- a) Títulos de pago o pecuniarios: son los que incorporan la obligación de pagar una determinada cantidad de dinero en el momento y manera que el propio título expresa. Ejemplo: letras de cambio, cheques, obligaciones.
- b) Títulos de participación social o jurídico-personales: son los que incorporan o atribuyen la condición de socio o de miembro de una sociedad.
- c) Títulos de tradición: son los que confieren a su poseedor legítimo la posesión mediata de las mercancías que mencionen, la facultan para exigir su restitución y le atribuyen un poder de disposición sobre ellas mediante la simple transmisión del título, ejemplo: cartas de porte, conocimiento de embarque y resguardos de almacenes generales de depósito.

Según el segundo criterio se distinguen:

- a) Títulos al portador: son los que al no designar los datos personales de su titular, legitiman por la simple posesión para ejercitar el derecho incorporado. Ejemplo: acción o cheque al portador.
- b) Títulos a la orden: son aquellos cuyo derecho incorporado debe cumplirse a la orden del primer adquirente (cuyo nombre y apellidos constan en el documento) o a la orden de la persona a quien el título se transmita regularmente.
- c) Títulos nominativos directos: son aquellos que designando directa y expresamente los datos de identificación personal del titular del derecho incorporado, su circulación exige la cooperación de su emisor mediante la anotación de su transmisión en un libro registro.

Otros criterios clasificatorios son los dados por Garrigues:

- 1. Por la persona del emitente: públicos y privados.
- 2. Por la manera de emitirse: títulos singulares o aislados (cheque y letra) y títulos en serie o en masa (acciones y obligaciones).
- 3. Por su sustantividad: principales y accesorios.

Sánchez Calero distingue por la especial naturaleza del derecho incorporado entre:

- a) Títulos cambiarios: que es el conjunto de títulos que incorporan un derecho de crédito de carácter pecuniario.
- b) Títulos de participación: que confieren a su poseedor legítimo una determinada posición en el ámbito de una organización social que se con-

creta en un conjunto de derechos y poderes. La posición del poseedor del título está dominada por la relación subyacente, que se configura de acuerdo con lo establecido en la ley y en los estatutos.

- c) Títulos de tradición (o representativos): que atribuyen a su poseedor el derecho a la entrega de unas determinadas mercancías, la posesión de las mismas y el poder de disponer de ellas mediante la transferencia del título.

Uría añade la distinción entre títulos causales y títulos abstractos, según que el negocio jurídico causante de la emisión del título influya o no sobre la obligación contenida en este (obligación documental) y, en consecuencia, pueda oponer o no el deudor al tenedor del título las excepciones de pago derivadas de ese negocio causante, subyacente.

Finalmente podría señalarse la diferenciación entre títulos valores propios que reúnen todas las características de estos y los títulos valores impropios que son denominados también títulos de legitimación que para Uría cumplen una doble función de permitir que el deudor se libere cumpliendo frente al tenedor legítimo del documento, y de facilitar al acreedor la transmisión del crédito legitimando al cesionario mediante la posesión del documento.

Títulos-valores nominativos

Son aquellos que designando directa y expresamente los datos de identificación personal del titular del derecho incorporado, su circulación exige la cooperación de su emisor mediante la anotación de su transmisión en un libro registro especial.

Transmisión y ejercicio del derecho

En los títulos nominativos hay que distinguir: La transmisión de valores mobiliarios (títulos emitidos en serie) y los efectos de comercio (títulos emitidos individual o aisladamente).

Los valores mobiliarios se transmiten mediante la concurrencia de tres requisitos:

1. Consignando el nombre del adquirente en el título y expidiendo otro nuevo a su nombre.
2. Inscribiendo el nombre del adquirente en el libro registro de los títulos que debe llevar la entidad emisora.
3. Entregando el título al adquirente.

La legitimación para ejercitar el derecho incorporado concurrirá, pues, en quien además de la posesión del título esté designado en el mismo y se halle inscrito en el libro registro de valores nominativos del emisor.

Los efectos de comercio se transmiten mediante la concurrencia de dos requisitos:

1. La anotación de la transmisión en el título.
2. La entrega del mismo al adquirente. Para algunos la notificación al deudor no es esencial, mientras otros lo consideran requisito *sine qua non*.

La legitimación para el ejercicio del derecho incorporado a un efecto del comercio se obtiene por la concurrencia de dos requisitos: a) la posesión del título, y b) la designación del nombre e identidad del poseedor en la escritura del mismo.

Títulos valores a la orden

No contiene el Código de Comercio ninguna disposición de carácter general sobre los títulos a la orden. Reglamenta concretamente algunas de sus especies: letra de cambio, libranzas, vales y pagarés a la orden.

En algunos países la ley vigente trata de otros títulos que también pueden endosarse, sea porque así lo permite expresamente, sea porque la práctica mercantil lo consiente. Son documentos destinados a la circulación precisamente por la inclusión de la cláusula “a la orden” que manifiesta la voluntad del emisor de que el título sea negociable y circulante fuera del ámbito del tomador inicial.

Podemos agrupar unos y otros títulos de la manera siguiente:

- 1) Documentos a la orden típicos: letra de cambio.
- 2) Documentos que pueden extenderse a la orden: conocimiento de embarque, carta de porte en el transporte terrestre, contratos de préstamos a la gruesa, póliza de seguro marítimo.
- 3) Documentos que aunque extendidos en forma nominativa son susceptibles de transmitirse por endoso: acciones nominativas, resguardos de depósito en bancos, etc.
- 4) Documentos que pueden redactarse a la orden y al portador: cheques, vales, pagarés, pólizas de seguro marítimo y cartas de porte.

En estos títulos la transmisión plena de su propiedad y con ella de la titularidad del derecho incorporado se obtiene mediante un doble requisito:

1) La cláusula de endoso o declaración escrita por el tenedor en el dorso del título y que contiene su voluntad de transmitirlo; 2) la tradición o entrega del documento a la persona en cuyo favor se ha redactado la cláusula.

Su transmisión limitada se efectúa por la concurrencia de los mismos requisitos, pero indicándose en el primero que el autor del endoso no transfiere la titularidad del derecho incorporado.

La legitimación para ejercitar el derecho incorporado se confiere al sujeto que reúne los dos requisitos: 1) Poseer el título; 2) haber sido formulada a su favor la cláusula de endoso.

Títulos valores al portador

En estos títulos anónimos o de legitimación pura es necesario destacar una clara distinción: la propiedad del título y con ella la titularidad del derecho incorporado se transmite mediante la concurrencia del título (causa *traditionis*; por ejemplo, compraventa) y modo (tradición o entrega). Con la simple posesión (obtenida mediante tradición) el tenedor del título obtiene la legitimación para ejercitar el derecho incorporado. Significa ello que en los títulos al portador puede exigir el cumplimiento del derecho incorporado el poseedor del mismo, aunque este no sea el titular del documento ni del derecho o, lo que es lo mismo, aunque la posesión no haya sido precedida de un negocio traslativo.

En estos títulos la posesión confiere al tenedor la legitimación para exigir su cumplimiento, y afirma Ferri que a cuyos efectos poco importa que la tradición sea consecuencia de una efectiva transmisión del derecho, de un mandato, de un contrato de garantía o de haberlo encontrado o sustraído.

Por otra parte, se reconoce al título al portador su carácter ejecutivo.

La protección al tenedor del título al portador se manifiesta en el art. 546 y en los artículos 547 y siguientes se establece un procedimiento especial para el caso de robo, hurto o extravío de títulos al portador.

Títulos valores de tradición

Concepto y notas distintivas

Al tratar de la tradición simbólica en Derecho Mercantil, se señala como caso típico de mercancías en poder de capitanes de buque, portadores y almacenistas, llevadas a efecto por medio de la entrega de documentos referentes a la mercadería.

Existen, efectivamente, en el tráfico unos títulos cuya entrega, cuando el suscriptor se halla en posesión de la cosa, produce los mismos efectos que la entrega real de esta. De aquí el nombre de título de tradición.

Distinción de los títulos de tradición de los demás títulos valores:

- 1) El poseedor del título tiene la posesión de la mercancía identificada en el título. Es una especie de posesión legal o jurídica, ya que la posesión material corresponde al depositario, al capitán o al porteador, los cuales son, efectivamente, poseedores.

Hay, pues:

- a) una posesión directa del depositario, capitán o porteador;
 - b) una posesión indirecta, a través de un título, por parte del tenedor de este.
- 2) No atribuyen al titular solo un derecho de crédito sobre la devolución o entrega de la mercancía, sino además, un derecho actual de disposición sobre la mercancía, la cual se considera en la posesión del tenedor del título. Se dispone de la mercancía en la circulación material de esta.

La transferencia del título tiene la misma eficacia que la tradición (título de tradición).

Los títulos de tradición en el Código de Comercio

En el Código de Comercio no hay ninguna declaración categórica en el sentido de que la entrega de estos títulos tiene para la adquisición de derechos sobre mercancías, el mismo valor que la entrega de la mercancía misma. Pero entre las características de los títulos de tradición aparecen los relativos al conocimiento de embarque y a los resguardos que expiden los almacenes generales de depósito. En este caso, el objeto de la garantía no son los títulos emitidos, sino las mercancías representadas por dichos títulos. Se exigirá la correspondiente transmisión a efectos de garantía en la forma adecuada al sistema de circulación del título.

Valores mobiliarios. Concepto

Podemos definir, pues, con Gujarro Arrizabalaga los valores mobiliarios como *Unidades de situación jurídica de socio o de acreedor por razón de un empréstito* cuyos caracteres esenciales según el mismo autor son:

- 1) El formar parte de una serie de unidades con los mismos caracteres, en cuanto a derechos y obligaciones de ellas derivadas.
- 2) El servir, por ello, de módulo mediante el que se gradúan los derechos y obligaciones dimanantes del negocio jurídico básico.

- 3) El conferir a su titular el derecho a que se extienda un título valor cuyo régimen funcional, una vez extendido, condiciona la transferibilidad esencial de aquellas situaciones, así como el ejercicio de aquellos derechos y cumplimiento de dichas obligaciones.

Rodríguez Sastre, por su parte, los define como *títulos procedentes de una emisión producida en masa, o en serie, que tienen las mismas cualidades y confieren los mismos derechos, constituyendo cosas fungibles que pueden tener un curso de cambio común*.

Precisando más el concepto, convendría distinguir entre valores mobiliarios bursátiles y no bursátiles, según se transmitan o no en las Bolsas de Valores o valores mobiliarios negociables o no negociables en un mercado secundario oficial.

No todos los títulos valores son valores mobiliarios; los títulos valores son el género y los valores mobiliarios la especie con características bien definidas, que los distinguen de los demás, dichos caracteres son:

- a) Son emitidos en masa, que les diferencia de otros títulos valores, la letra y cheque, que son emitidos individualizando en cada caso el documento.
- b) Existe identidad de derechos, es decir, son absolutamente iguales entre sí los de la misma serie.
- c) Su transmisibilidad es rápida y eficaz, según formas más flexibles que en derecho civil; transferencia si el título es nominativo, endoso cuando es a la orden, y tradición cuando es al portador.
- d) En el momento de su emisión, las condiciones de la misma se fijan unilateralmente por el ente emisor, el suscriptor se adhiere a ellas por el hecho de suscribir, participan, pues, de la naturaleza jurídica de los contratos de adhesión.

Concepto de anotación-valor

La sustitución del *título-valor* por la *anotación-valor* o *derecho-valor* tiene por objeto agilizar los procedimientos de transmisión y liquidación de las operaciones bursátiles y de los mercados financieros, evitando el manejo de los títulos físicos, con la consiguiente pérdida de importancia de los títulos tradicionales, y todo ello mediante simples anotaciones contables que pueden ser realizadas con soportes informáticos.

La anotación-valor lleva consigo el cumplimiento de los principios registrales siguientes:

- a) Principio de legitimidad: Quien aparece en el registro contable como titular de los valores es la persona legitimada para ejercitar los derechos del propietario y se le presume legítimo.
- b) Principio de prioridad registral: Quien acceda primero al registro para la inscripción de sus derechos sobre los valores anotados será preferente para inscribir.
- c) Principio de *tracto* sucesivo: Todo derecho derivado de valores ya anotados de cualquier persona requiere para su inscripción que dicho derecho proceda de otro titular con sus derechos ya registrados.

La legitimación para la transmisión y el ejercicio de los derechos derivados de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta, o de los derechos reales limitados o gravámenes constituidos sobre ellos, podrá acreditarse mediante la exhibición de certificados de legitimación, expedidos por la Entidad adherida, en los que constará la identidad del titular de los valores y, en su caso, de los derechos limitados o gravámenes, la identificación del emisor y de la emisión, la clase, el valor nominal y el número de valores que comprendan, la referencia o referencias de registro o numéricas correspondientes y su fecha de expedición. También constarán en los certificados la finalidad para la que han sido expedidos y su plazo de vigencia. Este sistema de representación también es aplicable a los valores no admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales. Posteriormente, analizaremos con más detenimiento estos aspectos cuando tratemos la compraventa de valores.

Emisión de valores mediante anotaciones en cuenta

La anotación en cuenta se define como una forma de representación de los valores negociables. Por lo tanto, y dentro del ámbito de las acciones, estas solo pueden ser nominativas o al portador pudiendo representarse:

- a) por títulos físicos unitarios o por macrotítulos.
- b) por resguardos provisionales.
- c) por anotaciones en cuenta.

El sistema de anotaciones en cuenta se rige por tres principios:

- Unidad: Todos los valores integrantes de una misma emisión se representarán por el mismo sistema, salvo excepciones.

- Irreversibilidad del sistema de anotación en cuenta,
- Reserva de las expresiones *valores representados por medio de anotaciones en cuenta, anotaciones en cuenta* y similares o que *puedan inducir a confusión* a los valores negociables sometidos a este sistema de representación.

La utilización de un sistema de anotaciones en cuenta parece útil en sociedades con un número alto de acciones emitidas y con un número importante de accionistas, en el que haya una continuidad en el número de transmisiones y compense el que dicho servicio se lleve fuera de la sociedad y no por sus propios servicios administrativos.

LA LETRA DE CAMBIO

Nacida en Italia en el siglo XIII, en su primera época no fue otra cosa que la simple prueba de un contrato de cambio. También llamada cambial, es actualmente, después del cheque, el documento de mayor uso en el comercio.

La letra de cambio es un título de crédito que ha alcanzado un gran desarrollo y uso en el tráfico mercantil, dentro del cual surge el cambiario en el que cabe incluir la letra, el cheque y el pagaré. Los títulos cambiarios originan un tráfico propio en virtud de los actos cambiarios desarrollados, así como el que nace al ser la letra, cheque o pagaré objetos del tráfico mercantil.

Se podría definir la letra como un documento formal que contiene un crédito (por ello es título de crédito) completo (al menos a efectos del momento de la reclamación), de carácter mercantil, extendido en la forma y contenido establecido por la Ley, por el que una persona libra, mandando a otra (incondicionalmente), el pago de cierta cantidad de dinero, a otra persona (librado) a la orden (o no) de un tercero, en fecha y lugar determinados o determinables, siendo su causa las relaciones entre el librador y el librado (aunque la letra adquiere carácter causal entre las partes vinculadas directamente). Las obligaciones contraídas son solidarias y rigurosas. A ello se debe añadir su eficacia ejecutiva.

La letra de cambio opera como un título valor singular cuyas características son: a) Incorpora un derecho de crédito de carácter pecuniario; b) la literalidad del derecho incorporado en la letra donde se hace constar el derecho completo del tenedor de la misma; c) la autonomía del derecho de crédito incorporado implica que el tenedor de la letra de cambio tiene un derecho autónomo e independiente no ligado a la relación causal que dio origen al libramiento o aceptación del efecto; d) es un título de circulación esencialmente transmisible por endoso; e) es un título abstracto en donde el

negocio jurídico causante de la emisión de la letra no vincula al tenedor del efecto; f) es un título ejecutivo que permite la utilización del procedimiento ejecutivo para la realización del derecho de crédito pecuniario contenido en él.

Sistemas legislativos cambiarios y la unificación internacional

Sistema francés

En el primitivo Código de Comercio francés se concibe a la letra de cambio como instrumento de ejecución del contrato de cambio y se la configura como título eminentemente causal, es decir, como título que funciona en íntima conexión con el contrato que motiva su emisión y los efectos obligatorios propios de ese contrato de cambio consisten precisamente en la emisión de una letra. La letra de cambio no es más que un medio de garantizar, de modo riguroso, el pago de una deuda preexistente.

La letra de cambio estaba vinculada a su “causa”, a la operación que la originaba, razón por la cual la cláusula de valor era una de sus menciones indispensables. Esto cobra más sentido en este sistema, pues la letra era el medio de ejecución del contrato de cambio.

Como consecuencia de la vinculación al contrato de cambio trayectivo, la distancia *loci* fue un elemento esencial de la letra de cambio. Debían ser distintos los lugares de creación y pago de la letra y ello constituía una condición para la validez de la misma.

La concepción francesa se identificó también por la necesidad de la provisión de fondos, lo que está presente en el actual art. 116 del Código de Comercio francés. Hay provisión de fondos si al vencimiento de la letra de cambio el girado le debe al librador una suma por lo menos igual al importe de la letra.

Forma parte de esta concepción una anticuada noción del aval. Se consideraba el mismo como una clase de fianza, lo que limitaba sus posibilidades y lo convertía en una garantía por persona determinada y no por el pago de la letra de cambio.

Francia adoptó la Ley Uniforme de Ginebra por Decreto Ley del 30 de octubre de 1935, por el que reproduce la mencionada ley.

Sistema germánico

La Ordenanza Cambiaria Alemana de 1848 situó el centro del sistema en las relaciones externas de la letra de cambio, es decir en las relaciones creadas y soportadas exclusivamente por la letra misma. La posición del

acreedor cambiario se asegura haciendo abstracta la obligación del aceptante y de los demás responsables, o sea desligando o desconectando de su causa la obligación.

La letra de cambio es un mandato de pago formal y abstracto de pagar o de hacer pagar una suma determinada. El pacto por el cual se conviene la emisión de la letra (*pactum de cambiando*) engendra obligaciones que se sitúan fuera del contenido de la letra misma y que nacen antes de que exista la letra de cambio. Su falta de ejecución puede dar lugar a acciones sobre entrega de la letra u otras, pero nunca a una acción cambiaria. La fuerza de la letra no deriva del contrato que haya podido originar su emisión.

En este sistema además, se suprime la cláusula valutaria, la distancia *loci*, se desvincula la letra del contrato de cambio. El aval deja de ser una fianza. Lo relativo a la provisión se declara materia extracambiaria. En Latinoamérica hay países que adoptan este sistema.⁶

Sistema anglonorteamericano

La concepción anglonorteamericana abandona la doctrina tradicional del contrato de cambio; pero no llega a romper completamente el vínculo entre la letra de cambio y su causa para formular el concepto de la obligación abstracta. El vínculo entre el título y su causa está muy debilitado, ya que se supone la existencia de una causa de valor y se rechaza la teoría de la provisión de fondos.

Este sistema en sí está caracterizado por una distinta concepción global, aunque, en esencia, afirma que entre partes del negocio de creación de la letra es necesaria la causa o *consideration* y frente a un tercero adquirente de ella la falta de causa resulta inoponible.

De las diferencias de reglamentación legislativa se contraponen como sistemas distintos el del Derecho francés y el del Derecho germánico, asumiendo el anglonorteamericano una posición independiente.

Sistema cambiario uniforme

La letra de cambio es una de las instituciones mercantiles de un gran significado internacional. En su doble función de medio de pago y de instrumento de crédito, cumple una función primordial en el comercio internacio-

⁶Entre ellos se encuentran Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, según Gilberto Peña Castrillón.

nal. De ahí, la necesidad de establecer un régimen legal uniforme de la letra que eliminará los inconvenientes provocados por la gran diversidad legislativa respecto a la misma.

Con las Conferencias de La Haya de 1910 y 1912, ya se ponen de manifiesto los intentos unificadores del Derecho cambiario, que se materializan en el Reglamento Uniforme sobre la letra de cambio y pagarés a la orden.⁷

La unificación del derecho en este sentido se logra con la Ley Uniforme redactada por la III Conferencia Internacional reunida en Ginebra en el año 1930. Se trata de una ley de inspiración germánica, que sitúa el centro del sistema –como la Ordenanza alemana– en las relaciones creadas y soportadas exclusivamente por la letra misma, siendo la protección de la seguridad del tráfico la idea fundamental que la preside. La posición del acreedor cambiario se asegura desligando a la letra de su causa y haciendo abstracta las obligaciones de los firmantes. En este sistema, la letra de cambio es esencialmente un mandato de pago formal y abstracto.

El Convenio de Ginebra permite, sin embargo, a través de las Reservas, conservar las peculiaridades de las legislaciones nacionales (como el régimen de la provisión de fondos, peculiar del Derecho francés y de quienes seguían su sistema). Por otro lado, al regular la letra de cambio y las obligaciones cambiarias en sentido estricto, consagra la autonomía normativa de estas y con ello extiende el sistema germánico.

Desde el punto de vista de la unificación del Derecho cambiario la Ley de Ginebra representa el máximo resultado a que podía aspirarse: la obligación de los Estados signatarios del Convenio de convertir en ley nacional el texto de la Ley Uniforme y de hecho la misma ha sido adoptada como ley nacional por numerosos países, incluso por algunos que no se habían adherido al Convenio de Ginebra, por lo que el Derecho ginebrino adquirió una importancia extraordinaria.

Esa Ley no ha sido aceptada por los países anglosajones, cuyo sistema cambiario ofreció siempre diferencias con los sistemas continentales.

La Ley Uniforme de Ginebra de 7 de junio de 1930 responde en lo fundamental y en el detalle al sistema germánico.

Los requisitos de la letra de cambio

La letra de cambio es un título eminentemente formal que exige para que surta efectos, la existencia de unas menciones necesarias, y en concreto cabe destacar:

⁷Acordado en La Haya el 23 de julio de 1912.

1. La designación de ser letra de cambio inserta en el texto del mismo título.
2. La designación del lugar, día, mes y año en que la misma se libra. El lugar determina en orden al Derecho Internacional, la legislación aplicable; y la fecha es imprescindible en todos los documentos legales y sin ella no podría conocerse el vencimiento cuando es girada a días fecha.
3. La fecha o época en que deberá ser pagada. (Requisito circunstancial.)
4. El nombre y apellido, razón social o título de aquel a cuya orden se mande a hacer el pago.
5. La cantidad que el librador manda a pagar expresando la moneda efectiva. Si en la letra figura escrito el importe de la misma en letras y en números será válida la cantidad en letra, en caso de diferencia. Si su importe está escrito varias veces por suma diferente, ya sea en letra, ya sea en números, será válida por la cantidad menor. (Aspecto sustantivo.)
6. El nombre y apellido, razón social o título de la persona o compañía a cuyo cargo se libra.
7. La firma del librador de su propio puño de apoderado al efecto con poder bastante. (Requisito subjetivo.)

Se admite la validez de la letra en blanco, donde solo aparece la firma del librador y del librado, surtiendo efectos si se rellena conforme a lo pactado, en otro caso podrá oponerse la no formalización conforme a lo pactado entre las partes intervinientes en el acuerdo que dio origen a la letra en blanco o frente al adquirente de la letra de mala fe o con culpa grave.

La normativa establece que la falta de alguno de los requisitos se ha de considerar a la letra en dichos casos como pagaré.

Elementos personales de la letra

Librador o girador. Creador de la letra, a la orden del tomador o acreedor y a cargo del librado o girado. La acepción librador supone que este es quien la libra, crea, expide o cursa la letra, aunque ella no sea obra suya sí lo es legalmente, dado que solo él como acreedor del librado puede exigirle el pago.

Su omisión en la letra la deja sin efectos.

Librado o girado. A quien se ordena hacer el pago, debe ser determinado concreta e inequívocamente.

Hasta el momento en que acepta la letra no tiene obligación cambiaria alguna, salvo cuando el librador sea el propio librado: letra girada contra el propio librador.

Tomador. Es el primer propietario de la letra. Mientras el librador y el librado asumen obligaciones, el tomador solo adquiere derechos.

Tiene dos posibilidades:

- a) esperar a que llegue el día de su vencimiento y cobrarla, o;
- b) transmitir la letra por endoso.

El librador y el tomador pueden ser la misma persona: letra girada a la orden del propio librador.

Tenedor o Portador. Es el poseedor final de la letra, quien la presenta al cobro el día de su vencimiento.

Si el Tomador no transmitió la letra será su Tenedor.

Endosante. Toda persona que pueda cobrar la letra, podrá transmitirla por endoso, salvo las que no se hayan expedido a la “Orden”, ni las letras perjudicadas.

Avalista. Quien afianza el pago de una letra.

El Avalista contrae una obligación singular y de carácter subsidiario: no se le puede compeler al pago mientras no haya incumplimiento por parte del obligado principal (el aceptante de la letra).

El aval podrá ser general o limitarse a tiempo, caso, cantidad o persona determinada.

Interventor. “Interviene” cuando la letra va a quedar frustrada, y lo hace espontáneamente o por indicación de algún obligado al pago.

Otros que tienen que ver con el uso de este título valor, aún cuando no se consideran, en propiedad, elementos cambiarios son:

Descontante	Redescontatario	
Cesionante (cedente)	Descontatario	Comisionista
Cesionario	Redescontante	Corredor
Apoderado		

Los actos cambiarlos

Son de dos clases fundamentales: principal y secundaria.

Principal: El libramiento

Supone la emisión de la letra por el librador de la misma. Sin libramiento no puede existir letra y la existencia del libramiento permite la aparición de los restantes actos cambiarios. La letra debe contener la firma del librador y la fecha de libramiento.

El libramiento de la letra de cambio es la declaración cambiaria en virtud de la cual el librador crea el título de la letra y expresa una orden de pago dirigida al librado; de ahí que la declaración cambiaria fundamental se integra por dos elementos: la denominación de letra de cambio inserta en el texto del mismo título y expresada en el idioma empleado para su redacción y el mandato puro y simple, es decir, la orden, de pagar una suma determinada. Como acto de creación del título cambiario es esencial para la validez del mismo y de las demás obligaciones cambiarias.

En el supuesto normal, el giro de la letra de cambio se hace por el librador a cargo de otra persona (librado) para que pague a la orden de un tercero (tomador).

Normalmente son tres las personas que intervienen en el giro de una letra de cambio, pero la misma permite una serie de nuevas combinaciones, en virtud de las cuales el círculo de personas queda reducido a solo dos. Estos modos de giro son: a la orden del propio librador y a cargo del propio librador.

A la orden del propio librador: mediante esta forma de giro, el librador asume la doble posición de librador y tomador de la letra de cambio y conservará la tenencia de la letra hasta su vencimiento en tanto no la ponga en circulación, endosándola a otra persona, que vendrá a sustituirle entonces en la posición de tenedor. Un ejemplo de esta forma de giro es cuando el vendedor de determinadas mercancías gira la letra de cambio contra el comprador, figurando aquel como tomador-acreedor que la retiene.

A cargo del propio librador: de esta forma él asume la doble posición de librador y de librado, no conservando la letra de cambio en su poder, ya que el giro se hizo a favor del tomador, quien será el poseedor del título cambiario. Este supuesto se produce, por ejemplo, cuando el comprador tiene una letra de cambio y la entrega al vendedor para pagar el precio de las mercancías compradas.

Otro de los modos de girar la letra de cambio es a cargo de una persona para pagar en el domicilio de un tercero, conocido también con el nombre de domiciliación de la letra de cambio. El tercero recibe el nombre de domiciliatario.

También se puede girar la letra de cambio por cuenta de un tercero. El librador aunque actúe por cuenta de un tercero y lo exprese así en el título cambiario, gira en nombre propio y queda directamente obligado a las resultas de la letra de cambio. Las relaciones del librador con el tercero por cuya cuenta gira (ordenador) son extracambiarias y se rigen por el pacto existente entre ambos, que puede ser un mandato.

Secundarios

Las restantes declaraciones cambiarias que pudieran existir:

- 1- La aceptación. Es la declaración cambiaria pura y simple del librado que la firma vinculándose al cumplimiento de la obligación de pago dimanante de la letra. La aceptación debe constar en la letra y en el lugar destinado para ello y se expresará mediante la palabra “aceptado” u otra equivalente e irá firmada por el librado. La aceptación puede ser:
 - a) Total e incondicional: supuesto normal.
 - b) Parcial: solo por una parte de la cuantía. En tal caso queda la opción de realizar el protesto por el importe no aceptado.
- 2- El endoso. El endoso permite el ejercicio de las acciones y derechos que nacen de la letra por persona distinta del tomador de la letra o bien de un posterior tenedor. Es la declaración contenida en la letra por la cual el tenedor de la letra (endosante) cede todos los derechos resultantes de la letra. Es la forma habitual de transmisión de la letra, por ello hay que considerar el endoso dentro de las distintas formas de transmisión de la letra:
 - a) Circulación por pago.
 - b) Cesión: si es una letra no a la orden, se hubiere protestado (o realizado equivalente), o transcurrido el plazo para levantar protesto.
 - c) Endoso: se subdivide en:
 - Propio: El nuevo tenedor ejerce los derechos cambiarios a favor de sí mismo y en forma plena. Se admite en blanco;
 - Impropio: Transmite unas determinadas facultades en relación con la letra, puede ser: En garantía, para cobranza, solo cabe endosar nuevamente para cobranza, el endoso para cobranza se equipara a la comisión mercantil.

- 3- El aval. Es el afianzamiento personal que consta en la letra; si no consta en ella, no produce efectos cambiarios. Debe ser hecho a favor de persona obligada, al menos en el momento de vencimiento de la cambial; en el supuesto de no designarse a la persona del avalado, se considera que se avala al aceptante o, en su defecto, al librador. El avalista que no sea librador ni librado puede obligarse estampando su firma en el anverso de la letra. Aunque no se especifica, cabe admitir avales, sometidos a restricciones, si estas son lícitas. No producirá efectos cambiarios el aval en documento separado.
- 4- La intervención. Supuesto en la actualidad esporádico por el cual una persona se compromete voluntariamente al cumplimiento de las obligaciones cambiarias por parte del librado.

La provisión de fondos

Históricamente, la aceptación de la letra de cambio y la provisión de fondos al librado para el pago aparecen unidas en relación de causa a efecto. En su primera manifestación, la provisión se considera como cumplimiento de la obligación del librador de poner a disposición del librado las sumas necesarias para atender la letra de cambio y decidía así la posición del librado. El librado aceptaba cuando había recibido o esperaba recibir del librador antes del vencimiento de la letra de cambio el valor de esta.⁸

Al cambiar más tarde la función económica de la letra, convirtiéndose en medio o instrumento de pago, va a aparecer una nueva modalidad de la provisión, que no consiste ya en el envío real de fondos sino en el crédito que el librador tiene contra el librado; el librado acepta y paga para saldar con la letra de cambio una obligación que tiene pendiente con el librador.⁹

La provisión de fondos descansa en una relación librador-librado de carácter extracambiario que, aun produciendo efectos entre ellos, no afecta a las respectivas obligaciones cambiarias asumidas por uno y otro. Esta institución, tanto si se regula como obligación del librador como si no se regula, no tiene naturaleza estrictamente cambiaria, limitándose a desempeñar una función económica de carácter interno entre librador y librado, que sirve de presupuesto para su emisión.

La provisión de fondos como obligación del librador, antes y ahora es decisiva para que el librado acepte la letra de cambio, inscribiéndose en el ámbito de las relaciones causales.

⁸Rodrigo Uría, ob. cit, p. 955.

⁹Ibídem, p. 955.

De existir una relación extracambiaria entre el librador y el librado en virtud de la cual este se ha obligado a pagar la letra de cambio (relación de provisión de fondos como una compraventa, por ejemplo), hasta que este no la acepta no está obligado cambiariamente a su pago, aún cuando haya recibido del librador la orden de pago. El cumplimiento de la obligación de provisión de fondos es indiferente para la responsabilidad del aceptante: su obligación cambiaria, derivada de la aceptación, no está subordinada al cumplimiento de una obligación extracambiaria (la provisión), como si se tratase de obligaciones recíprocas. La obligación del aceptante no significa contraprestación de la obligación extracambiaria del librador.¹⁰

El librador es responsable cambiariamente desde que pone su firma en la letra de cambio, no influyendo en esta responsabilidad el hecho de haber realizado la provisión de fondos.

La efectividad del pago por parte del aceptante no dependerá de la existencia de provisión de fondos, sino de su propia solvencia económica,¹¹ ya que él va a responder a su obligación con sus propios recursos monetarios, además que la aceptación de la letra de cambio por el librado da lugar a una obligación cambiaria que es diversa de la relación de provisión.

El concepto de provisión de fondos relativo al crédito del librador contra el librado, es el que puede decirse que es admitido por la doctrina española y mexicana, por el que el librado se encuentra obligado normalmente frente al librador por un crédito que tiene este frente a aquel, que se denomina relación de provisión, (crédito que deriva de la venta de unas mercancías, de un préstamo, por ejemplo) en el momento del vencimiento de la letra de cambio.

La existencia de la provisión interesa tanto al librado –que no tiene por qué aceptar en descubierto– como a los eventuales tenedores de las letras no aceptadas, porque será más fácil que el librado acepte si el librador le ha provisto de fondos para pagar la letra de cambio.

No obstante, perseguir la provisión de fondos la finalidad de facilitar el pago de la letra de cambio, el tenedor de esta carece de derecho sobre los fondos o el crédito en que la provisión consista, que lo autorizaría para oponerse a que el librador disponga de la provisión antes del pago de la letra de cambio. De no mediar un pacto especial de cesión, el valor en que consiste la provisión permanece en el patrimonio del librador, o en el del tercero por cuya cuenta se hizo el giro, por todo el tiempo de duración de la letra, y que no se transmite con la entrega de esta a los sucesivos tenedores de la misma.

¹⁰Joaquín Garrigues: ob. cit., p. 875.

¹¹José A. Escalona de Molina: “Jurisprudencia: La provisión de fondos y la carga de su prueba en la Ley Cambiaria y del Cheque”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N°50, Año XII, abril-junio de 1993, p. 567.

El tema de la provisión de fondos, como fundamento económico y jurídico, del pago de la letra por el aceptante, como manifiesta Garrigues,¹² ha representado el principal problema para la unificación del Derecho cambiario europeo, al contraponer la legislación y la doctrina francesas –en las que la provisión de fondos aparece como obligación del librador– y la legislación y la doctrina alemanas que excluyeron ese tema de la ley cambiaria, para poder afirmar el carácter abstracto de la letra de cambio. En la Conferencia de Ginebra de 1930 no fue posible llegar a un acuerdo sobre este punto y hubo que declarar en el Anexo II, Artículo 16, que “quedaba fuera de la Ley Uniforme la cuestión de saber si el librador está obligado a hacer provisión al vencimiento de la letra”. De esto se derivan las distintas posiciones adoptadas por las legislaciones.

El endoso

Declaración contenida en la letra y suscrita por su actual tenedor (llamado endosante), tendente a transmitirla a otra persona denominada **endosatario**, que adquiere todos los derechos resultantes de la letra denominada **endosante**. Acto jurídico por el cual se transfiere cualquier documento a la orden, o pasa el dominio a otro o se transmite la propiedad.

No podrán endosarse las letras de cambio no expedidas a la orden, ni las perjudicadas. Será no obstante lícita la transmisión de la propiedad de las letras no endosables por los medios reconocidos en el derecho común.

El endosatario, cuando recibe el documento, se convierte en su nuevo tenedor legítimo y, en consecuencia, adquiere, todos los derechos resultantes de la letra de cambio.

La letra se considera como un título a la orden nato, de forma que aunque no esté expresamente librada a la orden, será transmisible por endoso. Para que no sea posible el endoso será necesario que figure en la letra una cláusula como “no endosable”.

Formas de endoso

Las letras de cambio pueden ser endosadas hasta antes de su vencimiento en las variantes siguientes:

- a) Endoso completo: Los especificados en el Código de Comercio. Deberá contener:

¹²Joaquín Garrigues: ob. cit, p. 859.

- El nombre y apellidos, razón social o título de la persona o compañía a quien se transmite la letra.
 - La fecha en que se hace.
 - La firma del endosante o de la persona legítimamente autorizada que firme por él.
- b) Endoso en blanco: Solamente la fecha y firma del endosante. Transfieren la propiedad.
- c) Endoso sin fecha: También transfieren la propiedad del documento.
- d) Endoso sin mi responsabilidad: Cuando un endosatario no responde en caso de un protesto.
- e) Endoso al cobro: Solamente autoriza la gestión del crédito, poniendo al dorso de la letra de cambio la siguiente leyenda: “Páguese a la orden de cualquier Banco o Banquero”. Valor del cobro (nombre del banco).

El endoso se efectúa por el tenedor de la letra mediante una cláusula escrita en ella o en el suplemento, que ha de ser firmada por él. Se trata de una declaración redactada bajo la forma de una orden que el tenedor de la letra dirige al deudor principal (al librado) de pagar a la persona a la que se transfiere el título con el endoso.

La declaración del endosante no ha de hacerse mediante una fórmula determinada. Normalmente bastará la indicación de “páguese a” no siendo preciso poner “a la orden” para que la letra pueda endosarse de nuevo.

El endosante ha de ser el tenedor de la letra. El endosatario puede ser cualquier persona, incluso el librado, el librador o cualquier persona obligada en la letra, aun cuando lo normal es que el endoso se haga a un tercero.

En el caso de que se endose la letra a un obligado cambiario, no se produce por ese simple hecho la extinción de la obligación cambiaria por confusión, ya que esta persona puede endosar de nuevo la letra. El endoso ha de ser una declaración incondicionada, esto es, pura y simple. El endoso parcial, en el que transmite solo parte del importe, o parte de los derechos; se considera nulo.

Endoso completo: Deberá contener:

- El nombre y apellidos, razón social o título de la persona o compañía a quien se transmite la letra.
- La fecha en que se hace.
- La firma del endosante o de la persona legítimamente autorizada que firme por él.

Endoso en blanco: Solamente la fecha y firma del endosante. Transfieren la propiedad.

Requisito indispensable para el endoso es la firma del endosante, sin que sea necesario poner el nombre del endosatario, en tal caso nos hallamos ante un endoso en blanco; en este último caso para que el endoso sea válido deberá estar escrito al dorso de la letra de cambio.

Endoso sin fecha : También transfieren la propiedad del documento.

Endoso sin mi responsabilidad : Cuando un endosatario no responde en caso de un protesto.

Los endosos firmados en blanco y aquellos en se omita la fecha transfieren, también, la propiedad de la letra (art. 465).

No podrán endosarse las letras no expedidas a la “Orden” ni las perjudicadas (aquellas no presentadas, o que lo fueran extemporáneamente o las no pagadas que no hubieren sido protestadas dentro de los ocho días). Existe la interpretación errónea de que las letras vencidas, no honradas y oportunamente protestadas no pueden ser endosadas, cuando en realidad sí se pueden endosar las letras ya protestadas.

El endosante responde ante el endosatario por el incumplimiento del aceptante de la letra, salvo que, al tiempo de transmitir la letra, haya puesto la Cláusula de “sin mi responsabilidad” (art. 467, 2do párrafo).

Efectos

Cuando no tiene limitación, endoso pleno, produce los siguientes efectos:

- Función legitimadora, el endosatario que posee el título se considera como poseedor legítimo de la letra cuando justifique su derecho por una serie no interrumpida de endosos, aun cuando el último endoso esté en blanco.
- Produce la transmisión de todos los derechos resultantes de la letra de cambio. Lo que significa que el endosatario adquiere no solo el derecho cambiario principal dirigido al cobro de la letra, sino los derechos accesorios vinculados a él, garantías personales o reales, deuda de intereses, etcétera.
- Efecto de garantía. El endosante responde en vía de regreso frente a los tenedores posteriores de la letra de la aceptación y del pago.

Los endosos limitados

No producen los efectos que antes hemos expuesto, en contraposición con los limitados, se califican como plenos. Estos endosos limitados, son el endoso para cobranza y el endoso para garantía.

a) Endoso “de apoderamiento, al cobro o para cobranza”: aquel en el que el endosante no desea transmitir la propiedad de la letra, sino que esta se entrega al endosatario simplemente para cobrarla. Solamente autoriza la gestión del crédito, ejemplo: poniendo al dorso de la letra de cambio la siguiente leyenda: “Páguese a la orden de cualquier Banco o Banquero”. Valor del cobro (nombre del banco).

El endosatario en este caso de endoso para cobranza podrá ejercer todos los derechos derivados de la letra de cambio, pero no podrá endosarla sino a título de cobranza.

b) Endoso “para garantía”: La letra puede ser entregada en prenda, de forma que el tenedor adquiriera un derecho de prenda sobre el crédito cambiario y no la titularidad plena. Sin embargo, el acreedor pignoraticio, endosatario de la letra, tiene sobre esta un derecho propio y ejercita los derechos inherentes a la letra en nombre propio y en su propio interés no en el del endosante.

Endosos limitados encubiertos

Serán los que apareciendo externamente como plenos, van acompañados de pactos extracambiarios entre el endosante y el endosatario que pretenden limitar los efectos del endoso. Aparece en la letra un endoso pleno, si bien el endosante y el endosatario pactan que la entrega de la letra va a cumplir determinadas funciones. La posición del endosatario aparece reforzada, lo que puede dar lugar a problemas en el supuesto de incumplimiento por parte de este de los pactos existentes entre las partes, que tiene su reflejo en el régimen de las excepciones oponibles por el deudor, que en estos casos serán de carácter personal.

Con frecuencia, en lugar de este endoso de apoderamiento expreso, se produce el llamado endoso de apoderamiento encubierto, que consiste en la entrega de la letra a una persona a la que se confía simplemente la misión de cobrarla, pero utilizando la fórmula del endoso pleno. De manera que el endosatario ante terceros aparece como el titular de la letra, si bien inter partes se ha querido dar al endoso un alcance limitado, ya que se desea únicamente que el endosatario cobre la letra.

En el caso de la entrega de la letra por el endosante con fines de garantía, es frecuente que externamente el endosatario aparezca como titular de la letra con los efectos del endoso pleno, si bien inter partes el acreedor y el

deudor, mediante un pacto extracambiario, han pactado que la transmisión de la letra tiene como finalidad exclusiva la garantía del crédito, no la transmisión de su propiedad.

Para poder descontar o pignorar las letras de cambio en el banco, estas deberán endosarse al banco transfiriendo su propiedad y haciéndose el cliente solidariamente responsable con el girador, aceptante y endosantes del pago de su importe.

Transmisión de la letra sin endoso

La letra puede transmitirse sin endoso, como consecuencia de una cesión de los derechos del tenedor de la letra. Si la circulación de la letra en el caso de endoso implica transmisión del título como una cosa mueble, de manera que el endosante con la tradición de la letra transmite los derechos resultantes de ella y el endosatario tiene una posición autónoma respecto al endosante, la ley prevé unos supuestos en los que la letra no puede transmitirse por endoso, o en otros, porque el tenedor de la letra no quiere usar tal procedimiento, en los que el cedente transmite al cesionario los derechos que él poseía; es decir deviene titular de los derechos cambiarios del cedente como consecuencia de negocio de la cesión, pero no adquiere ningún derecho autónomo, sino su posición es por completo derivada de la que tenía el cedente, de manera que podrán oponerse al cesionario todas las excepciones que se hubieran podido oponer al cedente.

La cesión ordinaria de la letra, no implica simplemente la transmisión al cesionario de todos los derechos del cedente, en los términos previstos en el Código de Comercio, sino que además el cesionario tiene derecho a la entrega de la letra. De esta manera, mientras que en el caso de la transmisión de la letra por endoso la posesión y propiedad del documento atribuyen respectivamente, al endosatario la legitimación y la titularidad del crédito, en el supuesto de cesión es la adquisición del crédito, la que atribuye el derecho a la entrega de la letra.

Vencimiento de la letra de cambio

Se prevén varios tipos de vencimiento de las letras de cambio:

- A la vista. Obligará al pago en el acto de su presentación.
- A uno o más días, a uno o más meses vista. Obligará al pago el día en que se cumplan los señalados, contándolos desde el día siguiente al de la aceptación o del protesto por falta de haberla aceptado. Se

determinará por la fecha de la aceptación o, en defecto de esta, por la del protesto o declaración equivalente. A falta de protesto, toda aceptación que no lleve fecha se considerará, siempre frente al aceptante, que ha sido puesta el último día del plazo señalado para su presentación a la aceptación.

- A uno o más días, a uno o más meses fecha. Obligará el día en que se cumplan los señalados, contándose desde el inmediato al de la fecha del giro. Su vencimiento se determinará computándose los meses de fecha a fecha. Cuando en el mes de vencimiento no hubiere día equivalente al inicial del cómputo se entenderá que el plazo expira el último del mes. En el cómputo no se excluyen los días inhábiles, pero si el día del vencimiento lo fuera, se entenderá que la letra vence el primer día hábil siguiente.
- A día fijo o determinado. En el mismo se establece un día determinado como vencimiento. Es la variante más utilizada.

El vencimiento de una letra ha de ser posible, cierto e incondicional. No puede consignarse un día que no existe, por ejemplo el 31 de febrero, ni tampoco una fecha de aceptación anterior a la de librada. Ha de ser concreto, previamente fijado, sin depender de acontecimientos futuros, ciertos o inciertos.

Clases de letras de cambio

En el tráfico mercantil ordinario se distinguen cuatro clases de letras: comerciales, financieras, bursátiles y de garantía.

A) **Letras comerciales:** se originan en el tráfico mercantil entre empresas o entre clientes y empresas, destinada al descuento de tal modo como podría realizarse con recibos, cheques, talones, pagarés, certificados, pólizas. Su singularidad radica en que el libramiento de las mismas responden a una relación causal comercial en donde el sistema de pago aplazado de las compraventas de mercancías o de prestación de servicios se formaliza por la vía del giro de letras de cambio. Ha sido este el origen real de este título valor y su utilización más tradicional.

B) **Letras financieras:** la letra de cambio ha sido utilizada también como una fórmula de documentación de un préstamo bancario en donde el Banco librador de la letra concedía un préstamo al librado aceptante por el importe de capital e intereses que recogía el nominal de la letra y cuyo vencimiento coincidía con el vencimiento de la letra. El banco prestatario se beneficia

del rigor cambiario y de la ejecutividad de la letra para el ejercicio de sus derechos como prestatario.

La diferencia básica entre la letra financiera y la letra comercial es que la primera se crea con la finalidad expresa de obtener un crédito y la segunda para movilizar el precio de las operaciones de compraventa de bienes o la prestación de servicios.

C) **Letras bursátiles:** en el ámbito bursátil se prevé la letra como objeto del tráfico mediante subastas.

D) **Letras de garantía:** son letras en las que se recogen diversas firmas de obligados cambiarios con el fin de incrementar la garantía del librado o del librador a los efectos del descuento. Se les denomina también letras de favor en donde los sucesivos obligados cambiarios prestan su firma para garantizar y reforzar la posición ante una entidad financiera que va a proceder a descontarla.

Pago de la letra de cambio

A) Presentación al pago:

- 1) El tenedor de una letra de cambio pagadera en día fijo o a un plazo a contar desde la fecha, o desde la vista, deberá presentar la letra de cambio al pago en el día de su vencimiento, o en uno de los dos días hábiles siguientes.
- 2) Cuando la letra de cambio se encuentre en poder de una Entidad de crédito, la presentación al pago podrá realizarse mediante el envío al librado con anterioridad suficiente al día del vencimiento, de un aviso conteniendo todos los datos necesarios para la identificación de la letra, a fin de que pueda indicar sus instrucciones para el pago.

B) Pago de la letra: El librado podrá exigir al pagar la letra que le sea entregada con el recibí del portador, salvo que esta sea una Entidad de crédito, en cuyo caso esta podrá entregar, excepto si se pactara lo contrario entre librador y librado, en lugar de la letra original, un documento acreditativo del pago en el que se identifique suficientemente la letra. El que pagare a su vencimiento quedará liberado de sus obligaciones cambiarias. El que hubiera reembolsado la letra de cambio podrá reclamar de las personas que sean responsables frente a él:

- 1) La cantidad íntegra que haya pagado.

- 2) Los intereses de dicha cantidad, calculados al interés legal del dinero, aumentado en dos puntos, a partir de la fecha de pago.
- 3) Los gastos que haya realizado.

C) **Presunción de pago:** Se presumirá pagada la letra que, después de su vencimiento, se hallare esta o el documento bancario a que nos hemos referido en poder del librado o del domiciliatario.

D) **Pago parcial de la letra:** El portador de la letra no podrá rechazar un pago parcial de la misma. En caso de pago parcial, el librado podrá exigir que este pago se haga constar en la letra y que se le dé recibo del mismo.

E) **Pago antes del vencimiento:** El librado que pagare antes del vencimiento lo hará por su cuenta y riesgo. El portador de una letra de cambio no podrá ser obligado a recibir el pago antes del vencimiento.

F) **Falta de presentación al pago:** A falta de presentación al pago, todo deudor tendrá la facultad de consignar su importe en depósito a disposición del tenedor y por su cuenta y riesgo, judicialmente o en una Entidad de Crédito o Notario.

Acciones cambiarias. La ejecutividad de la letra

Los que hubieren librado, aceptado, endosado o avalado una letra de cambio responden solidariamente frente al tenedor. El portador tendrá derecho a proceder contra todas estas personas individual o conjuntamente, sin que le sea indispensable observar el orden en que se hubieren obligado. El mismo derecho corresponderá a cualquier firmante de una letra de cambio que la haya pagado. La acción intentada contra cualquiera de las personas obligadas no impedirá que se proceda contra las demás, aunque sean posteriores en orden a la que fue primeramente demandada.

El tenedor podrá reclamar a la persona contra quien ejercite su acción:

- 1) El importe de la letra de cambio no aceptada o no pagada con los intereses en ella indicados.
- 2) Los créditos de la cantidad anterior devengados desde la fecha de vencimiento de la letra calculados al tipo de interés legal del dinero incrementado en dos puntos.
- 3) Los demás gastos, incluidos los del protesto y las comunicaciones. Si la acción se ejercitase antes del vencimiento, se deducirá del importe de la letra el descuento correspondiente. Este descuento se calculará al interés legal del dinero vigente al día en que la acción se ejercite, aumentado en dos puntos.

Se reconocen dos tipos de acciones cambiarias por falta de aceptación o de pago de la letra: 1) La acción directa contra el aceptante o sus avalistas y 2) la acción de regreso contra cualquier otro obligado cambiario.

- La acción directa: Esta acción se ejercita por el tenedor para reclamar contra el aceptante y su avalista la falta de pago de la letra sin necesidad de protesto y tanto en la vía ordinaria como en la ejecutiva. Su plazo de caducidad es de tres años desde la fecha del vencimiento de la letra.

- La acción de regreso: Esta acción podrá ejercitarla el tenedor contra los endosantes, el librador y las demás personas obligadas una vez vencida la letra, cuando el pago de la misma no se haya efectuado. Podrá ejercitarse también antes del vencimiento en los siguientes casos: a) Cuando se hubiere denegado total o parcialmente la aceptación; b) cuando el librado, sea o no aceptante, se encontrare en suspensión de pagos, quiebra o concurso o hubiere resultado infructuoso el embargo de sus bienes; c) cuando el librador de una letra, cuya presentación a la aceptación haya sido prohibida, se encontrare en suspensión de pagos, quiebra o concurso. La falta de aceptación o de pago deberá hacerse constar mediante protesto. El tenedor perderá esta acción en los casos siguientes: a) Cuando no hubiere presentado dentro de plazo la letra girada a la vista o a un plazo desde la vista; b) cuando, siendo necesario, no se hubiere levantado el protesto o hecho la declaración equivalente por falta de aceptación o de pago; c) cuando no hubiere presentado la letra al pago dentro del plazo, en caso de haberse estipulado la devolución “sin gastos”. La acción de regreso prescribe al año, contado desde la fecha del protesto o declaración equivalente, realizados en tiempo hábil, o de la fecha del vencimiento en las letras con cláusulas “sin gastos”.

Existen otras acciones extracambiarias pero que derivan del libramiento de la letra:

- a) La acción causal cuyo origen son las relaciones existentes entre los obligados cambiarios que derivan del negocio causal que generó la letra.
- b) La acción de enriquecimiento injusto: que se reconoce al tenedor que hubiere perdido la acción cambiaria contra todos los obligados y no pudiera ejercitar acciones causales contra ellos. Su plazo de caducidad es de tres años después de haberse extinguido la acción cambiaria.

La letra es un título ejecutivo y tendrá aparejada ejecución por la suma determinada en el título y por las demás cantidades (intereses y gastos), sin necesidad de reconocimiento judicial de firmas siempre y cuando se proteste.

La letra como título ejecutivo permite el embargo preventivo de bienes. La letra debe reunir los requisitos formales correspondientes.

Protesto en la letra de cambio

El protesto puede ser definido, según BROSETA PONT, como *acto realizado por el Notario y elevado por él a documento público a requerimiento del tenedor de la letra, por medio del cual aquel presentaba la letra al librado requiriéndole para su aceptación o pago y para que el librado manifestare las razones para no aceptar o pagar.*

El protesto es el complemento indispensable de las letras de cambio no aceptadas o no pagadas, mediante el cual el tenedor del título valor conserva a plenitud las diferentes acciones, que puede ejercer contra todos los firmantes del documento cambiario, bien para el pago o el reembolso del importe de la letra.

En el ámbito del protesto por falta de pago y aceptación, para muchos, el protesto seguirá siendo un trámite *necesario* desde un punto de vista burocrático tradicional, frente a su verdadero contenido y finalidad.

Es el acto solemne y público que hace constar el requerimiento formulado al librado o aceptante, según sea el caso, para que acepte o pague, respectivamente, la letra de cambio, y para dar constancia de la negativa de hacerlo, más sus razones.

Para Cano Rico su importancia recae en que da:

- a) Certeza de la negativa a la aceptación y pago en fecha, o mejor, en plazo.
- b) Oportunidad dada al librado para que manifieste lo oportuno en su defensa o justificando su negativa.

Para Garrigues existen tres significados:

- a) Medio de prueba de la actitud negativa del librado o del aceptante que rehuyen, respectivamente, aceptar o pagar la letra.
- b) Medio de prueba para precisar el estado de las letras en el momento del protesto y determinar consiguientemente las personas obligadas.
- c) Requisito legal para ejercitar la acción cambiaria ejecutiva, sea contra el aceptante, sea contra los obligados en vía de regreso.

Clases de protesto:

- a) por falta de aceptación;

- b) por falta de pago;
- c) para mayor seguridad;
- d) por quiebra del librado;
- e) para garantías.

Realizar el protesto por falta de aceptación no exime al tenedor de ejecutarlo por falta de pago a su vencimiento.

De ahí que si el librado no acepta la letra o no la satisface a su vencimiento, el protesto levantado en tiempo y forma evita el perjuicio de la letra de cambio, que no es más que perder los derechos que concede la ley para proceder a exigir su pago por la vía ejecutiva en los tribunales.

El protesto ha de realizarse dentro de los ocho días hábiles siguientes al que se hubiere negado la aceptación o el pago.

Intereses

El Código de Comercio en su artículo 63 establece que los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones comenzarán, en los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento. En conexión con ello, el propio Código de Comercio enuncia que las letras protestadas por falta de pago devengarán intereses desde la fecha del protesto (art. 526).

Acciones judiciales y su prescripción

Por la Instrucción No. 160 de 8 de febrero del 2000, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (TSP), se declaró la competencia de las Salas de lo Económico del TSP y de los Tribunales Provinciales Populares para conocer de los litigios que se susciten sobre la ejecución de las letras de cambio, cheques y pagarés.

Para el caso de las letras perjudicadas regirán las normas de procedimiento de las Salas de lo Económico de nuestros tribunales (Apartado Cuarto, Inst. No. 160 del TSP). Puede ser iniciado un mero trámite de reconocimiento judicial de deuda, que de resultar positivo, le deja expedito el camino al proceso ejecutivo.

En defecto de pago de una letra presentada y protestada en tiempo y forma, el portador tendrá derecho a exigir del aceptante, el librador, o de los endosantes, uno por vez, su reembolso con los gastos de protesto y recambio.

La acción judicial para exigir el pago de las letras no perjudicadas será ejecutiva (521), según lo previsto para ella en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral (522 del Código de Comercio y apartados Segundo y Tercero de la Inst. No. 160 del TSP).

En la acción ejecutiva, se instruirá la ejecución en vista de la letra y del protesto, sin otro requisito que el reconocimiento judicial de la firma de la letra que, tampoco, será necesario si no se hubiere hecho constar tacha de falsedad en el acto de levantarse el protesto. (521)

Las acciones procedentes de las letras de cambio se extinguen a los tres años de su vencimiento, se hayan o no protestado. No obstante, la prescripción puede interrumpirse por demanda u otra interposición judicial hecha al deudor, por el reconocimiento de las obligaciones o por la renovación de la letra.

No habrá interrupción de la prescripción si hay desistimiento del demandante, o caducara la instancia o fuese desestimada.

Empezará a contarse nuevamente la prescripción desde el día:

- En que se haga el reconocimiento de las obligaciones;
- Del nuevo título; y si el mismo se hubiere prorrogado el plazo de cumplimiento, desde que este hubiere vencido.

Recambio y resaca

El portador de una letra de cambio protestada podrá reembolsarse de su importe y gastos de protesto y recambio, girando una nueva letra de cambio contra el librador o uno de sus endosantes, y acompañando a este giro la letra original, el testimonio del protesto y la cuenta de resaca, que solo contendrá las partidas siguientes:

- a) capital de la letra protestada;
- b) gastos del protesto;
- c) derechos de sellos para la resaca;
- d) comisión de Giro a uso de la plaza;
- e) corretaje de la negociación;
- f) gastos de la correspondencia;
- g) daño de recambio;

En esta cuenta se expresará el nombre de la persona a cuyo cargo se gira la resaca.

Resaca

La nueva letra de cambio que el portador de una letra protestada gira a cargo del librador o de uno de los endosantes para reembolsarse de su importe y gastos de protesto y recambio. El librador de la resaca debe acompañar a esta la letra original protestada, un testimonio del protesto y la cuenta de la resaca. Esta cuenta no puede comprender, sino las partidas siguientes: el capital de la letra protestada, los gastos del protesto, el derecho del sello para la resaca, la comisión de giro a uso de la plaza, el corretaje de su negociación, los portes de cartas, y el daño que sufra en el recambio. En esta cuenta se ha de hacer mención del nombre de la persona sobre quien se gira la resaca, del importe de esta, y del cambio a que se haya hecho su negociación.

El recambio ha de ser conforme el uso corriente que tenga en la plaza donde se hace el giro sobre el lugar en que se ha de pagar la resaca, y esta conformidad ha de hacerse constar en la cuenta por certificación de un corredor de número o de dos comerciantes donde no lo haya. No pueden hacerse muchas cuentas de recambio sobre una misma letra, sino que la primera se irá satisfaciendo por los endosantes sucesivamente de uno en otro, hasta extinguirse con el reembolso del librador. Tampoco pueden acumularse muchos recambios, sino que cada endosante, así como el librador, soportarán solo uno, el cual se arreglará con respecto al librador por el cambio que corra en la plaza donde sea pagadera la letra sobre la de su giro; y con respecto a los endosantes, por el que rija en la plaza donde se hubiere puesto el endoso sobre la que se haga el reembolso. El portador de una resaca no puede exigir el interés legal de su importe, sino desde el día que emplaza a juicio la persona de quien tiene derecho a cobrarla.

Recambio

El segundo cambio, o el precio de un nuevo cambio debido por una letra que vuelve protestada, y que debe reembolsar a su tenedor el que la ha librado o endosado; o mejor: el precio del nuevo cambio que el portador de una letra protestada tiene que pagar por la negociación de la nueva letra que gira sobre el librador o alguno de los endosantes de la protestada para reembolsarse del importe de esta. Para entender bien esta palabra, es necesario que el portador de una letra de cambio, en caso de que se le niegue el pago de su importe, puede, luego que haga su protesto, tomar de un banquero del lugar en que debía pagarse la letra, una cantidad de dinero igual a la contenida en la letra no pagada, y darle en trueque del dinero que recibe de él una letra de cambio de la misma suma girada a cargo del librador de la protestada

o de uno de los endosantes: ahora pues, el derecho de cambio que se lleva el banquero por dar su dinero en lugar de la letra que recibe, es lo que se llama recambio, en razón de que ya se pagó otro cambio al librador de la primera letra.

La cuenta de resaca también devengará intereses desde la fecha de su presentación a quien deba pagarla (art. 530).

CUBA

En Cuba, por diversas razones, fue cayendo en desuso a partir de la década de los sesenta, y por el Decreto-Ley No. 24 de 1979 se declaró la inaplicabilidad de las instituciones del Código de Comercio a la empresa estatal socialista, lo que conllevó, entre otras cuestiones, a que, al no existir otra regulación sustitutiva, quedara inhabilitado el uso de la letra de cambio, salvo entre sociedades mercantiles cubanas y entre estas y entidades extranjeras. No obstante, en la práctica, su utilización era muy limitada.

Hace relativamente poco tiempo hubo un renacer en nuestro país de su aplicabilidad, debido a su necesidad en el marco de las transacciones comerciales nacionales e internacionales.

Consecuentemente, el proceso de perfeccionamiento empresarial y la búsqueda de mayor eficiencia en nuestra economía condujeron a que el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, por su Acuerdo No. 3619 de fecha 28 de diciembre de 1999 autorizara de forma experimental su uso, mediante la aplicación de las previsiones del Código de Comercio, en las relaciones que establecen entre sí, y con terceros, las:

- Empresas y otras entidades estatales no presupuestadas;
- Entidades económicas subordinadas o pertenecientes a las organizaciones políticas, de masas y sociales;
- Cooperativas de Producción Agropecuaria; y
- Unidades Básicas de Producción Cooperativa.

Manteniéndose excluidas de su utilización, como expresa el mencionado Acuerdo, a las entidades vinculadas al presupuesto.

Normativas recientes han intentado atemperar la figura de la letra de cambio a las condiciones actuales de nuestra economía y sociedad, teniendo la tarea de desarrollarla el Banco Central de Cuba (BCC).

La Resolución 54/00 del BCC estableció la obligatoriedad de que todas las operaciones de compraventa de productos o servicios mayores de 50 000.00 pesos convertibles (CUP) o 50 000.00 dólares estadounidenses (USD) y hasta

CUP 100 000.00 o USD 100 000.00 tendrán que ser documentadas en todos los casos con letras de cambio, o realizarse mediante una carta de crédito local confirmada o con garantía bancaria irrevocable y a primera demanda.

Igualmente estableció que las operaciones mayores de CUP 100 000.00 o USD 100 000.00 se ejecutarán en todos los casos mediante una de las siguientes modalidades: letras de cambio avaladas por instituciones financieras, cartas de crédito locales confirmadas, con garantías bancarias irrevocables y a primera demanda.

Por su parte, la Resolución 56/2000 del Ministro Presidente del BCC (Art. 17) establece que “los deudores están obligados a pagar un interés de mora en los casos de incumplimientos de pago, calculado a partir del día siguiente hábil al del vencimiento de la deuda. Las tasas de interés por mora se fijarán por el Banco Central de Cuba”. Existen criterios divergentes sobre cuál es la interpretación de la mencionada Resolución, pues el día del vencimiento es el reflejado en la cambial, pero en realidad el librado/aceptante cuenta con ocho días hábiles para pagar mientras es protestado. No obstante, considerando que el tenedor no desee protestar e inicie inmediatamente un proceso por la vía ordinaria, no contabilizaría los mencionados 8 días, e inmediatamente reclamaría desde el día del vencimiento. Hoy el BCC tiene aprobado como tope máximo a los intereses moratorios el 10% para pesos cubanos y 14% para pesos convertibles.

La Resolución 56 estableció que si a su vencimiento la letra no es honrada, el tenedor de la letra de cambio podrá solicitar al tribunal competente que la decisión adoptada sea ejecutada contra los recursos financieros de la entidad que centraliza los ingresos del librado, lo cual posibilitó el actuar judicial en los casos en que se escondía el impago en planteamientos de imposibilidad por el funcionamiento de las tesorerías.

La Resolución 65/03 convirtió todos los activos y pasivos nominalizados en moneda extranjera (dólares estadounidenses, libra esterlina, euros, etc.) a pesos convertibles cubanos (CUC). A partir de su entrada en vigor, se han dictado varias resoluciones e instrucciones organizando el tema en el país.

La Instrucción 1/04 del Vicepresidente Primero del BCC estableció la posibilidad de que las empresas cubanas puedan aceptar letras de cambio o emitir pagarés denominados en moneda extranjera. Solo podrán ser domiciliadas en cuenta bancaria en CUC para casos de financiamiento superiores a USD 50,000.00 (o equivalente) en que las letras sean los respaldos o garantías del referido financiamiento, sea solicitada la compra de divisa previamente y aprobada consecuentemente por el Comité de Aprobación de Divisas (CAD).

Se prohíbe, y de detectarse se considerará violación de las regulaciones cambiarias vigentes:

- Letras de cambio denominadas en USD (u otra divisa), emitida por entidad que opera en CUC, aceptada por entidad que opera en divisas y posteriormente endosada a otra entidad que opera en divisas.
- Letra de cambio denominada en CUC, emitida por entidad que opera en divisas, aceptada por entidad que opera en CUC y posteriormente endosada a otra entidad que opera en CUC.
- Cheque o pagaré emitido en CUC emitido por entidad que opera en CUC a favor de entidad que opera en divisas y posteriormente endosado a otra entidad que opera en CUC.
- Cheque o pagaré en CUC (u otra moneda) emitido por entidad que opera en CUC y posteriormente endosado a otra entidad que opera en divisas.

Las acciones cambiarias

Presentada una letra al cobro, impagada y protestada notarialmente, el tenedor acredita fehacientemente frente a todos que no se ha producido el pago voluntario de la letra de cambio, quedando legitimado para exigir judicialmente su reembolso. En este caso, para exigir el pago en vía judicial, el tenedor dispone de dos acciones distintas, ambas de naturaleza cambiaria, caracterizada entre otras circunstancias, por tener por objeto un derecho literal, formal, autónomo y derivado de un título valor.

Ya se ejercite la acción cambiaria directa, ya se ejecute la acción de regreso, la finalidad objetiva de la acción siempre es la misma, el cobro del capital de la letra de cambio por parte del tenedor que la ejerce.

Acciones cambiarias son aquellas que corresponden a los sucesivos tenedores legítimos de la letra de cambio para el ejercicio de los derechos de crédito que el título incorpora, de cuya satisfacción responden solidariamente todos los firmantes de la letra. No tienen esta consideración, ni la acción de enriquecimiento injusto, ni las acciones derivadas de las eventuales y distintas relaciones jurídicas extracambiarias causantes de la emisión de la letra o de sus sucesivas transmisiones (acciones causales). Las acciones cambiarias son la directa contra el aceptante y su avalista y las de regreso contra los demás firmantes de la letra, siendo las otras acciones extracambiarias.

La acción directa nace exclusivamente por falta de pago, ya que presupone que la letra de cambio ha sido aceptada, mientras que la acción de regreso se concede tanto por falta de pago como por falta de aceptación, siendo de hecho el primer supuesto el más importante.

Las acciones extracambiarias

Estas acciones son las que no nacen del derecho incorporado a la letra de cambio, sino fuera de ella, las cuales son la acción causal y la de enriquecimiento, como bien se hace referencia en el epígrafe anterior.

Se califica como acción causal la que corresponde al tenedor de la letra de cambio sobre la base del negocio fundamental que ha servido de fundamento (o causa) para la emisión de la letra o de otra declaración cambiaria, como puede ser la venta de unas mercancías efectuada por el librador al librado. El tenedor cambiario, por consiguiente, puede tener frente a un determinado deudor dos acciones: la cambiaria, que surge del título y la causal, que nace del negocio subyacente, pero no sería justo que el tenedor pudiera ejercitar contra un determinado deudor cambiario las dos acciones de forma simultánea.

La acción de enriquecimiento injusto es una acción ligada a la existencia de una letra perjudicada o prescrita. El enriquecimiento injusto no se produce sin más por el simple hecho de haberse liberado del vínculo cambiario la persona contra la que se dirija la acción; es necesario que esa liberación haya producido un incremento patrimonial efectivo en el demandado en perjuicio del tenedor de la letra; ese enriquecimiento tendrá que ser probado, y el demandado podrá oponer al actor la inexistencia total o parcial de enriquecimiento.

Excepciones oponibles al pago de la letra de cambio

Sin entrar a profundizar este tema, es bueno destacar que el riguroso carácter de las obligaciones nacidas de la letra, la mejor protección de los intereses del tráfico y el deseo de fortalecer la posición jurídica del acreedor cambiario han aconsejado establecer, en todos los ordenamientos legales, un sistema de limitación de las excepciones oponibles al pago de la letra por los obligados cambiarios, ya que la pura y simple concepción de la absoluta necesidad de la inoponibilidad de excepciones frente al tercero tenedor, ha sido fácilmente concebida por la práctica comercial por constituir la única protección a la circulación de la letra de cambio, la única forma de que pueda desempeñar el papel de instrumento de pago o de crédito.

Respecto a las posibles excepciones que el deudor cambiario puede oponer al pago de la letra, la división es tradicional en excepciones personales y excepciones reales, que son las más frecuentes; estas pueden oponerse a cualquier tenedor de la letra, mientras que las personales solo a determinada persona.

Prescripción de las acciones cambiarias

La prescripción es el nacimiento, terminación o desvirtuación de un derecho por su ejercicio continuado o su no ejercicio continuado durante un tiempo establecido por la ley.

El tenedor de la letra de cambio, si bien cuenta con las acciones cambiarias para exigir el pago de la letra en caso de no efectuarse por el obligado a ello, estas acciones no tienen un ejercicio ilimitado, ya que prescriben en el plazo establecido legalmente, que puede variar en dependencia de cada ordenamiento jurídico. Por tanto, el efecto principal que trae consigo la prescripción, es que el tenedor de la letra de cambio, no pueda ejercitar las acciones cambiarias que tiene a su favor, para ver satisfecho su crédito.

EL PAGARÉ Y EL CHEQUE

El pagaré. Concepto y requisitos

Uría lo define como el título por el que una persona denominada firmante, se obliga a pagar a otra (tenedor) a su orden, una determinada cantidad en una fecha y lugar también determinados. Es una promesa de pago hecha por el firmante, que queda directa y personalmente obligado. El firmante de un pagaré queda obligado de igual manera que el aceptante de una letra de cambio. Ello coloca al emisor del pagaré en principal obligado al pago y sometido al ejercicio de la acción directa por cualquier tenedor legítimo del título.

Los requisitos del pagaré son:

- 1) Que conste el nombre de “pagaré”; no se admite el de “vale”.
- 2) Que contenga una promesa pura y simple de pago en moneda nacional o extranjera convertible admitida a cotización oficial.
- 3) Fecha y lugar de libramiento y de pago.
- 4) Nombre y firma del librador o firmante y nombre del tenedor.

No se exige que sean comerciantes las partes, ni que nazca el pagaré de un acto de comercio.

Se regula como la letra de cambio en relación con el endoso, vencimiento, pago, acciones por falta de pago, pago por intervención, copias, extravío, sustracción o destrucción, prescripción y cómputo de plazos, mientras ello no sea incompatible con la naturaleza del pagaré.

El cheque. Concepto y características

Se puede definir el cheque como el documento que contiene un mandato incondicional de pago de una suma determinada de dinero, a cargo de un banco (librado) y a favor del librador o de un tercero.

Ante todo hay que señalar que el cheque es un concepto que engloba al cheque y talón, saliendo así al paso de la discusión sobre el vocabulario. De otra parte, el cheque no tiene carácter cambiario, no puede ser usado para el crédito. Su utilización se restringe en cuanto que el librado solo puede ser un banco. El cheque es un título de crédito que por su propia naturaleza nace vencido; de hecho, con el *Bill of exchange act* inglés del año 1882, se configura al cheque como letra a la vista.

Los antecedentes históricos del cheque más citados son las *cedula di cartulario* del Banco de San Ambrosio de Milán (siglo XVI), pero ya en el siglo XVII los monarcas ingleses utilizaban mandatos de pago contra el Tesoro, mediante documentos denominados *exchequer bill*, de donde procede la denominación *chek* (de *checker*, o tablero de ajedrez de la mesa del tesoro) o cheque. Pero pronto se regularía en el Código de Comercio español de 1885; en su Exposición de Motivos hace referencia a talones y cheques. La Ley Uniforme de Ginebra de 1930 ha procedido a unificar el uso de cheque en los países firmantes.

La misión del cheque es sustituir el pago del numerario haciendo las veces de dinero efectivo.

El cheque es, pues, un mandato de pago que ofrece las siguientes características:

- 1) Es una orden de pago pura y simple, no admitiendo condición alguna.
- 2) Es una orden de pago a la vista, pues vence a su presentación, aunque el cheque sea postdatado. Cualquier mención contraria se reputa no escrita. Se establecen unos plazos de presentación al pago según el lugar de emisión: a) Cheque emitido y pagadero en 60 días.
- 3) Es una orden de pago sobre fondos previamente disponibles en manos del librado. Es admitido por la ley el pago parcial, sancionándose la falta de fondos mediante una multa civil, además de una indemnización.

En cuanto a la función económica del cheque es bien sencilla: “servir de medio de pago, sin las molestias e inconvenientes del transporte de numerario. En este sentido, dada su intensa ampliación en el mercado nacional e

internacional de pagos, aunque el cheque no pueda ser considerado como verdadera moneda fiduciaria, desempeña un papel comparable al del billete de Banco” (URÍA). Sirve, pues, para la movilización del dinero bancario depositado por el librador del cheque en el banco librado.

Requisitos legales del cheque

Como la letra de cambio, el cheque es un título formal, y deberá contener:

- 1) La denominación de cheque inserta en el texto mismo del título expresada en el idioma para la redacción de dicho título.
- 2) El mandato puro y simple de pagar una suma determinada de moneda.
- 3) El nombre del que debe pagar, denominado librado, que necesariamente ha de ser un banco.
- 4) El lugar de pago.
- 5) La fecha y el lugar de la emisión del cheque.
- 6) La firma del que expide el cheque, denominado librador.

El cheque debe contener dicha denominación en el mismo título, en caso de su no constancia cabe obviar este problema en el libramiento escribiendo: “páguese este cheque a...”

En cuanto a la suma determinada a pagar, precisa un conocimiento exacto de la misma, por lo que: a) No se admite cláusula de interés, el cheque es un título ya vencido. b) En el caso de que haya duda sobre la cifra en letra o en dígitos, será válida la cantidad escrita en letra, en caso de diferencia. El cheque cuyo importe esté escrito varias veces por suma diferente, ya sea en letra, ya sea en números, será válido por la cantidad menor; c) En el caso de moneda extranjera, la obligación de pago debe estar autorizada o permitida conforme a la legislación

La persona del librado ha de ser un banco.

El librador debe firmar. No es una aceptación, aunque él sea el único que firme, pues el cheque ya nace vencido. El librado es el Banco, aunque al cliente-librador pueda considerársele como que domicilia el pago en una cuenta. Distinta de la aceptación es la conformidad que puede solicitar, tanto el librador como el tenedor; “El librador o el tenedor de un cheque podría solicitar del banco librado que preste su conformidad al mismo.” Respecto del librador, cabe señalar que con su firma (firma de su puño y letra) no se obliga al pago, sino que garantiza el mismo, pudiendo tener que pagar si no hubiera fondos en la cuenta bancaria, sin admitir cláusula en contra.

El cheque admite las siguientes formas para librarse:

- a) A persona determinada, con o sin cláusula “a la orden”.
- b) A una persona determinada con la cláusula “no a la orden” u otra equivalente.
- c) Al portador. El cheque a favor de una persona determinada, con la mención “al portador... un término equivalente, vale como cheque al portador. El cheque que, en el momento de su presentación al cobro, carezca de indicación de tenedor, vale como cheque al portador”.

El cheque ha de librarse contra un banco que tenga fondos a disposición del librador, y de conformidad con un acuerdo expreso tácito, según el cual el librador tenga derecho a disponer por cheque de aquellos fondos.

El librado que tenga fondos a disposición del librador en el momento de la presentación al cobro de su cheque regularmente emitido, está obligado a su pago. Si sólo dispone de una provisión parcial estará obligado a entregar su importe.

La persona del librador mantiene una previa relación con el librado; por ello dispone de talonario o puede hacer uso del “talón de ventanilla”. Dicho librador dispone de fondos existentes en el Banco; ahora bien, pueden darse los siguientes supuestos:

- a) Que el librado tenga fondos, pero no sean disponibles (embargo, conformidades de cheques ya emitidos, bloqueo de cuentas, etc.).
- b) Que no haya fondos suficientes.

Sin embargo, ello no impedirá la validez del cheque y que este pueda ser pagado, pues la entidad puede hacer el pago con cargo a su cliente en la confianza de que obtendrá el reembolso; ello origina un descubierto por la parte no cubierta con los fondos disponibles del cliente.

El artículo 119 señala que el cheque incompleto deberá ser rellenado conforme a lo pactado, no obligando en otra forma, salvo que se haya adquirido de buena fe respecto de la persona del librador, ya que el librado es ajeno a la misma.

El cheque al portador se transmite mediante su entrega o tradición. El cheque extendido a favor de una persona determinada con o sin la cláusula “a la orden”, es transmisible por medio de endoso. El cheque extendido a favor de una persona determinada con la cláusula “no a la orden” u otra equivalente, no es transmisible más que en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria. El endoso puede hacerse incluso a favor del librador o de cualquier otro obligado. Estas personas pueden endosar nuevamente el cheque.

El pago de un cheque podrá garantizarse mediante aval, ya sea por la totalidad o por parte de su importe. Esta garantía podrá ser prestada por un tercero o por quien ya ha firmado el cheque, pero no por el librado. El aval ha de ponerse en el cheque por medio de las palabras “por aval” u otra fórmula equivalente. La simple firma de una persona puesta en el anverso del cheque vale como aval, siempre que no se trate de la firma del librador. El aval deberá indicar a quien se ha avalado. A falta de esta indicación, se entenderá avalado el librador.

El avalista de un cheque responde de igual manera que el avalado y no podrá oponer las excepciones personales de este. Será válido el aval aunque la obligación garantizada fuese nula por cualquier causa que no sea la de vicio de forma. Cuando el avalista pague el cheque adquirirá los derechos derivados del mismo contra la persona avalada y contra los que sean responsables respecto de esta última en virtud del cheque.

Cheques especiales

La especialidad de los distintos tipos de cheques radica en los siguientes aspectos:

Cheque cruzado y para abonar en cuenta

El cheque cruzado es un cheque especial, muy similar al cheque “para abonar en cuenta”, ya que evita su cobro en efectivo con lo que se consigue el objetivo de que en caso de pérdida y uso indebido debe conocerse en qué cuenta ha sido abonado y en consecuencia su titular, sea o no al portador. Cabe distinguir:

- 1) Cheque cruzado: Surge en la práctica bancaria inglesa y tiene como finalidad el evitar que los cheques pagaderos fuera de plaza sean hechos efectivos por persona distinta de a quien se envía. El cruzamiento se realiza “por medio de dos barras paralelas sobre el anverso”; la práctica las cruza en diagonal. Solo se admiten las siguientes clases de cruzamiento:
General: Si entre las barras, no se ha hecho constar la mención: “Banco”, “y Compañía” u otra similar (“y Cía.”...) es transformable en cheque cruzado especial.
Especial: Si se hace constar entre las barras el nombre de un Banco determinado.

Se pueden hacer las siguientes consideraciones al cheque cruzado:

1. Puede cruzarse por el librado o por el tenedor, y a ello hay que añadir que cualquiera lo puede transformar en especial.
2. La ley no incluye el supuesto mencionado en la doctrina de cheque al portador cruzado a favor de persona determinada.

Los efectos del cruzamiento son:

- a) Si es general: Solo se puede pagar a un banco o a un cliente del librado.
 - b) Si es especial: Solo se puede pagar al banco designado; al banco que este encargue el cobro y a un cliente designado si este fuere el librado.
- 2) Cheque “para abonar en cuenta”: Mediante dicha mención solo cabe abonar el cheque por medio de asiento en contabilidad, que equivale al pago (cláusula similar es “para pagar por compensación”).

En ambas clases de cheques se consideran las tachaduras como no hechas aunque en el cheque “para abonar en cuenta” se menciona la tachadura expresa de la cláusula, y en el cruzado se dice “cualquier tachadura”, hay que entenderla referida a la cláusula.

La diferencia fundamental entre ambos cheques es que el primero se paga mediante compensación bancaria y el segundo mediante una compensación interna. La Ley francesa de 30 de octubre de 1935 equipara los cheques librados en el extranjero con cláusula “para abonar en cuenta” pagaderos en Francia, a los cheques cruzados.

Cheque bancario

Su especialidad reside en que el librador es siempre un banco, el cual expide mandato de pago contra otro banco o contra sus propias sucursales. Dichos cheques se utilizan principalmente para que la clientela bancaria pueda disponer de fondos en otras plazas distintas a la de sus residencias habituales.

Cheques de viaje

Estos cheques de viaje eliminan el riesgo del transporte de dinero efectivo y son similares a los cheques bancarios. El adquirente de los citados cheques ha de firmar en el momento de la compra del cheque sobre el propio título

y estampar nuevamente su firma para su cotejo, con la ya realizada en el momento de la adquisición, al hacer efectivo el cheque en la entidad que se presente al cobro. De esta forma se acredita que es el legítimo tenedor identificándose además por medio de los documentos que acreditan su personalidad (Pasaporte, Tarjeta de Residencia, Carné de Identidad, etcétera) en vigor. El cheque es comprado por el tomador a la entidad de crédito pudiendo presentarlo al cobro en cualquier caso, agencia de viaje, establecimientos hoteleros, etc., los relacionados en la lista que se facilita. Son normalmente nominativos aunque pueden expedirse también a la orden.

Cheques garantizados

Esta modalidad de cheques tiene por finalidad primordial la de asegurar al tenedor de dicho cheque su cobro, sea cual fuere la provisión de fondos del librador. El librador y el banco realizan un contrato de cuenta corriente de cheques garantizados mediante el cual se establecen obligaciones para cada uno de ellos. Los cheques garantizados han de librarse cruzados, al portador y contra una cuenta especial. En el dorso del cheque figura la cláusula de garantía extendida por el banco librado, en la que se indica la cantidad máxima garantizada y su período de vigencia.

Cheques conformados

El librador o el tenedor de un cheque podrá solicitar del Banco librado que preste su conformidad al mismo. Cualquier mención de “certificación”, “visado”, “conforme” u otra semejante firmada por el librado en el cheque acredita la autenticidad de este y la existencia de fondos suficientes en la cuenta del librador.

Cheques certificados

El librado imprime una cláusula en que reconoce la autenticidad de firma y la existencia de provisión de fondos suficiente, pero sin bloquear la cuenta y siendo revocable.

Cheques postales

Los cheques postales tienen muy poca diferencia con los cheques ordinarios y sus particularidades son las siguientes: El librador es el titular de la cuenta corriente postal, quien conformará el cheque por sí o por medio de mandatario y representante legal. Los cheques postales no son, pues, transferibles por endoso.

INSOLVENCIA PATRIMONIAL

LIC. JUSTA AURELIA AGUIRRE ECHEVERRÍA

LA INSOLVENCIA PATRIMONIAL DEL EMPRESARIO

El empresario mercantil, como cualquier persona, es sujeto pasivo de relaciones jurídico-obligacionales, por lo que sus acreedores pueden exigirle determinada conducta de hacer, o no hacer, que lo convierte en deudor, de lo que se deriva la responsabilidad que lo sujeta al poder coactivo del acreedor. Ante el incumplimiento de las obligaciones del deudor la ley reconoce al acreedor el derecho a reclamar por vía judicial el cumplimiento forzoso de las mismas o la indemnización pecuniaria, lo que se garantiza con el patrimonio del deudor.

También se le reconoce el poder de agresión patrimonial, para invadir el patrimonio privativo del deudor, instando de los órganos judiciales la ejecución sobre sus bienes.

La atención puntual de las obligaciones del empresario puede verse afectada por crisis de su empresa, motivada por causas internas como pueden ser “mala gestión, siniestros imprevisibles, inadaptación al cambio tecnológico o de mercado”, o externas como “crisis del sector o de la economía nacional o internacional”,¹ que lo colocan en una situación de insolvencia que puede aparecer como crisis financiera, por no contar con la liquidez necesaria para atender los pagos de las obligaciones vencidas, aunque su activo sea mayor que el pasivo; o como crisis patrimonial por insuficiencia del activo para cubrir el pasivo.

En el primer caso estamos ante una insolvencia relativa o transitoria y en el segundo ante una insolvencia absoluta o duradera.

¹Francisco Vicent, Chuliá: *Introducción al Derecho Mercantil*, Editora Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 506.

Para la ejecución patrimonial a favor del acreedor o acreedores se prevén, por los ordenamientos jurídicos dos tipos de procedimientos: la ejecución singular o aislada y la ejecución colectiva o concursal.

En el caso de un deudor con pluralidad de acreedores, la ejecución aislada, basada en el principio de prioridad en el tiempo favorece a los acreedores más diligentes, los más audaces, los más cercanos al deudor, o los mejor informados, en detrimento de los restantes, lo que produciría resultados injustos que se evitan con el sistema de ejecución colectiva o concursal que se fundamenta en los principios de universalidad patrimonial, de colectividad o igualdad de acreedores y, de comunidad de pérdidas, (el llamado “*Par condicio creditorum*”, condiciones iguales a los acreedores).

Los procedimientos reconocidos por la mayoría de las legislaciones para atender las situaciones de crisis patrimonial del empresario mercantil con pluralidad de acreedores son: la suspensión de pagos en el caso de insolvencia patrimonial transitoria (iliquidez) y la quiebra para la insolvencia patrimonial definitiva (desbalance).

Modernamente existe la tendencia a la unificación de ambos procedimientos con la finalidad de “tener presente en el tratamiento legal de la insolvencia los intereses públicos y sociales que presionan a favor de las empresas en crisis”.

Se buscan mecanismos que tiendan a evitar y prevenir las crisis empresariales y el mantenimiento de la empresa antes que la liquidación, en protección del interés social en primer orden.

Recientemente el 9 de junio del 2003 se aprobó en España una nueva Ley concursal 22/2003 cuya aplicación comenzó a partir del 1ro de septiembre de 2004, que introduce cambios de gran trascendencia en la vida empresarial y en las relaciones económicas como son, entre otros, la creación de los Juzgados mercantiles, las implicaciones que el concurso puede tener sobre los derechos fundamentales del deudor y la eliminación de la dispersión normativa que existía integrada por cuatro procedimientos concursales: quiebra y suspensión de pagos para los deudores mercantiles y concurso y quita y espera para los deudores civiles, y un gran número de disposiciones aplicables a las situaciones de crisis empresarial.

La nueva ley responde a un sistema único de una triple dimensión: 1ra) unidad legislativa, que abarca los aspectos sustantivos y procesales; 2da) de disciplina, para todo tipo de deudor, sea o no empresario y 3ra) de procedimiento, estableciendo uno solo más flexible que puede desenvolverse en una única fase (la común); en dos (la común y alternativamente, la de convenio o liquidación), o en tres (la común, de convenio y de liquidación), atendidas las circunstancias.

La finalidad pretendida es la satisfacción del interés ordenado y colectivo de los acreedores y siempre que sea posible el saneamiento del patrimonio del deudor y no la liquidación del mismo, para lo que se prevé como solución normal la propuesta y aprobación de un convenio que puede contener la opción de “mantener la actividad profesional y empresarial del deudor durante el concurso, y por conservar las unidades productivas que estuvieren en su patrimonio, en la idea de que los acreedores percibirán sus créditos en mayor medida y con mayor rapidez si tal actividad continúa bajo control de la administración concursal”.

La presencia de los intereses generales se intensifica frente a la protección de los acreedores, lo que se pone de manifiesto en: “la preferencia por la conservación de las unidades productivas que estén en el patrimonio del concursado (incluso en fase de liquidación a través de la enajenación íntegra de tales establecimientos),”² lo que favorece el mantenimiento de la productividad y conservación de los puestos de trabajo. Por otra parte, en defensa de esos intereses se refuerza la competencia del Juez como órgano rector del concurso, con amplias funciones; se profesionaliza la Administración concursal como órgano técnico de la administración del concurso y limita la misión de la Junta de acreedores (órgano deliberante y de expresión de la voluntad colectiva de los acreedores) a debatir, y en su caso aceptar, las propuestas de convenio que no se hubieran presentado anticipadamente en la fase común.³

²La Ley concursal prevé dos soluciones para el concurso: el convenio y la liquidación. En el convenio se puede proponer la enajenación del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o de determinadas unidades productivas a determinada persona que se comprometa a continuar la actividad profesional o empresarial y de pagar sus créditos a los acreedores en los términos propuestos en el convenio. La liquidación es una solución subsidiaria con respecto al convenio.

³*Órganos del concurso:* El Juez, es el órgano rector del concurso con amplias facultades de dirección, supervisión y control sobre la actuación de los demás órganos y de decisión sobre las cuestiones procesales y de fondo que en él se presentan.

La administración concursal. Es el órgano técnico de la administración del concurso. Entre sus competencias tiene las de intervención o sustitución del concursado en la administración y disposición de su patrimonio; de delimitación de las masas activa y pasiva; de informe y de propuesta sobre la calificación del concurso; de informe y evaluación de las propuestas de convenio; de elaboración del Plan de liquidación; de informe sobre la conclusión del concurso; etc. Es un órgano colegiado integrado por tres miembros o administradores concursales (un abogado con no menos de cinco años de experiencia profesional; un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil con una experiencia profesional de al menos cinco años de ejercicio activo, y un acreedor ordinario o privilegiado general, no garantizado, preferiblemente con calificación profesional.

La Junta de acreedores. Es un órgano deliberante y de expresión de la voluntad colectiva de los acreedores que solo se convoca y constituye en la fase de convenio y cuya única misión es

Es de destacar también que en la Ley concursal se restablecen los principios concursales de la “*par condicio creditorum*” (trato igual a los acreedores) y la universalidad del concurso, limitando las excepciones a la integración de acreedores al procedimiento concursal y reordenando la prelación de créditos de acuerdo con las exigencias del tráfico económico actual. Al decir del doctor José María Viguera Rubio, se establece “un procedimiento más rápido, flexible y económico que el de la quiebra tradicional, caracterizado por su lentitud, rigidez y elevado coste económico”.⁴

En las actuales condiciones de Cuba, donde la empresa estatal es el eje fundamental de la economía, en los casos en que la misma, asociada con una entidad extranjera forme parte de una empresa mixta, cuando por problemas coyunturales, ineficiencia u otras razones se encuentre en una situación de crisis patrimonial o financiera que no pueda, o no interese ser salvada, se procede a su extinción administrativa, previa liquidación de la misma. A tal efecto se nombra por el organismo rector de la actividad que desarrolla la empresa mixta, una comisión liquidadora a la que se le trasladan todas las reclamaciones de sus acreedores para su correspondiente atención.

En nuestra realidad actual de amplio tráfico económico, se evidencia la ausencia de regulación de un procedimiento judicial o administrativo para que, como complemento de las medidas gubernamentales de desarrollo, protección y conservación de la empresa en aras de la satisfacción de los intereses generales de la economía y de la sociedad, permita, de forma ordenada y eficaz la liquidación de la empresa en crisis con pluralidad de acreedores.

No obstante lo expuesto, consideramos necesario que se conozca la forma en que tradicionalmente se ha regulado la situación de insolvencia patrimonial del empresario mercantil con pluralidad de acreedores y que mantiene la legislación mercantil vigente (Código de Comercio cubano), aún cuando no sea de aplicación.

En Cuba la regulación dispositiva de ambos procedimientos está contemplada en el Libro Cuarto del Código de Comercio, aunque no son de aplicación por no existir un derecho adjetivo, o procesal que lo permita. Las normas de la suspensión de pagos del Código de Comercio fueron modificadas por la Ley de 24 de junio de 1911, la que expresamente fue derogada por

la de debatir, y en su caso aceptar las propuestas de convenio que no se hubieran presentado anticipadamente.

El Ministerio fiscal. Su intervención se reduce a la sección de calificación del concurso y debe ser oído previamente a la adopción de medidas que afecten los derechos fundamentales del deudor.

⁴Guillermo J. Jiménez Sánchez: *Lecciones de Derecho mercantil*, p. 494.

la Ley de Procedimiento Civil, de 4 de enero de 1974. En relación con la quiebra, aunque no ha sido expresamente derogada, la Ley de Procedimiento Civil, que derogó a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1889, donde se establecía el procedimiento de quiebra; no tuvo en cuenta dicho procedimiento, situación que se mantiene en la vigente Ley de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral.

LA SUSPENSIÓN DE PAGOS: CAUSA, EFECTOS, PROCEDIMIENTO Y SOLUCIÓN

Causa

La suspensión de pagos es un procedimiento judicial que como ya vimos presupone la insolvencia patrimonial del empresario por encontrarse el mismo en la imposibilidad de pagar puntualmente las deudas vencidas, cuya finalidad es paralizar las demandas y ejecuciones singulares, para llegar a un acuerdo con los acreedores sobre la moratoria del pago de sus respectivos créditos.

a) **Los presupuestos de la suspensión de pagos**, conforme a la doctrina y el derecho contemporáneo, para que un deudor pueda ser declarado suspenso son:

- *Que sea empresario mercantil.* Se trata de un presupuesto subjetivo, válido también para la quiebra. Solo pueden beneficiarse de esta institución los empresarios mercantiles, tanto individuales como sociales, pero no otros deudores calificados de civiles.
- *Solicitud fundada del deudor.* Solo puede ser solicitada por el deudor y nunca por los acreedores, ya que es aquel, quien conoce la situación financiera que presenta, que no le permite cumplir en fecha sus obligaciones de pago. Cuando se trate de una sociedad anónima o de una sociedad de responsabilidad limitada, la decisión debe acordarse por el órgano de administración, y ser ratificado por la junta general de accionistas.

El deudor debe acompañar el escrito de solicitud al órgano judicial competente con los documentos que certifiquen o acrediten la situación de insolvencia: Balance detallado de su activo y pasivo; relación nominal de los acreedores, memoria sobre las causas que motivaron la suspensión y de los medios con que cuenta para los pagos de sus débitos, y libros de contabilidad y demás documentos que permitan determinar su transparencia financiera. El deudor

debe presentar su solicitud, a partir de la propia apreciación de su estado financiero o desde el momento en que no pudo hacer frente a algún pago, para lo que la ley establece un plazo de tiempo. (En los artículos 870 y 871 del Código de Comercio –derogados– se establecía el plazo de 48 horas.)

- *Declaración judicial.* El juez, mediante providencia,⁵ debe declarar que se tiene por presentada la suspensión de pagos, la que produce los efectos siguientes:
- La designación de tres interventores que participarán en todas las operaciones del deudor.
- La paralización de las acciones de los acreedores contra el deudor, salvo la ejecución de garantías hipotecarias y pignoraticia y la imposibilidad de que puedan solicitar que se inicie el procedimiento de quiebra.

Después de examinada la documentación y el informe de los interventores sobre la realidad de las causas de la solicitud de suspensión de pago y la exactitud del pasivo y el activo del balance, el juez dictará un Auto⁶ declarando al solicitante en estado de suspensión de pago, por ser su activo igual o superior al pasivo, es decir, que tiene una insolvencia provisional; o si por ser inferior está en estado de insolvencia definitiva.

Efectos de la declaración de suspensión de pagos

a) **Efectos sobre el deudor suspenso.** El suspenso continua con la posesión y la administración de sus bienes, con las limitaciones que determine el juez y contando con el concurso de los interventores en las operaciones propias del negocio. Si la insolvencia se declaró como definitiva, deberá él o un tercero, afianzar la diferencia entre el pasivo y el activo, en el plazo determinado por la ley.

b) **Efectos sobre los acreedores.** La formación de la masa de acreedores: la relación exacta de los acreedores debe ser determinada desde el inicio del expediente de suspensión de pagos, para conocer el importe total de las deudas y saber qué acreedores tienen derecho a integrar la junta de

⁵Resolución judicial constitutiva que produce efectos procesales y sustantivos.

⁶Resolución judicial fundada que puede tener por objeto, o la substanciación únicamente del procedimiento, o la resolución de los incidentes que tienen lugar en el curso de la causa, y a veces la decisión definitiva del asunto principal.

acreedores, cuáles quedan sometidos al convenio y cuáles tienen derecho a abstenerse por contar con créditos privilegiados (por ejemplo, hipoteca y prenda).

- 1- La paralización de las acciones individuales: los acreedores no podrán iniciar el ejercicio de acciones sobre el patrimonio del deudor, salvo para la ejecución de bienes hipotecados o entregados en prenda; no podrán solicitar la declaración de quiebra; los juicios ya iniciados seguirán su tramitación hasta que se dicte sentencia, que no podrá ejecutarse hasta que termine el expediente de suspensión de pagos.

c) **Efectos sobre el patrimonio del deudor.** Todos los bienes del deudor suspenso pasan a constituir la llamada masa activa de la suspensión de pagos. Desde el inicio del procedimiento la delimitación de la masa activa tiene especial importancia, ya que permite calificar la insolvencia de transitoria o definitiva. Como el objetivo es lograr un acuerdo entre deudor y acreedor, se debe evitar que el convenio se “apruebe sobre la base de una apreciación inexacta de los bienes que hipotéticamente van a garantizar su posibilidad de cumplimiento”.⁷ En la masa activa se integran todos los bienes en poder del deudor, previa exclusión de los bienes que no le pertenezcan y aquellos sobre los que los acreedores tienen un derecho privilegiado que pueden ejecutar separadamente.

d) **Procedimiento.** La finalidad del procedimiento de suspensión de pagos es el convenio entre el deudor y los acreedores que evite la declaración de quiebra y la ejecución forzosa de los bienes del deudor. En el mismo intervienen distintas personas que procuran defender todos los intereses que se ponen en peligro en una situación de insolvencia empresarial, y son las que en forma individual o agrupadas integran los órganos de la suspensión de pago:

- 1- Órgano de dirección y vigilancia.
- 2- Órgano de control y de administración.
- 3- Órgano deliberante.

El convenio del suspenso con los acreedores puede tramitarse en Junta de acreedores o por escrito. La proposición del convenio se debe acompañar al escrito de solicitud de la suspensión de pagos y en el mismo auto que

⁷Guillermo J. Jiménez Sánchez (coordinador): *Lecciones de Derecho Mercantil*, p. 510.

el juez declare la suspensión, acordará la convocatoria de la Junta de acreedores, la que presidirá. Si la insolvencia se declara definitiva, no se convocará la junta hasta que transcurra el plazo concedido al deudor para consignar o afianzar la cantidad en que el pasivo exceda al activo. A la junta tienen derecho a asistir, y serán citados individualmente, los acreedores que figuren en la lista definitiva elaborada por los interventores y aprobada por el juez. La asistencia de acreedores aprobados y de interventores, es obligatoria. La junta, como órgano deliberante, tiene la función de defender los intereses de los acreedores (masa pasiva) “y su misión principal es la de discutir y concluir el convenio, pero no la de intervenir en la administración. Sus acuerdos se toman por mayoría y vinculan a todos los acreedores, incluso los que no hayan votado a favor”.⁸

El convenio entre el suspenso y sus acreedores, tiene la naturaleza de un contrato y tiene como finalidad conseguir un retraso en el pago de la deuda (espera), o una disminución del importe de las deudas (quita), o ambas cosas a la vez. El mismo debe ser propuesto por el deudor, como ya vimos, y aprobado por la junta de acreedores y después por el juez. La ley establece distintos quórum para la aprobación del convenio, que varía según los términos en que esté redactado y calificada la suspensión: no es igual para aprobar una espera que no excede de tres años, que para la que así lo haga; ni para el que prevea una insolvencia definitiva. La aprobación de una quita, siempre va a requerir de la votación a favor de una mayoría reforzada; si no se consiguen las mayorías establecidas para cada caso, el juez puede convocar una nueva junta en la que bastará el voto favorable de las dos terceras partes del pasivo, deducidos los créditos que se hubieran abstenido. Si no se logra la aprobación, se tendrá por concluido el expediente y los acreedores quedan en libertad de solicitar la declaración del estado de quiebra del deudor.

El convenio obliga a todos los acreedores que no hayan hecho uso de su derecho de abstención. Por otra parte, procede la impugnación del convenio siempre que existan defectos formales en su tramitación; por el voto decisivo de un acreedor sin la personalidad requerida para emitir el voto; en el caso de acuerdo fraudulento entre el deudor y alguno de los acreedores, o entre estos entre sí, para la aprobación del convenio; si ha existido exageración de los créditos para lograr la mayoría; por error en la estimación del pasivo que influya en la calificación de la insolvencia y por inexactitud fraudulenta en el balance general. La impugnación la resuelve el mismo juez de la suspensión y su decisión es apelable ante la instancia judicial superior.

⁸Adolfo Ruiz de Velazco: *Manual de Derecho Mercantil*, Ediciones Detesto S.A., Bilbao, 1992.

Si no se presentan impugnaciones, o resuelta esta, el juez está obligado a la aprobación del convenio mediante auto y a ordenar su inscripción en los registros correspondientes para su publicidad.

La aprobación del convenio pone fin al expediente de suspensión de pagos y el deudor recobrará su plena libertad de actuación, salvo las limitaciones impuestas en el convenio.

En relación con los créditos, “el convenio produce un efecto remisorio, simplemente dilatorio, o ambas cosas a la vez. En consecuencia, la parte remitida de la deuda queda extinguida como si hubiera sido pagada”.⁹

Si el deudor incumple el convenio, cualquier acreedor puede solicitar al juez actuante, la rescisión del mismo y la declaración de quiebra.

LA QUIEBRA. CONCEPTO, CLASES, REQUISITOS, EFECTOS, ÓRGANOS, PROCEDIMIENTOS Y EXTINCIÓN DE LA QUIEBRA

Concepto y clases

La quiebra es una institución de carácter procesal que tiene por finalidad la ejecución del patrimonio de un deudor empresario mercantil, que se encuentre en una situación de insolvencia patrimonial absoluta, y el reparto del mismo entre sus acreedores, que actúan organizados judicialmente bajo el principio de comunidad de pérdida. Pero además, la quiebra es “un estado jurídico especial” en que se encuentra el empresario quebrado que afecta su capacidad de obrar y su situación jurídica en general en el mundo de los negocios.

Se reconocen legalmente tres tipos o clases de quiebra:

- 1- **Quiebra fortuita:** Aparece regulada en el artículo 887 del Código de Comercio, se considera tal la “del comerciante a quien sobrevinieren infortunios que, debiendo estimarse causales en el orden regular y prudente de una buena administración mercantil, reduzcan su capital al extremo de no poder satisfacer en todo o en parte sus deudas.
- 2- **Quiebra culpable:** Se define en los artículos 888 y 889 del Código de Comercio en los que se considera la quiebra como culpable siempre que el empresario deudor se encuentre en alguno de los casos siguientes:

⁹Adolfo Ruiz de Velazco: Ob. cit., p. 726.

- a) Ha incurrido en gastos domésticos excesivos.
- b) Ha sufrido pérdidas en los juegos de azar.
- c) Que tenga pérdidas provenientes de apuestas imprudentes u operaciones que tengan por objeto dilatar la quiebra.
- d) Que en los seis meses precedentes hubiera vendido a pérdida, o por debajo de su precio corriente, efectos no pagados.
- e) Si consta, desde el último balance, que debía el doble de su activo.

En estos supuestos previstos en el artículo 888 se establece una presunción de culpa que no admiten prueba en contrario.

- f) En las ocasiones en que se observa que no lleva libros de comercio, salvo prueba en contrario.
- g) Cuando no hizo su manifestación de quiebra, tal y como exige el Código de Comercio en su artículo 871.
- h) Cuando no se presente en juicio, personalmente, en los casos que así lo exija la ley.

En estos supuestos del artículo 889 se admite prueba en contrario para demostrar la inculpabilidad.

3- **Quiebra fraudulenta.** Se produce en todos los supuestos establecidos en los artículos 890 y 891 del Código de Comercio:

- a) El alzamiento de bienes;
- b) Incluir en el balance, créditos, deudas, pérdidas o gastos supuestos;
- c) En el caso de que no se lleven los libros de contabilidad, o cuando llevándolos, se incluyen en ellos partidas no sentadas en lugar y tiempo oportunos, en perjuicio de terceros;
- d) Cuando se rasga, borra o altere el contenido de los libros en perjuicio de tercero;
- e) Si se altera o falsifica la contabilidad, en general, o se ocultan bienes, de modo que no conste en ella la existencia de activos que se compruebe que han entrado, después de declarada la quiebra;
- f) Ocultar en el balance, dinero, créditos o bienes de cualquier especie;
- g) Cuando se haya consumido o aplicado para sus negocios propios, bienes o letras ajenas, que les fueran encomendados en depósito, administración o concesión;
- h) Negociar, sin autorización del propietario, letras de cuenta ajena que estuvieran en su poder para su cobro, remisión u otro uso distinto del de la negociación;

- i) Cuando se oculte al comitente, la venta de bienes o la negociación de efectos de los que se le haya encomendado vender o negociar, por cualquier espacio de tiempo;
- j) Cualquier clase de simulación de enajenaciones;
- k) Otorgar, firmar, consentir o reconocer deudas supuestas, es decir, todas las que no tengan causa de deber o valor determinado;
- l) Poner bienes inmuebles, efectos o créditos a nombre de tercera persona, en perjuicio de los acreedores;
- m) Anticipar pagos, en perjuicio de acreedores;
- n) Cuando después del último balance, se negocien letras propias, a cargo de personas que no han constituido provisión de fondos, o no han autorizado hacerlo;
- o) Cuando se han aplicado bienes, efectos o créditos de la masa en beneficio propio, después de la declaración de quiebra.

En todos estos casos previstos en el artículo 890 del Código de Comercio se presume el fraude en el deudor quebrado, sin que se admita prueba en contrario. No obstante, en los supuestos 3, 4, 10 y 11 es necesario probar que ha existido perjuicio para tercero o acreedores.

En el artículo 892-1 también se considera como quiebra fraudulenta la del agente mediador en las ocasiones en que haya realizado alguna apreciación de empresa, por su cuenta, en nombre propio o ajeno, aun cuando el motivo de la quiebra no derive de esos actos, pero que se admite prueba en contrario.

También se admite presentar prueba de no culpabilidad en el supuesto del artículo 892-2 cuando el agente mediador es declarado en quiebra, como consecuencia de haber resultado garante de las operaciones en las que intervino, y en el artículo 891 expresamente se admite la prueba en contrario en los casos de los comerciantes, cuya verdadera situación no pueda deducirse de sus libros de contabilidad.

Para las personas que se consideren cómplices de la quiebra fraudulenta conforme a los supuestos que se describen en el artículo 893 del Código de Comercio, se establece en el artículo 894 una doble sanción: perderán cualquier derecho que tengan en la masa de la quiebra y deberán reintegrar a la masa los bienes, derechos y acciones, con los intereses correspondientes, y a la indemnización de daños.

La calificación de la quiebra la hace el juez civil en función de unos hechos que preceden, acompañan o se producen con posterioridad al estado de quiebra y culmina con una sentencia que cierra la pieza de calificación y que si bien no es vinculante para el tribunal penal que pueda conocer del caso, sí constituye un requisito previo para el inicio de una causa penal por fraude al quebrado.

Requisitos de la quiebra

Para que pueda ser declarada la quiebra tienen que darse determinados presupuestos que se pueden catalogar como materiales: la condición de empresario mercantil del deudor, y la insolvencia patrimonial y el requisito formal, la declaración judicial de quiebra.

- 1- **Condición de empresario del deudor.** Solo quiebra el empresario mercantil, así se deduce de los artículos 874, 876 y 877 del Código de Comercio en los que se alude al comerciante como sujeto de la situación de quiebra. En tal sentido es irrelevante si la empresa es pequeña, mediana o grande; si se trata de un empresario individual o social; o si la deuda es civil o mercantil. La condición de empresario debe haberse adquirido antes de que se produzca la situación de insolvencia y no referirse al momento de declaración formal de la quiebra. No obstante, existen algunas excepciones como en el caso de la quiebra de los socios solidarios, en las sociedades colectivas o comanditarias, cuando se declare la quiebra de esas sociedades.
- 2- **La situación de insolvencia.** Es el presupuesto objetivo que se refiere a la insuficiencia patrimonial del deudor empresario para hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones por encontrarse en una situación de déficit o desbalance, desde el punto de vista contable. Para que la insolvencia tenga trascendencia jurídica, debe ser definitiva y manifestarse externamente por:
 - Los incumplimientos generalizados en los pagos o sobreseimiento de los mismos (artículo 874 y 876-2 del Código de Comercio), los que deben ser definitivo, general, completo y permanente;
 - La fuga u ocultación del empresario, acompañada del cerramiento de sus escritorios, almacenes o dependencias, sin haber dejado persona que le represente y cumpla sus obligaciones (artículo 877 del Código de Comercio);
 - El que se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio, y que del embargo no resulten bienes libres bastantes para el pago (artículo 876-19 del Código de Comercio).
- 3- **Declaración judicial de la quiebra.** Es una condición indispensable para que se produzca la quiebra, pero el juez no puede declararla de oficio. Puede ser solicitada por el propio deudor (quiebra voluntaria) o por los acreedores (quiebra necesaria). (Artículos 875 y 877.)

La quiebra voluntaria es solicitada por el propio deudor, quien no está obligado a hacerlo y su solicitud solo debe demostrar que es un empresario o persona a la que se puede declarar en quiebra.

La quiebra necesaria debe ser solicitada por acreedor legítimo, quien debe fundamentar y probar que se produce alguno de los hechos o causas que constituyen presunción de insolvencia (artículos 875-2, 874, 876 y 877).

La declaración de quiebra la hace el juez mediante auto, sin audiencia del deudor, quien podrá oponerse y solicitar la revocación, lo que deberá probar alegando que son falsos o insuficientes, desde el punto de vista legal, los hechos que se dieron por fundamento de la quiebra, y que se halla al corriente de sus pagos. Si se revoca el auto de la declaración de quiebra, el deudor podrá ejercitar las acciones de daños y perjuicios que le correspondan (artículo 885 del Código de Comercio). Si se deja sin efecto la declaración de la quiebra, podrá ser apelada por los acreedores.

Efectos de la declaración de quiebra

Efectos de la quiebra sobre el deudor. Los efectos sobre el deudor son de tres tipos:

- a) **Efectos personales.** La declaración de quiebra supone una limitación de la capacidad de obrar del quebrado, ya que queda inhabilitado para el ejercicio de cualquier actividad empresarial (Art. 13 del Código de Comercio) y para el desempeño de cargos públicos y privados (como los de tutor, administrador de sociedad, etcétera). Además el quebrado puede ser arrestado ante la necesidad de que se encuentre disponible personalmente a lo largo del procedimiento.
- b) **Efectos patrimoniales.** El quebrado queda inhabilitado para la administración de sus bienes como consecuencia de la pérdida de la posesión resultado de la declaración de quiebra (Art. 878 del Código de Comercio). Todos los actos de dominio y administración que realice son considerados nulos. No obstante, el quebrado mantiene la capacidad para la administración de sus bienes inembargables. Los bienes propiedad del quebrado pasan a ser administrados por los síndicos, de los que hablaremos después.
- c) **Efectos registrales.** Debido a la importancia de los efectos que se derivan de la declaración de quiebra, la situación del quebrado es objeto de publicidad, (para conocimiento de todos los terceros interesados) tanto en la prensa como en diferentes registros públicos: Mercantil, Civil y de la propiedad.

Efectos de la declaración de quiebra sobre los acreedores. La quiebra es un procedimiento de ejecución universal cuya declaración sustituye las acciones aisladas de los acreedores por la acción colectiva dirigida a que todos los acreedores puedan quedar satisfechos, en igual medida, con el patrimonio del deudor, sobre la base de lo que se conoce como *par condicio creditorum*. Se produce así la sumisión de los acreedores a las reglas de la quiebra y se crea una agrupación o consorcio de acreedores que se denomina *la masa de acreedores o masa pasiva de la quiebra*, que les permite actuar unidos procesalmente representados por los síndicos.

La masa pasiva se integra por todos los acreedores que tienen esa condición antes de declararse la quiebra y por aquellos que teniendo derecho a integrarse a la masa lo solicitan y son efectivamente incluidos, quedando excluidos los que por la ley tienen derecho a separarse del procedimiento por tener créditos privilegiados como son los acreedores hipotecarios y los pignoratícios.

Efectos sobre los créditos pendientes. Los efectos más importantes sobre los créditos producidos por la declaración de quiebra son:

- a) Conversión en dinero de todas las prestaciones del quebrado con excepción de los créditos cuyas prestaciones sean estrictamente personales, motivado por el hecho de que la ejecución colectiva se dirige al pago de cantidades en dinero.
- b) Vencimiento anticipado de créditos aplazados. En virtud de la declaración de quiebra, se tendrá por vencidas a la fecha de la misma, las deudas pendientes del quebrado (Art. 883 del Código del Comercio). Si el pago se verificase antes del tiempo prefijado para el vencimiento de la obligación, se deberá determinar el importe de la deuda con el descuento que corresponda (Art. 883-2 del Código de Comercio) con la finalidad de impedir el injusto enriquecimiento del acreedor.
- c) Situación de las deudas condicionales. Los créditos sometidos a condición podrán inscribirse en la masa de la quiebra, pues vencen los plazos, pero no las condiciones. Para su cobro habrá que atenerse a que se cumplan o no; si la obligación es suspensiva, deberá aplazarse hasta que la condición se cumpla (Art. 53-2 del Código Civil), y si la condición es resolutoria, sus efectos se producen de inmediato, pero cesan al cumplirse la condición (Art. 53-4 del Código Civil).
- d) Paralización del devengo de intereses. Desde la fecha de la declaración de quiebra, dejarán de devengar intereses todas las deudas del quebrado, salvo los créditos hipotecarios y pignoratícios hasta donde alcance la

respectiva garantía (Art. 884 del C. de C.) Este precepto no se aplica cuando la deuda del quebrado consiste en pagar intereses.

- e) Deudas solidarias. La quiebra de un deudor no extiende sus efectos a los demás obligados solidarios. Si quiebran todos los codeudores solidarios, el acreedor podrá inscribir su crédito en la masa pasiva de cada uno de ellos, hasta lograr el plazo total de su crédito.

Efectos sobre los contratos bilaterales pendientes de ejecución. Al declararse la quiebra pueden existir contratos bilaterales pendientes de ejecución, de los que son parte el quebrado, y presentarse algunas de las situaciones siguientes:

- 1- Que el quebrado haya cumplido su obligación y el otro no. En este caso el otro contratante es parte de la masa del deudor, y los síndicos, en representación de los acreedores podrá reclamar el cumplimiento de su prestación.
- 2- Que la otra parte haya ejecutado la prestación a su cargo, o que ninguna de los dos partes haya cumplido totalmente sus respectivas obligaciones. En estos casos los efectos de la declaración de quiebra sobre el contrato no consumado romperían la equivalencia de las prestaciones. El Código de Comercio solo prevé el caso de los contratos de compraventa, en los que el quebrado sea comprador de géneros cuyo precio aún no haya pagado y concediéndole al vendedor *In bonis* (parte no sometida al proceso de quiebra) el derecho para reclamar la devolución de la cosa entregada, o retenida, si aún no lo ha hecho (Art. 909-8 y 909-9) Estas normas pueden aplicarse por analogía a los demás supuestos.
- 3- En los casos de los contratos de tracto sucesivo o de duración de carácter bilateral, la declaración de quiebra es causa de resolución de los mismos. (Art. 221.3 y 280 del Código de Comercio)

Órganos de la quiebra

Al ser la quiebra un procedimiento a través del cual se organiza un complejo grupo de intereses dirigidos a la satisfacción colectiva de los acreedores, previa la ejecución patrimonial del deudor, requiere de la existencia de órganos especiales con diversas funciones, encaminadas a su declaración, impulso, control y administración. Tales órganos son los siguientes:

- 1- Órganos de jurisdicción y vigilancia. Son dos: *el juez*, que declara la quiebra y además dirige y preside todas las operaciones del procedimiento. Le corresponde adoptar las decisiones fundamentales entre otras, además de declarar la quiebra, la de nombrar el comisario y decidir sobre la formación de la masa activa y pasiva de la quiebra, y *el comisario*, quien tiene como función la de inspeccionar, vigilar e impulsar la actuación de los síndicos. Actúa como enlace entre el juez y los síndicos.
- 2- Órgano de gestión y representación. Está integrado por *los síndicos*, que son las personas físicas o jurídicas encargadas de administrar el caudal de la quiebra, es decir, la masa pasiva, a favor de los acreedores. Se nombran en la primera Junta General de Acreedores, de entre ellos, en número de tres. Representan a la quiebra y en la masa de acreedores judicial y extrajudicialmente.
- 3- Órgano deliberante. Es la *Junta general de acreedores* en la que se pone de manifiesto la voluntad de los mismos. Convocada y presidida por el juez o el comisario, aprueba por mayoría los principales acuerdos sobre el reconocimiento y la graduación de los créditos; las cuentas presentadas por los síndicos, y el convenio propuesto entre el quebrado y sus acreedores. Pueden convocarse cuantas veces sea necesario y pueden ser *ordinarias* para el nombramiento de los síndicos; conocer el balance de situación y la memoria presentada por los síndicos, para el reconocimiento y graduación de los créditos y *extraordinarias* para la discusión del convenio presentado por el quebrado y para cualquier otro asunto.

Procedimiento de la quiebra

Comprende toda una serie de operaciones encaminadas al logro del fin último de la declaración de la quiebra, que es la de repartir entre los acreedores en condiciones de igualdad, la suma disponible resultante de la liquidación del patrimonio del deudor, aunque como podemos apreciar, no siempre es posible concluir con la liquidación y el pago de las deudas a los acreedores por no existir una masa activa, o bien porque se interrumpe el proceso por un convenio entre los acreedores y el quebrado.

En forma sintética examinaremos las operaciones de la quiebra.

Como operaciones preparatorias dirigidas a la conservación de los bienes destinados a la satisfacción de los créditos están la de la ocupación de todos los bienes del quebrado y sus documentos, los que serán custodiados y administrados por un depositario hasta el nombramiento de los síndicos.

Formación de la masa activa

Una vez ocupados los bienes, corresponde a los síndicos la delimitación de los mismos para formar la masa activa legal,¹⁰ lo que requiere determinar si el quebrado posee bienes que no le pertenecen: *reducción*, o si existen bienes que han salido indebidamente del patrimonio del quebrado y deben ser reintegrados: *reintegración*.

Reducción de la Masa. Se produce por las siguientes causas:

- a) Porque existen bienes que pertenecen a terceros que pueden reivindicarlos y por tanto deben ponerse a disposición de sus legítimos dueños previo el reconocimiento de su derecho en la Junta de Acreedores o en sentencia firme (Art. 908 del Código de Comercio) En el artículo 909, se establecen otros supuestos de reivindicaciones calificadas como impropias, porque para su ejercicio no se requiere del cumplimiento de los requisitos que se exigen para la acción reivindicatoria común, ya que no precisan demostrar el derecho de propiedad del reclamante, ni la identificación del objeto reclamado, ni que sea una cosa corporal. Además el quebrado puede separar de la masa los bienes considerados por la ley como inembargables.
- b) Separación por un derecho de crédito. Se produce en los casos en que los acreedores pueden separar algunos bienes de la masa, por tener el derecho, nacido de un crédito, a cobrarse su deuda con preferencia, sobre ellos. No se reclama determinado bien, sino el derecho a satisfacer su crédito con el valor de un bien determinado. Puede tratarse de un derecho de *separación absoluta* cuando el acreedor puede, o bien no aportar su bien a la masa, o bien venderlo al margen del procedimiento de quiebra, como el crédito garantizado con prenda constituida con la intervención de fedatario publico, en este supuesto los síndicos pueden optar por pagar el crédito y que el bien en prenda se integre a la masa, o en otro caso, el acreedor podrá vender el objeto en prenda, con intervención del fedatario publico, y deberá entregar a la masa el exceso que quede después de satisfecho su crédito; en caso de no cubrirlo se incluirá el saldo en la masa de acreedores (Art. 908 del Código de Comercio) Por otra parte, puede tratarse de un caso de *separación relativa* en el que el acreedor tiene que aportar su bien a

¹⁰Masa legal o de derecho es la formada por aquellos bienes que se utilizan para satisfacer a los acreedores, a diferencia de la masa de hecho que comprendía todos los bienes ocupados al deudor.

la masa, pero tiene derecho preferente al cobro con la venta del mismo hasta donde alcance como corresponde a los acreedores privilegiados titulares de un derecho preferente reconocido en el Código de Comercio o por el Derecho común.

- c) Deudas de la masa que son las surgidas durante el procedimiento de la quiebra y como consecuencia del mismo; que han sido contraídas por los síndicos en sus funciones de administración de la quiebra y por el resto de los órganos en el desempeño de sus roles. Estas deudas disminuyen la masa ya que se pagan con preferencia a cualquier otra deuda del quebrado. Las mismas se clasifican como: *gastos de la masa* que comprenden los gastos judiciales de administración, alimento del quebrado, etcétera y como *obligaciones de la masa*, que son los derivados de los contratos realizados por los síndicos durante el período de la quiebra, o los asumidos por ellos, pero que fueron pactados antes de la quiebra.

La reintegración de la masa. La reintegración a la masa de los bienes que salieron indebidamente del patrimonio del quebrado en perjuicio de los acreedores se logra mediante dos procedimientos: la retroacción de la quiebra y las acciones de impugnación.

a) *La retroacción de la quiebra* a fecha anterior a la del auto de su declaración. Está demostrado que una declaración judicial de la quiebra no se produce inmediatamente después de la insolvencia, es por ello que en casi todas las legislaciones se regule la posibilidad de retrotraer los efectos de la declaración de quiebra (en especial el de inhabilitar al quebrado para la administración de sus bienes al momento en que comenzó el estado de insolvencia).

A tenor del Art. 878-2 del Código de Comercio “Todos los actos de dominio y administración posterior a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra, serán nulos” Es decir, que se consideran nulos todos los actos realizados por el quebrado desde la fecha a la que el juez considera retrotraída la quiebra. Se trata de una nulidad absoluta y oponible a todos aunque en criterio de muchos y de acuerdo con la práctica judicial frecuente esa nulidad debe extenderse únicamente a los actos que perjudiquen la masa de acreedores. El auto que declare la quiebra, deberá fijar también la fecha de retroacción, en atención al momento en que el deudor se encontró en estado de insolvencia a partir de haber cesado en el pago corriente de sus obligaciones.

b) *Las acciones de impugnación.* Además de la retroacción el Código de Comercio regula la posibilidad de los síndicos de impugnar una serie de actos realizados por el quebrado dentro de ciertos plazos anteriores a la declaración de quiebra. En algunos casos se presumen fraudulentos *iuris et*

de iure, es decir que no admiten prueba en contrario, como en los supuestos de: los pagos realizados en los quince días precedentes a la fecha a la que se retrotraigan los efectos de la quiebra, por deuda cuyo vencimiento fuera posterior a esa fecha. (Art. 879) y los contratos celebrados por el quebrado en los treinta días precedentes a su quiebra, si pertenecen a alguna de las clases que se enumeran en el Art. 880, como por ejemplo, las transmisiones de bienes inmuebles hechas a título gratuito, y los traspasos de inmuebles en pago de deudas no vencidas, realizadas en el tiempo de declararse la quiebra.

Los bienes objeto de los actos fraudulentos deberán ser reintegrados a la masa de la quiebra.

Existen otros actos cuya anulación es posible si se prueba por los síndicos que fueron realizados por el quebrado con el deseo de no traer sus bienes a la acción de los acreedores (*animus fraudandi*), previstos en los artículos 881 y 882 del Código de Comercio.

Liquidación y venta de los bienes de la masa activa. Para lograr la finalidad de la quiebra de satisfacer del mejor modo posible a los acreedores, los síndicos encargados de la gestión y representación de la masa de bienes acreedora, deben procurar mantener su valor económico, tratando que produzcan sus utilidades hasta su enajenación.

Dentro de las facultades de administración conferida a los síndicos, está la de vender, incluso de forma urgente, en las mejores condiciones posibles, los bienes que integran la masa activa para, con el importe en metálico producto de dichas ventas, pagar a los acreedores. Esta venta tiene el carácter de ejecución forzosa, y en todo caso debe ser aprobada por el Comisario. Si bien se rige por los principios generales de la Compraventa, existe una serie de normas sobre la forma en que debe ser llevada a cabo la realización de los bienes. En primer lugar se valorarán los bienes por peritos, para fijar el “justiprecio” de los mismos y una vez determinado el valor se podrán enajenar, si son mercaderías, valores industriales y bienes muebles, por medio de corredor de comercio, y si no existe, se venderá en subasta pública; en el caso de los demás bienes, incluidos los inmuebles, con las excepciones que ya mencionamos de los créditos privilegiados, sobre los mismos, se seguirá igual procedimiento.

Formación de la masa pasiva

Como ya señalamos, declarada la quiebra, los acreedores quedan agrupados en un consorcio que persigue la ejecución del patrimonio del quebrado con la finalidad de satisfacer sus créditos de la mejor forma posible. Esa agrupación se denomina masa de acreedores, o masa pasiva de la quiebra, que tiene una entidad distinta de los acreedores que la conforman, una

representación propia (los síndicos) y una capacidad propia para obligarse (las deudas de la masa)".¹¹

"El fin natural de la quiebra es el pago de los acreedores con el producto de la venta de la masa activa de la misma".¹²

Examen y reconocimiento de los créditos. Con el objetivo de comprobar la existencia de los créditos y conocer su número, naturaleza y cuantía, se produce el examen y reconocimiento de los mismos por la Junta General de acreedores

Para hacerlo, los acreedores, en el plazo fijado por el juez, deben entregar a los síndicos los títulos justificativos de su derecho, los que serán cotejados con los libros y documentos del quebrado. Con el resultado del cotejo los síndicos deben elaborar un listado con el estado general de los créditos presentados que entregarán al Comisario, y una copia al quebrado.

Una vez cerrado el estado de crédito, serán considerados en mora todos los acreedores que no se hubieran presentado, los que pierden sus privilegios, si los tuvieran. Después se convocará la Junta de acreedores en donde se hará la lectura del estado general de los créditos, de los documentos comprobatorios y del informe de los síndicos para resolver sobre cada crédito lo que proceda.

Todos los acreedores y el quebrado podrán pronunciarse y hacer las observaciones que estimen acerca de cada crédito. El reconocimiento o exclusión de créditos se acordará por mayoría de los votantes asistentes, que representen las tres quintas partes del total de créditos que estén representados por la Junta.

Los acuerdos de la junta y las decisiones del juez, en relación con la misma, podrán ser impugnados por los acreedores no concurrentes, por los que hayan discutido o protestado en el acto contra el voto de la mayoría y por el propio quebrado. Lo que se resolverá por el juez mediante sentencia.

Los acreedores cuyos créditos hayan sido reconocidos adquieren la condición de concurrentes y se les otorga el derecho a participar en la liquidación para cobrar, en la cuantía que les corresponda, del producto de los bienes de la quiebra.

Graduación de los créditos. La igualdad entre los acreedores no es idéntica para todos ellos. Es preciso clasificar y ordenar los créditos para determinar el orden en que deben ser satisfechos. A esta operación se denomina graduación de créditos. Para llevarla a cabo el juez convoca a una nueva junta de acreedores cuyos créditos han sido reconocidos.

¹¹Guillermo J. Jiménez Sánchez (Coordinador): *Lecciones de Derecho mercantil*, p. 502.

¹²Adolfo Ruiz de Velasco: Ob. cit., p. 752.

La graduación se efectúa de acuerdo con lo establecido en los artículos 912 al 914 del Código de Comercio, dividiendo los créditos en dos secciones. *La primera* comprende los créditos que han de ser satisfechos con el producto de la venta de los bienes muebles de la quiebra y *la segunda*, los que han de pagarse con el producto de la venta de los bienes inmuebles de la quiebra.

El orden de prelación de acreedores que han de ser satisfechos con los resultados de la venta de los bienes muebles aparece en el Art. 913, y es el siguiente:

- 1) Los acreedores singularmente protegidos.
- 2) Los acreedores privilegiados que tuvieran consignado un derecho preferente en el Código de Comercio, por ejemplo, el tomador de un resguardo de almacén general de depósito (Art. 196); el vendedor, mientras los géneros vendidos están en su poder (Art. 340), etcétera.
- 3) Los acreedores privilegiados por Derecho común, y los hipotecarios legales en los casos en que, con arreglo al mismo Derecho, lo tuvieran de prelación sobre los bienes muebles.
- 4) Los acreedores escriturarios, o los que lo fueren por títulos o contratos mercantiles en los que hubiera intervenido corredor de comercio colegiado.
- 5) Los acreedores comunes por operaciones mercantiles.
- 6) Los acreedores comunes por operaciones civiles.

Los créditos de la segunda sección que han de ser satisfechos con el resultado de la venta de bienes inmuebles, vienen ordenados en el Art. 914:

- 1) Los acreedores con derecho real, en los términos y por el orden de la ley hipotecaria.¹³
- 2) Los acreedores singularmente privilegiados y demás enumerados en el artículo anterior.

¹³En Cuba está proscrita la constitución de hipoteca sobre bienes inmuebles, tanto rústicos como urbanos. Solo se admite la constitución de garantía hipotecaria sobre aeronaves o naves, conforme a lo establecido en el Art. 288 del Código Civil. En el caso de las naves y aeronaves, no obstante tratarse de bienes muebles por su naturaleza, debido a su alto valor económico, a los efectos de que se constituya sobre ellas un derecho real de garantía de un crédito, se hace a través de la institución de la hipoteca, que está concebida para los bienes inmuebles, y no de la prenda que es un derecho real de crédito establecido para los bienes muebles. El

Pago de los créditos. Terminada la gradación se procederá al pago de los créditos. Antes de pagar a los acreedores se atenderán las deudas de la masa.

Los acreedores cobrarán, sin distinción de fecha y a prorrata de su crédito, dentro de cada clase, por el orden establecido en los artículos 913 y 914 del Código de Comercio, es decir, en proporción a la masa y a lo que cada uno tiene que recibir. Sin embargo, los acreedores hipotecarios y los que tengan créditos escriturados (con intervención de fedatario público), cobrarán dentro de sus clases, por el orden de fecha de sus respectivos títulos (Art. 916). No se pasará a distribuir el producto entre los acreedores de un grado sin que queden completamente saldados los créditos del grado anterior (Art. 917 del Código de Comercio).

El pago podrá hacerse en la medida en que se vayan vendiendo los bienes, es decir, que no es necesario esperar a la liquidación total de la masa; pero siempre habrá que respetar el orden de prelación de los artículos 913 y 914.

Agotado el importe de los bienes vendidos, el acreedor insatisfecho conservará su crédito (con respecto al saldo), contra el quebrado, para cobrarse con los bienes futuros.

El convenio entre el quebrado y los acreedores. El procedimiento de quiebra puede terminarse con la satisfacción de los acreedores mediante la celebración de un convenio, o acuerdo, entre el deudor y los acreedores.

En el artículo 898-1, el código establece que “En cualquier estado del juicio, terminado el reconocimiento de créditos y hecha la calificación de la quiebra, el quebrado y sus acreedores podrán hacer los convenios que estimen oportunos”.

Es necesario que se haya hecho la calificación de la quiebra ya que los quebrados fraudulentos y los que se fugaron durante el proceso, no tienen derecho a convenir con los acreedores (Art. 898-2), y por otro lado, los créditos han de estar reconocidos, porque los acreedores singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios podrán abstenerse de participar en el acuerdo (Art. 900-1), aunque pueden participar en él si así lo prefieren, en cuyo caso quedarían vinculados por el convenio (Art. 900-2).

“El convenio es un negocio jurídico fundado en el acuerdo de voluntades entre el deudor y la colectividad de sus acreedores y sancionado por la

fundamento económico de lo anterior está en el hecho de que en la prenda normalmente se produce la desposesión del deudor del bien. Mientras que en la hipoteca no, lo que resulta necesario en los casos de las naves y las aeronaves con la finalidad de que sus propietarios con la explotación de las mismas puedan satisfacer el importe del crédito recibido.

autoridad judicial y que tiene por objeto la satisfacción de los acreedores por procedimiento diverso de la liquidación en el juicio de la quiebra”.¹⁴

“Cumple el convenio la triple función de impedir la liquidación del patrimonio del quebrado, reponer al quebrado o a un tercero al frente de la empresa y facilitar el pago de los créditos mediante los beneficios obtenidos a través de la explotación de la empresa”.¹⁵

El convenio, cuya iniciativa puede partir del deudor o de los síndicos, en representación de los acreedores, se efectuará a través de una junta de acreedores, convocada por el Juez, en la que se analizará, discutirá y aprobará el mismo. Se considerará nulo todo pacto particular entre el quebrado y cualquiera de sus acreedores, perdiendo el acreedor que lo hiciere, sus derechos en la quiebra y el quebrado será calificado culpable, cuando no mereciera ser considerado como fraudulento (Art.899-2 del Código de Comercio).

Para su aprobación, el convenio debe contar con el voto favorable de la mitad más uno de los acreedores concurrentes, siempre que su interés en la quiebra cubra las tres partes del total del pasivo, deducido el importe de los créditos de los acreedores privilegiados que hayan utilizado su derecho de abstención. (Art. 901 del citado código.)

El convenio debe ser aprobado por el Juez, después de resolver, en su caso, las impugnaciones a que tienen derecho los acreedores disidentes o que no hayan asistido a la junta, los que habrán de presentarse dentro de los ocho días posteriores a la celebración de la asamblea (Art. 902), y exclusivamente por alguna de las causas previstas expresamente en el Art. 903 del Código de Comercio.

El convenio vincula a todos los acreedores que asistieron a la junta y a los ausentes, sin excepción. No obstante, como hemos visto, no afecta a los acreedores que teniendo derecho de abstenerse, lo hayan utilizado, aunque los que acudieron a la junta y votaron, sí quedan vinculados.

El contenido del convenio puede consistir en:

1. Una espera o aplazamiento en la exigibilidad de las deudas del quebrado, hasta que, restablecida su situación patrimonial, pueda hacer frente a sus obligaciones.
2. Una quita o remisión de parte de las deudas, que extingue la parte convenida, aun cuando después el quebrado reponga su patrimonio.
3. Una quita y espera conjuntamente.

¹⁴Joaquín Garrigues: *Curso de Derecho Mercantil*, séptima edición, Imprenta Aguirre, Madrid, 1988, t. 2, p. 463.

¹⁵Guillermo J. Jiménez Sánchez: Ob. cit., p. 504.

4. La entrega o abandono por el quebrado de todo su patrimonio a un tercero que esté dispuesto a satisfacer una suma alzada de dinero que sea suficiente para cubrir un porcentaje razonable del pasivo.
5. La continuación de la empresa por parte de un tercero para con el beneficio de la explotación satisfacer a los acreedores (Art. 928 del Código de Comercio).
6. La autorización al quebrado para continuar al frente de su establecimiento, debiendo expresarse en el convenio sus facultades. (Art. 13-2 del Código de Comercio)

El convenio pone fin a la quiebra, determina el cese de los síndicos y significa que el quebrado puede ser rehabilitado si cumple con el mismo, y lo solicita al Juez.

Si el deudor falta a lo establecido en el convenio, cualquier acreedor puede solicitar al Juez que declare su rescisión y se reanude la quiebra.

Finalizada la quiebra y cumplidas determinadas condiciones por el quebrado, este podrá solicitar su rehabilitación para que cesen todas las interdicciones legales que produjo la declaración de quiebra, es decir, que termine su inhabilitación; recupere sus derechos patrimoniales y se cancelen los efectos registrales que la declaración de quiebra produjo.

Para que el quebrado pueda obtener su rehabilitación deben concurrir los requisitos siguientes:

1. Que la quiebra no haya sido calificada de fraudulenta.
2. Que el quebrado justifique el cumplimiento del convenio efectuado con los acreedores. De no haberse firmado convenio, debe demostrar que con el haber de la quiebra o mediante entregas posteriores quedaron satisfechos todos los créditos reconocidos en el procedimiento de quiebra.
3. Que el propio quebrado lo solicite al Juez.

La quiebra de las sociedades

Las sociedades mercantiles en su condición de comerciante que le reconoce el Art.1.2 del Código de Comercio, constituyen los empresarios que tienen una trascendencia social más extendida en el tráfico económico contemporáneo.

Concurren en los mismos características especiales que determinan la necesidad de reglas especiales para los casos de crisis patrimonial en que se puedan encontrar, por lo que el Código de Comercio dedica dos secciones (7ª y 8ª) en el título I del Libro IV (Art.923 a 928) donde regula determinadas

especialidades y presentan la quiebra y la suspensión de pagos en distintos tipos sociales; los que en criterios de algunos teóricos resultan insuficientes dado el gran desarrollo de las sociedades mercantiles.

Declaración de la quiebra

Es criterio generalizado el de que todas las sociedades mercantiles pueden ser declaradas en quiebra, aun las que se encuentren en fase de liquidación, ya que su personalidad jurídica subsiste después de declarada la disolución. La duda se presenta con respecto a la posibilidad de someter al procedimiento de quiebra a las sociedades irregulares, que carecen de personalidad jurídica por no estar inscritas en el Registro mercantil por lo que no son personas ni comerciante que es quien puede declararse en quiebra; sin embargo, se reconoce la posibilidad de declarar en quiebra a una sociedad irregular sobre la base del Art. 117 del Código de Comercio que admite la validez y obligatoriedad del contrato de compañía mercantil celebrado con los requisitos esenciales de derecho; cualquiera que sea la forma y condiciones, siempre que sean lícitas, en que se constituya; se plantea también como fundamento el derecho reconocido en el Art. 24 del Código de Comercio, a utilizar la escritura de sociedad no registrada, en lo favorable para ellos, y otros como Garrigues opinan que no son susceptibles de quiebra: "... las sociedades irregulares, porque no tienen personalidad jurídica ni pueden contratar válidamente con terceros, quienes solo tienen acción contra los encargados de la gestión social: serán los socios los que quebrarán, no la sociedad como ente distinto".¹⁶

Efectos de la quiebra

La quiebra de las sociedades mercantiles conforme a lo establecido en el Código de Comercio produce los siguientes efectos:

- 1- La declaración de quiebra produce la disolución de la sociedad como está reconocido en el Art. 221-3 del Código de Comercio y abre el período de liquidación que concluye con la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad.
- 2- Conforme al Art. 924 la quiebra de uno o más socios no produce por sí sola la de la sociedad, aunque la quiebra de cualquiera de los so-

¹⁶Curso de Derecho mercantil, p. 474.

cios colectivos constituye una causa de disolución de las sociedades colectivas o en comandita (Art. 222-3).

- 3- La quiebra de una sociedad colectiva o en comandita lleva consigo la de los socios que tengan en ella responsabilidad solidaria conforme a los Art. 127 y 148 del Código de Comercio y producirá, respecto de todos los dichos socios, los efectos inherentes a la declaración de la quiebra, pero manteniéndose siempre separadas las liquidaciones respectivas (Art. 923 del Código de Comercio).

En aplicación del Art. 923 conforme al cual las quiebras de la sociedad y la de los socios son simultáneas, pero no coincidentes, las masas activa y pasiva de la sociedad y de los socios se mantienen distintas y separadas.

La masa pasiva de las quiebras de los socios se forman por sus respectivos acreedores particulares y, concurren con ellos, *pari gradu*, los acreedores de la sociedad, dado que los socios responden personal e ilimitadamente con sus propios bienes, de las deudas de las sociales. La masa pasiva de la quiebra de la sociedad se constituye con los acreedores sociales y los particulares de los socios cuyos créditos fueren anteriores a la constitución de la sociedad, de acuerdo con lo estipulado por el Art. 927 del Código de Comercio.

- 4- La quiebra de una sociedad en comandita o anónima no produce la de sus socios de responsabilidad limitada, quienes solo responden de las deudas sociales hasta el límite de lo aportado o comprometido. Ahora bien, si estos socios no hubieren entregado, al tiempo de la declaración de la quiebra, el total de las cantidades que se obligaron a poner en la sociedad, los síndicos, administradores de la quiebra, tendrán derecho para reclamarles los dividendos pasivos que sean necesarios dentro del límite de su respectiva responsabilidad (Art. 925). Es decir los síndicos se subrogan en las acciones de la sociedad contra los socios morosos, ya que si bien la declaración de quiebra vence las deudas del quebrado conforme al Art. 883, no sucede lo mismo con respecto a sus créditos.

Por otra parte, si dichos socios son a la vez acreedores de la sociedad en virtud de un crédito societario como puede ser el derecho al dividendo acordado; o extrasocietario como el caso de un préstamo a la sociedad, el Art. 926 dispone que no figurarán en el pasivo de la quiebra más que por la diferencia que resulte a su favor después de cubiertas las cantidades que estuvieran obligados a poner (dividendos pasivos) en el concepto de tales socios. Se autoriza así, una compensación de las deudas y créditos en beneficio del socio.

El convenio

En las normas del Código de Comercio sobre la quiebra de las sociedades mercantiles se aprecia una tendencia a favorecer el mantenimiento de la empresa, especialmente las grandes empresas que generalmente adoptan la forma de sociedad anónima, en atención a los graves daños económicos y sociales que traen consigo, en especial el desempleo de numerosas personas; es así que incluyen disposiciones que facilitan la conclusión de un convenio entre la sociedad deudora y sus acreedores. En primer lugar en el Art. 928 se autoriza a que el convenio de las sociedades anónimas, que no se hallan en liquidación, podrá tener por objeto la continuación (a través de la quita, la espera o ambas), o el traspaso de la empresa a sus acreedores en las condiciones que se fijen, y en segundo, porque en el Art. 929 se permite, en cualquier estado del procedimiento de quiebra la conclusión de un convenio con los acreedores, a diferencia de lo que se establece para el empresario individual que solo puede presentar proposiciones de convenio antes de la calificación de la quiebra y del reconocimiento de los créditos.

Las proposiciones de convenio que se estimen oportunas deberán ser presentadas por los representantes de la sociedad en quiebra, que según lo preceptuado en el Art. 929 serán quienes se hubieren previsto, para este caso, los estatutos, y en su defecto por el consejo de administración.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCARAZ VARO y HUGHES BRIAN: "Diccionario de términos económicos, financieros y comerciales", 2^{da} ed. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1996.
- ALCOVER GARAU, GUILLERMO: "Régimen jurídico de la Sociedad de Capital Local", *Estudios en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez Menéndez*, t. II, 1^a ed, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996.
- ALEMÁN, RICARDO M.: "Código de Comercio Anotado con arreglo a las explicaciones del Dr. José Adel Cueto. Notablemente aumentada y corregida". 2^a ed., Ed. Librería Cervantes, La Habana, 1921.
- _____: *Las sociedades mercantiles en el Derecho vigente*, Librería, 1991.
- ALONSO UREBA, ALBERTO: La 12^a Directiva Comunitaria en materia de Sociedades relativa a la Sociedad de capital unipersonal y su incidencia en el Derecho, doctrina y jurisprudencia española, con particular consideración en la RDGRN de 21 de junio de 1990. *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Giron Tena*. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio. Editorial Civitas S.A., 1^a Ed., Madrid, 1991.
- ALVEÑO, MARCO AURELIO: *Temas de Derecho Administrativo*, Seguimiento del Curso de Formación de Técnicos en Derecho Judicial, Managua, 1986.
- BALDÓ DEL CASTAÑO, VICENTE: El empresario individual con responsabilidad limitada en la doctrina española. *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- BENITO, JOSÉ L.: *La personalidad jurídica de las compañías y sociedades mercantiles*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s/f.

- BOLAS ALFONSO, JUAN (DIR); ARMAS OMEDES, FRANCISCO: *et al: La sociedad de responsabilidad limitada*. 2ª ed., Editorial Civitas S.A., Madrid, 1992.
- BOQUERA MATARREDONA, JOSEFINA: *La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada*. Estudios de Derecho Mercantil. 1ª ed., Editorial Civitas S.A., Madrid 1996.
- BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA: *Derecho Administrativo*, Volumen I, 8ª ed. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991.
- BORRAJO INIESTA, IGNACIO: “El intento de huir del Derecho Administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo* No. 78, Editorial Civitas SA, Madrid, abril/junio, 1993.
- BRAVO CORREOSO, A.: “Proyecto de Ley sobre Sociedades Limitadas”, Discurso defendiendo su proposición de ley, La Habana, 1926.
- BROSETA PONT, MANUEL: *Manual de Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos, 9ª ed., Madrid, 2002.
- BURGUET RODRÍGUEZ, RENÉ: *Comentarios a la Ley de Inversiones Extranjeras*, Consultoría Jurídica Internacional, Colección de Textos Legales, 1996.
- CERDÁ ALVERO, FERNANDO: *Escisión de la Sociedad Anónima*, 2ª ed, Editorial Tirán lo Blanch, Valencia, 1993.
- CLARÉT MARTÍ, POMPEYO: *Sociedad Anónima*, Editorial Bosch, Barcelona, 1944.
- COLECTIVO DE AUTORES: *La sociedad de responsabilidad limitada*, 2ª ed., Editorial Civitas S.A, Madrid, 1992.
- _____: “Derecho de Sociedades Anónimas”, t. I, *La Fundación*, 1ra edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991.
- _____: *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea*. Estudios en homenaje a José Girón Tena, 1ª ed., Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991.
- COLECTIVO DE AUTORES: *Diccionario de Economía Política*, Editorial Progreso, 1985.
- COLECTIVO DE AUTORES: *La empresa y el empresario en Cuba*, Ediciones ONBC, Editorial Centro de Información y Adiestramiento para el abogado, Ciudad de la Habana, 1999.
- COLECTIVO DE AUTORES: *Lecciones de Economía Política del Capitalismo*”, t. II, parte I, Ministerio de Educación Superior. Dirección de Marxismo-Leninismo.
- COLECTIVO DE AUTORES: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. VI, Editorial Francisco Seix, S.A., Barcelona, 1981.
- CRISTÍA, JOSÉ MARÍA: “La empresa unipersonal de responsabilidad limitada francesa”. *Revista de Derecho Comercial y de las obligaciones*, Publicación Bimestral. Año 20, Números 115 a 120. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987.

- CUERVO, ALVARO: *La privatización de la empresa pública*, 1^{ra} ed., Editorial Encuentro Ediciones, Madrid, 1997.
- DÁVALOS FERNÁNDEZ, RODOLFO: *Las empresas mixtas. Regulación Jurídica*, Editorial IVERCAN CARIBE S.L, Islas Canarias Consultoría Jurídica Internacional, 1994.
- _____: *Las empresas mixtas: Regulación Jurídica*, 1^{ra} ed., Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1993.
- DÁVILA LAGE, CARLOS: *El desafío económico de Cuba*, Ediciones Entorno, La Habana, 1992.
- DE CASTRO y BRAVO, FEDERICO: *La persona jurídica*, 2^{da} ed., Editorial Civitas S.A., Madrid, 1984.
- Diccionario de Derecho Privado*, 1^{ra} reimpresión, Editorial Labor, Barcelona, 1954.
- DIHIGO, ERNESTO: *Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Editorial La Propagandista, La Habana, 1936.
- DOMENECH, SILVIA M.: *Cuba: Economía en Período Especial*, Editora Política, 1996.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, JUSTINO: “La 12^a Directiva del Consejo (89/67/CEE de 21/12/1989) sobre la Sociedad de Responsabilidad Limitada de socio único en el horizonte de la empresa individual de responsabilidad limitada”. *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea*. Estudios en homenaje a José Girón Tena. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio. Editorial Civitas S.A., 1^{ra} ed., Madrid, 1991.
- _____: “La escisión de sociedades”, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1978.
- EMBED IRUJO, JOSÉ MIGUEL: “Reflexiones sobre el régimen jurídico de las pequeñas y medianas empresas en la Reforma del Derecho de Sociedades español. ¿Sociedad anónima o Sociedad de responsabilidad limitada? La cuestión tipológica. Editorial Civitas S.A., 1^{ra} impresión, Madrid, 1992.
- _____: *Perfiles, grados y límites de la personalidad jurídica en la ley de sociedades anónimas*. Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- ESTÁSEN, PEDRO: *Tratado de las sociedades mercantiles y demás entidades de carácter comercial*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1906.
- FERNÁNDEZ RUIZ, JOSÉ LUIS: *Elementos de Derecho Mercantil*, 6^{ta} ed., Ediciones Duesto, Cervantes, La Habana, 1919.

- FERNÁNDEZ, ZULIMA: "Comportamiento y eficiencia de la empresa pública", *El Estado en la economía española*, VIII Jornadas de Alicante sobre Economía Española, 1ª ed., Editorial Civitas S.A., Madrid, 1994.
- GARCÍA CHADID, JAIME: *La Economía Mixta*, Tesis de Grado, Universidad Javeriana, Colombia, 1972.
- GARCÍA OVIEDO, CARLOS: *Derecho Administrativo*, t. I, s/ed., Imprenta Aguirre, Madrid, 1976.
- GARRIGUES, JOAQUÍN: *Curso de Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, 9ª ed., Reimpresión, t. I, México, 1993.
- GIRÓN TENA: *Estudios de Derecho Mercantil*, s/ed., Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.
- GÓMEZ SEGADE, JOSÉ ANTONIO: "Algunos problemas actuales del Derecho Mercantil". *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Editorial Civitas S.A., 1ª ed., Madrid, 1978.
- GONDRÁ ROMERO, JOSÉ MARÍA: "La posición de la sociedad de responsabilidad limitada en el marco de la reforma de Derecho de Sociedades". *¿Sociedad anónima o Sociedad de responsabilidad limitada? La cuestión tipológica*. Editorial Civitas S.A., 1ª impresión, Madrid, 1992.
- GUTIÉRREZ ALBORNOZ, JAVIER: *La concesión de personalidad jurídica a las corporaciones y fundaciones*, Seminario de Derecho Privado No. 10, Facultad de Ciencias Jurídicas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1963.
- ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL: "Acta Unica Europea y Derecho Mercantil". *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio. Editorial Civitas S.A., 1ª ed., Madrid, 1991.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO: *Derecho Mercantil*, 2ª ed. Editorial Ariel, S.A. Córcega, 1992.
- _____: "La sociedad anónima en formación y sociedad irregular". *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio. 1ª ed., Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991.
- _____: *Derecho Mercantil*, 6ª ed., Editorial Ariel S.A., Barcelona, 2000.
- JIMÉNEZ, JUAN CARLOS: "La empresa pública industrial en España: una visión de conjunto", *El Estado en la economía española*, VIII Jornadas de Alicante sobre Economía Española, 1ª ed., Editorial Civitas S.A., Madrid, 1994.

- LE PERA, SERGIO: "Estatuto del comerciante, persona jurídica y sociedades en la Ley de unificación". *Revista de Derecho Comercial y de las obligaciones*, Publicación Bimestral. Año 20. Números 115 a 120. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1987.
- LE RIVEREND, JULIO: *Historia de Cuba*, t. III, 2^{da} ed., Editorial Pueblo y Educación, 1977.
- _____: *Historia Económica de Cuba*, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1971.
- LOMBO VANEGAS, MARIO: "La intervención del Estado en las sociedades comerciales", Tesis de Grado para optar por el Título de Doctor en Ciencias Jurídicas, Imprenta y Litografía de las Fuerzas Militares, Bogotá, 1970.
- LÓPEZ DE GOICOCHEA, FRANCISCO: *Las sociedades mercantiles en el Derecho Cubano*, Biblioteca Jurídica de autores cubanos y extranjeros. Editor Jesús Montero, La Habana, 1953.
- POLO, ANTONIO: *Reflexiones sobre la reforma del ordenamiento jurídico mercantil*. Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría. Editorial Civitas S.A., 1^{ra} ed., Madrid, 1978.
- LÓPEZ, A. Y MARTES, VICENTE: (coordinadores) Colectivo de autores, *Derecho Civil*, Parte General, 2^{da} ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- MARTÍN MATEO, RAMÓN: *Manual de Derecho Administrativo*, 18^{va} ed., Editorial Trivium S.A., Madrid, 1996.
- MARTÍN ROMERO, JUAN CARLOS: "La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada". *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP. Editorial Civitas S.A., 1^{ra} ed., Madrid, 1995.
- MARTÍNEZ ESCOBAR, MANUEL: *Sociedades civiles y mercantiles*, Editorial Cultura, La Habana, 1949.
- MEDINA VALDÉS, ZOE: "La relación Estado-desarrollo en los 90. Un debate inconcluso", Trabajo de Diploma, Facultad de Economía, Universidad de La Habana, 1997-1998.
- MIRANDA, OLGA: *Cuba: nacionalizaciones y bloqueo*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1996.
- MONDELO, RAÚL R. y FERNÁNDEZ, JOSÉ: "La Inversión Extrajera en Cuba. Un acercamiento oportuno". *Business Tips on Cuba*. Dic/96, Vol 3, No. 12, La Habana, 1996.
- NOVALES, ALFONSO Y OTROS: *La empresa pública industrial en España*, t. IV de la Colección Estudios, Editorial Fundación de Estudios de Economía Aplicada, Madrid, 1987.

- NÚÑEZ NÚÑEZ, EDUARDO RAFAEL: *Código de Comercio, concordado con la legislación, jurisprudencia del Tribunal Supremo y sentencias de la Audiencia de la Habana desde el 20 de abril de 1899 hasta el 30 de octubre de 1938*, t. II, 1ª ed., Editorial Cultural, La Habana, 1939.
- PALMERO, JUAN CARLOS: "La persona jurídica en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación", *Revista del Derecho Comercial y de las obligaciones*. Publicación Bimestral. Año 20, No. 115 al 120. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987.
- PÉREZ ÁLVAREZ, CRISTINA: "Consideraciones acerca del régimen de Disolución y Liquidación de las Sociedades Anónimas en Cuba", *Revista Cubana de Derecho*, No 14, julio-diciembre de 1999.
- PEREZ VERA, ELISA: *Derecho Internacional Privado*, Parte Especial, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1980.
- POLO, ANTONIO: "Reflexiones sobre la reforma del ordenamiento jurídico mercantil". *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Editorial Civitas S.A., 1ª ed., Madrid, 1978.
- REVISTA DE DERECHO DE SOCIEDADES: Editorial Aranzadi, RdS número 8, 1997.
- RODRÍGUEZ ARANA, JAIME: "El sector público económico gallego. Nuevas perspectivas", *Empresa pública y privatizaciones: una polémica abierta*, Colectivo de autores, s/ed., Editorial Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1993.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, JOAQUÍN: *Derecho Mercantil*, 21ª ed. Editorial Porrúa S.A., México, 1994.
- SALA ALQUER, JOSÉ MANUEL: "Huida al Derecho Privado y huida del Derecho Administrativo", *Revista de Derecho Administrativo*, No. 75, Editorial Civitas S.A., Madrid, julio/septiembre, 1985.
- _____: "La empresa mixta como modo de gestión de los servicios públicos en la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", *Revista de Derecho Administrativo*, No. 90, Editorial Civitas S.A., Madrid, abril/junio, 1996.
- _____: "La privatización del Estado: pros y contras", *Empresa pública y privatizaciones: una polémica abierta*, Colectivo de autores, Editorial Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1993.
- SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, 17ª ed., Madrid, 1994.
- _____: "Elección del tipo societario: sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada y comanditaria por acciones". *¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada? La cuestión tipológica*, Editorial Civitas S.A., 1ª impresión, Madrid, 1992.

- SÁNCHEZ ROCA, MARIANO: *Leyes civiles de Cuba y su jurisprudencia*, Vol. II, 2ª ed., Editorial Lex , La Habana, 1952.
- SÁNCHEZ TERÁN-HERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL y VICTORIA FERNÁNDEZ LÓPEZ: *Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada. Comentarios a la Ley 2/1995 de Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1995.
- SANTINI, GERARDO: *El comercio. Ensayo de economía del derecho*, 1ª ed., Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1988.
- URÍA, RODRIGO: "Derecho Mercantil", 21ª ed., Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994.
- _____: *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 24ª ed., Madrid, 1997.
- VÁZQUEZ DEL MERCADO, OSCAR: "Asambleas, Fusión y Liq, Valencia, 1998.
- VEGA VEGA, JUAN: *Cuba: Inversiones Extranjeras a partir de 1995. Comentarios a la Ley cubana de 1995 de la Inversión Extranjera*. 3ª ed., Editorial Endymion, 1997.
- VICENT CHULIÁ, FRANCISCO: *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, t. I, Volumen 2, 3ª ed., Editorial José Mª Bosch, editor, S.A., 1991.
- _____: *Introducción al Derecho mercantil*, 11ª ed., Editorial Tirant lo Blanch.
- VICENTE Y GELLA, AGUSTÍN: *Curso de Derecho Mercantil Comparado*, t. I, Zaragoza, 1944.
- _____: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Editorial Bosch, Barcelona, 1990.
- VILLEGAS MONTOYA, JORGE IVÁN: "Sociedades de Economía Mixta", Tesis de Grado para optar por el Título de Doctor en Ciencias Jurídicas, Tipografía Hispana, Bogotá, 1969.
- Vuidación de Sociedades Mercantiles", 3ª ed., Editorial Porrúa S.A., México, 1987.
- ZUAZNÁBAR ISMAEL: *La economía cubana en la década del 50*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1986.

LEGISLACIÓN CUBANA

- Bases generales del Sistema de Perfeccionamiento Empresarial.
- Constitución de la República de Cuba publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, en edición Extraordinaria, No. 7 de 1ro de agosto de 1992, Ministerio de Justicia, La Habana, 1999.
- Código de Comercio actualizado, Editorial Félix Varela, La Habana, 1998.
- Código de Familia promulgado el 14 de febrero de 1975, Divulgación Ministerio de Justicia, La Habana, 1999.

- Código Civil Cubano, 1885.
- Código de Trabajo.
- Decreto Ley No 50 de 15 de febrero de 1982 sobre la Empresa Mixta.
- Decreto Ley No 174/1996 Sobre las contravenciones personales de las regulaciones del trabajo por cuenta propia.
- Decreto Ley No 171/1997 Sobre arrendamiento de viviendas, habitaciones y espacios.
- Decreto Ley 187 sobre el Perfeccionamiento Empresarial.
- Decreto No. 42 de 1979, Reglamento General de la Empresa Estatal, Ministerio de Economía y Planificación.
- Decreto Ley 141/ 1993 Sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia.
- Anexo al Decreto Ley 187 de 1998: Bases Generales del perfeccionamiento Empresarial.
- Instrucción No 1/ 1998 Ministerio Finanzas y Precios-Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Instrucción No 1/ 1997 de Ministerio Finanzas y Precios-Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Ley No 59 / 1987 Código Civil Actualizado, Ministerio de Justicia, 1998.
- Ley No 62/ 1994 Código Penal, Edición actualizado, concordada y comentada, Editorial Félix Varela, La Habana, 1998.
- Ley No 7/ 77 Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, Ministerio de Justicia, La Habana, 1999.
- Ley No 77 / 1995 de la Ley de la Inversión Extranjera en Cuba.
- Proyecto de Normas Generales de Dirección, Organización y Funcionamiento de las Organizaciones Económicas Estatales Superiores de Dirección Empresarial, Ministerio de Economía y Planificación.
- Resolución 112 /1992 Reglamento para la solicitud, aprobación y constitución de las sociedades mercantiles cubanas de carácter privado.
- Resolución 260/1999 Reglamento para la solicitud, aprobación y constitución de las sociedades mercantiles cubanas de carácter privado.
- <http://derechoempresarial.deamerica.net>
- <http://societario.com>

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

- Ley 13 de 1992, de 1^{ro} de junio de 1992, España.
- Normas de la Comunidad Económica Europea.
- Ley General de Sociedades, Ley 26887, Perú.
- Duodécima Directiva Comunidad Económica Europea de 21 de diciembre de 1989 en materia de “Sociedades relativa a las Sociedades de Responsabilidad Limitada de un único socio”.

- Código de Comercio español, promulgado por Real Decreto de 22 de agosto de 1885.
- Segunda Directiva Comunidad Económica Europea de 13 de diciembre de 1976 sobre “La protección de intereses de socios y terceros en lo que respecta a la constitución de una sociedad anónima, así como a la estabilidad y modificaciones de su capital”.
- Reglas Generales para la Constitución y Financiamiento de los Grupos. Financieros de 23 de enero de 1991, México.
- Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, Real Decreto 1 564 de fecha 22 de diciembre de 1989.
- Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de fecha 23 de marzo de 1995.