

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO



TEMA DE INVESTIGACIÓN

**CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FALTA DE REGULACIÓN EN LA
LEGISLACIÓN CIVIL Y COMERCIAL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS POR
ENTIDADES FINANCIERAS EN EL MANEJO DE SUS ACTIVOS
EXTRAORDINARIOS**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR AL TÍTULO DE
MAESTRA EN DERECHO PRIVADO**

PRESENTADO POR:

LICDA. PATRICIA GUADALUPE BENAVIDES VIGIL

DOCENTE ASESOR:

MSC. WILMER HUMBERTO MARÍN SÁNCHEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, NOVIEMBRE DEL 2021

AUTORIDADES UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Msc. Roger Armando Arias Alvarado

RECTOR

Phd. Raúl Ernesto Azcúnaga López

VICERRECTOR ACADEMICO

Ing. Juan Rosa Quintanilla

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Ing. Francisco Antonio Alarcón Sandoval

SECRETARIO GENERAL

AUTORIDADES

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

DECANA

Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco

VICEDECANO

Dr. José Miguel Vásquez

DIRECTOR DE UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo de investigación se lo dedico a los seres que estuvieron incondicionalmente en mi vida:

A Dios omnipotente, por haberme dado la sabiduría, el entendimiento y la capacidad para finalizar con éxitos el presente trabajo.

A mi madrecita quería, que desde el cielo me acompañó durante todas las noches de esmero, quien con su infinito amor y bendiciones me dio la fuerza necesaria para concluir este trabajo de investigación.

A mi padre que, con entusiasmo, dedicación y motivación, siempre estuvo atento desde el inicio, desarrollo hasta la finalización de esta maestría.

A mis hermanos, por su atención, comprensión y paciencia en todo momento.

A mi alma mater, por haberme dado la oportunidad de obtener nuevos conocimientos y desarrollarme con una especialización en derecho privado.

A la Unidad de Posgrado, por estar siempre pendiente de las necesidades para el buen desarrollo del presente trabajo de investigación.

Al asesor de tesis, por su valiosa orientación y colaboración para este trabajo de investigación.

A mis familiares y amigos que de una u otra manera estuvieron siempre pendientes del desarrollo de esta maestría y quienes me brindaron valiosa motivación para concluir este posgrado académico.

LICDA. PATRICIA GUADALUPE BENAVIDES VIGIL

INDICE

Introducción.....	i
Resumen.....	iv

CAPITULO 1

CONSECUENCIAS JURÍDICAS AL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA ANTE LAS RESTRICCIONES Y LIMITACIONES EN LA CONTRATACIÓN

1.1. Origen y Evolución Histórica.	1
1.1.1. De la Propiedad Privada.....	1
1.1.2. De los Contratos.....	5
1.1.3. De las Cláusulas Abusivas.....	8
1.2 El Derecho de Propiedad Privada como Derecho Fundamental.....	10
1.2.1. Naturaleza Jurídica del Derecho de Propiedad.....	12
1.2.2. Modos de Adquirir el Dominio de Bienes Inmuebles.....	13
1.2.3. Principio de Libertad de Disposición de los Bienes.....	16
1.3. Ejercicio y Restricciones al Derecho de Propiedad Privada.....	17
1.3.1. Clasificación de las Restricciones al Derecho de Propiedad.....	18
1.3.2. Justificación a las Restricciones del Derecho de Propiedad.....	21
1.3.3. Características comunes de las Restricciones al Derecho de Propiedad...	23
1.4. Limitaciones al Derecho de Dominio derivadas del Derecho Privado.....	25
1.5. Restricciones y Limitaciones en la Contratación	29
1.6. Consecuencias Jurídicas al Derecho de Propiedad Privada en la Contratación...	31

CAPITULO 2

LIBERTAD CONTRACTUAL Y SU APLICACIÓN ANTE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LAS CONTRATACIONES PREDISPUESITAS

2.1. La Libertad Contractual como Derecho Fundamental.....	35
2.2. Naturaleza Jurídica de la Libertad Contractual y su Ausencia de Autodeterminación en las Contrataciones.....	36
2.3. La Autonomía de la Voluntad Privada en las Contrataciones Generales.....	39
2.3.1. Fundamento y Obligatoriedad de la Autonomía de la Voluntad.....	42
2.3.2. Principios de la Autonomía de la Voluntad y la Buena Fe en las Contrataciones.....	44
2.4. Límites Contractuales de la Autonomía de la Voluntad Privada.....	49
2.4.1. Igualdad de las Partes y Paridad del Poder de Negociación.....	50
2.4.2. Límites al Límite de la Autonomía de la Voluntad Privada.....	53

2.4.3. La Desigualdad Económica y Jurídica para Contratar.....	54
2.4.4. Equilibrio y Desequilibrio Contractual en cuanto a Derechos y Obligaciones.....	55
2.5. Aspectos Contractuales que no son leídos ni valorados por los Contratantes...	58
2.6. Elementos Constitutivos de los Contratos Generales.....	60
2.7. Autonomía de la Voluntad Privada, especial énfasis en los Contratos de Compraventa.....	63

CAPITULO 3

ADQUISICIÓN, VENTAS Y LIQUIDACIÓN DE ACTIVOS EXTRAORDINARIO DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS

3.1. Contrataciones de Activos Extraordinarios del Sistema Financiero	71
3.1.1. Naturaleza Jurídica de los Activos Extraordinarios Financieros	77
3.1.2. Adquisición de los Activos Extraordinarios Financieros	78
3.1.2.1. Adquisición por Dación en Pago	79
3.1.2.2. Adquisición mediante Adjudicación en Pago	80
3.2. Tenencia de Activos Extraordinarios.....	83
3.2.1. Gastos por Tenencia de Activos Extraordinarios.....	83
3.3. Administración de los Bienes Adquiridos	84
3.3.1. Mantenimientos de los Activos Extraordinarios	86
3.3.2. Gestión de Venta.....	87
3.3.3. Plazo de Tenencia y Gestiones para Venta en Pública Subasta	88
3.4. Venta o Liquidación de los Activos Extraordinarios Financieros	90
3.4.1. Venta al Contado	91
3.4.2. Venta con Financiamiento	92
3.4.3. Traslado al Activo Fijo	92
3.4.4. Destrucción del Activo Extraordinario	93
3.5. Contratos Bancarios.....	93

CAPITULO 4

CLÁUSULAS GENERALES Y CLÁUSULAS ABUSIVAS IMPLEMENTADAS EN LOS CONTRATOS DE ACTIVOS EXTRAORDINARIOS FINANCIEROS

4.1. Cláusulas que se implementan dentro de los Contratos.....	96
4.1.1. Características de las Cláusulas Generales y las Cláusulas Abusivas....	97
4.1.2. Naturaleza Jurídica de las Cláusulas Generales de Contratación.....	99
4.2. Diferencias entre Cláusulas Generales y Cláusulas Abusivas.....	100

4.2.1 Cláusulas Generales.....	100
4.2.2 Cláusulas Abusivas.....	100
4.3. Implementación de Cláusulas Abusivas en las Contrataciones del Sistema Financiero.....	105
4.3.1 Fundamento de la Teoría de las Cláusulas Abusivas.....	106
4.4. Clasificación de las Cláusulas Abusivas en las Contrataciones.....	108
4.5. Límites a la Consideración de Abusividad en los Contratos.....	109
4.5.1. Protección al Contratante Pasivo frente a las Cláusulas Abusivas.....	110
4.6. Control de las Cláusulas Abusivas en las Contrataciones Bancarias.....	112
4.6.1. Protección Autónoma.....	112
4.6.2. Control Administrativo.....	113
4.6.3. Control Legislativo.....	114
4.6.4. Control Judicial.....	116
4.7. Consecuencias Jurídica aplicable a la estipulación de Cláusulas Abusivas.....	118
4.8. Cláusulas Abusivas más comunes en los Contratos de Venta de Activos Extraordinarios.....	121
4.9. Situación Normativa en materia de Cláusulas Abusivas.....	127
4.9.1. Propuesta de Reforma en la Legislación Civil y Comercial Salvadoreña...	131
Conclusiones.....	133
Recomendaciones.....	135
Anexo 1	137
Anexo 2	138
Anexo 3	139
Anexo 4	140
Referencias Bibliográficas.....	168

SIGLAS Y ABREVIATURAS.

Art.	Artículo.
Arts.	Artículos.
Cn.	Constitución de la República de El Salvador.
C.C.	Código Civil.
C.Co.	Código de Comercio.
CPCM	Código Procesal Civil y Mercantil.
Ed.	Editorial.
ed.	Edición.
Inc.	Inciso.
LB	Ley de Bancos.
LPC	Ley de Protección al Consumidor.
Lit.	Literal.
No.	Número.
Sigs.	Siguientes.
Vol.	Volumen.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación sobre el tema “Consecuencias jurídicas de la falta de regulación en la legislación civil y comercial de cláusulas abusivas por entidades financieras en el manejo de sus activos extraordinarios”, se ha realizado mediante la formulación del problema siguiente: ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas derivadas de la falta de regulación en la legislación civil y comercial ante la implementación de cláusulas abusivas por entidades financieras en el manejo de sus activos extraordinarios? que tiene como finalidad la aprobación del trabajo de investigación de la Maestría en Derecho Privado.

Para desarrollar la investigación inicialmente se elaboró un planteamiento del problema, a través de la situación problemática de lo que es el derecho a la propiedad privada, y como se encuentra regulada en la normativa jurídica salvadoreña, para posteriormente enfocarlo al campo del comercio, bajo las condiciones generales de las contrataciones bancarias, tomando en consideración la libertad contractual y su relación con la autonomía de la voluntad, que limita la revisión de los contratos o la ineficacia parcial de los mismos, al momento de que uno de los contratantes implementa cláusulas dentro de los contratos, colocando al otro contratante en situación de desventaja, y con ello excediéndose de los límites sustanciales de los derechos fundamentales.

En virtud que el problema está enfocado en las cláusulas abusivas dentro del ámbito de contrataciones generales en el área financiera, el mismo se enmarca dentro de una delimitación de tiempo y espacio, pero además se delimita teóricamente bajo un contenido descriptivo y explicativo, siendo el primero el de mayor importancia en la investigación, ya que ayuda principalmente a conocer por medio de los datos recopilados, las necesidades más urgentes de la regulación de las cláusulas que presentan cierto nivel de abuso en materia civil y comercial.

Se considera que la investigación es de gran importancia, lo cual se justifica en virtud de las consecuencias jurídicas que se podrían generar al derecho de propiedad, en cuanto a la adquisición de bienes inmuebles de activos extraordinarios de parte de las instituciones financieras en detrimento de las personas que requieren de dichos bienes, por la falta de regulación expresa en donde se sancione o reprima el ejercicio de la implementación de cláusulas abusivas dentro de los contratos generales que ellos realizan, pues en la práctica es evidente que la ley no los prohíbe, a contrario sensu lo permite siempre y cuando se cumplan con los requisitos exigidos por la norma jurídica. Por tanto, el derecho debe de ser visto enfocado principalmente en los valores morales y por ende en la protección de la persona humana, considerada ésta como un fin a sí misma y como un ser que está en relación con sus semejantes.

Además, es de gran utilidad, porque se pretende promover una interpretación y análisis íntegro de las normas contractuales, ya que esta investigación constituye un instrumento ilustrativo y consultivo que ampliará el catálogo de mecanismos para prever las cláusulas abusivas dentro de los contratos generales otorgadas por las instituciones financieras, al incluir regulaciones explícitas que restringen la posibilidad de continuar con dicha práctica. Pero al mismo tiempo la investigación es factible, por existir en la práctica una constante utilización de las cláusulas abusivas dentro de los contratos generales financieros.

El objetivo general de la investigación es la identificación de las consecuencias jurídicas derivadas de la falta de regulación en la legislación civil y comercial ante la implementación de cláusulas abusivas por entidades financieras en el manejo de sus activos extraordinarios, lo que tiene como base cuatro objetivos específicos que se desarrollan en cada uno de los capítulos que se diseñaron para la ejecución de esta investigación.

El capítulo uno tiene como objetivo determinar las consecuencias jurídicas al derecho de propiedad privada, en cuanto a restricciones y limitaciones del derecho de dominio de bienes inmuebles en los contratos bancarios, así mismo se realizó un bosquejo del origen y evolución histórica del derecho de propiedad privada, los contratos y las cláusulas abusivas, para posteriormente hacer un fundamento conceptual, doctrinario y jurídico sobre dicha modalidad de propiedad privada, su naturaleza, los modos de adquirir el dominio de bienes inmuebles, y los principios de libertad de disposición de los bienes, para finalmente indagar sobre el ejercicio, clasificación, justificación y características comunes de las restricciones a dicho derecho; así como las limitaciones del derecho de dominio, que pueden ser genéricas, porque encuadran en la teoría del abuso del derecho y limitan la facultad de excluir, o bien específicas derivadas de la ley o en razón de la función social de la propiedad, dando como resultado una desproporción debido a que uno de los contratantes se aprovecha de la ignorancia e inexperiencia de su contraparte.

El capítulo dos ha tenido como objetivo explicar la importancia de la autonomía de la voluntad en el ejercicio de la libertad contractual, ante la existencia de desigualdades económicas y jurídicas de las partes contratantes, en ese sentido, se ha realizado una fundamentación de la libertad contractual y su naturaleza ante la ausencia de autodeterminación en las contrataciones, tomando como base el fundamento y la obligatoriedad de la autonomía de la voluntad; los principios de la libre contratación, la igualdad, la buena fe, el equilibrio económico, el orden público, y la autonomía de la voluntad en las contrataciones; así como los límites contractuales, la igualdad de las partes y la paridad del poder de negociación; la desigualdad económica y jurídica, el equilibrio y desequilibrio contractual en cuanto a derechos y obligaciones se refiere. Además de los elementos constitutivos de los contratos, en relación a los aspectos que no son leídos ni valorados por los contratantes, especialmente en los contratos de compraventa, donde se incorporan cláusulas que colocan en desventaja a uno de los contratantes, lo cual involucra una desproporción significativa entre las obligaciones y beneficios que adquieren los contratantes.

En cuanto al capítulo tres, este tiene como objetivo establecer la naturaleza jurídica de la forma de liquidar los bienes inmuebles que son parte de los activos extraordinarios del sistema financiero, es por ello que se desarrollan las formas de adquisición de dichos activos por parte de las instituciones financieras, los cuales se obtienen a través de la recuperación de créditos provenientes del otorgamiento de préstamos, la clasificación de los créditos para constituir reserva de saneamiento, el traslado de préstamos vigente a vencido y el reconocimiento contable de pérdidas en préstamos, como consecuencia del riesgo del crédito otorgado, haciéndose efectiva la garantía del préstamo con la dación o adjudicación en pago, lo cual genera gastos o ingresos para su tenencia que no corresponde a una operación dentro del giro normal de los bancos, por tanto la administración de los bienes adquiridos representa un costo adicional para el mantenimiento del mismo, por esa razón se realiza la gestión de venta que puede ser directa sea esta al contado o con financiamiento o bien en pública subasta dentro del plazo de tenencia que se tiene para realizar la

venta o liquidación de los activos extraordinarios, que también pueden ser por traslado al activo fijo o destrucción del activo.

En relación con el capítulo cuatro, su objetivo consiste en analizar el contenido de las cláusulas que presentan cierto nivel de abuso que son implementadas en los contratos de activos extraordinarios bancarios y sus efectos jurídicos para los contratantes, ante la falta de regulación en la legislación civil y comercial en ese sentido, se estableció primeramente las características y naturaleza jurídica de las cláusulas generales y abusivas, sus diferencias y su implementación en las contrataciones del sistema financiero, en segundo lugar se fundamentó la teoría de las cláusulas abusivas, se desarrolló su clasificación, los límites a la consideración de abusividad en los contratos y la protección al contratante pasivo frente a dichas cláusulas; asimismo se analizó el control de protección autónoma, administrativa, legislativa y judicial que conllevan las cláusulas abusivas en las contrataciones bancarias, para finalmente analizar las consecuencia jurídicas aplicables a la estipulación de cláusulas abusivas, describiendo cuales de ellas son las más comunes en los contratos de venta de activos extraordinarios, la situación normativa en esa materia y la propuesta de reformas en la legislación civil y comercial salvadoreña.

Esta investigación contiene un enfoque cualitativo, por haberse incluido el método dogmático-jurídico, ya que se realizó una etapa de extracción de información bibliográfica, donde se incluyó un conjunto de procesos descriptivo, analítico, interpretativo y de aplicación de la norma jurídica a la realidad fáctica, a través del uso de técnicas de recolección de documentos y análisis de casos, en donde se interpretó la doctrina como medio principal para interpretar el sentido de la norma jurídica en el derecho positivo vigente, elaborando análisis de contenido, síntesis, y sistematización sobre el objeto de estudio. Asimismo, se utilizó el método del trialismo jurídico, el cual parte de la observancia de los fenómenos de la realidad social (inducción), determinando la forma y funcionamiento del ordenamiento jurídico (deducción), que se fundamenta en la consecución de valores.

Dicho lo anterior, se puede afirmar que la presente investigación tiene como fin establecer las consecuencias jurídicas que generan la implementación de cláusulas abusivas en los contratos bajo condiciones generales de la venta de activos extraordinarios por parte de las instituciones financieras hacia los particulares, sin perder de vista que en el sector bancario existe una autoridad administrativa u organismo regulador que supervisa la eficacia, transparencia, seguridad y solidez del mismo, siendo esta la Superintendencia del Sistema Financiero, sin embargo debe destacarse que dicha entidad no se especializa en revisar para que se valide o hagan observaciones en este tipo de contratos suscritos entre los bancos y los particulares, dejándose la redacción de estos a total discreción de las instituciones financieras, lo cual genera una desproporción significativa entre los contratantes.

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FALTA DE REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN CIVIL Y COMERCIAL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS POR ENTIDADES FINANCIERAS EN EL MANEJO DE SUS ACTIVOS EXTRAORDINARIOS

POR

Licda. Patricia Guadalupe Benavides Vigil

RESUMEN

La existencia de la libertad contractual y el fundamento del derecho privado debería ser suficiente para que las instituciones financieras y los particulares acuerden un contenido justo del contrato, sin embargo, en la práctica diaria se demuestra que es por el contrario insuficiente. Dejar a los individuos sin protección especial produce situaciones en la que los particulares se vinculan a condiciones que no valoraron previamente a la celebración del contrato, lo cual puede ser aprovechado por la parte contraria mediante la incorporación de condiciones perjudiciales para los particulares, y posteriormente invocar la entidad financiera la validez de estas, basándose en ser producto de la libertad contractual de ambas partes.

Las relaciones contractuales entre las entidades financieras y los particulares deben enmarcarse dentro de los principios de equidad, buena fe, lealtad, autonomía de la voluntad y libertad contractual, en relación de los actos propios y la igualdad de derechos, es por ello que se busca dar a conocer a los usuarios del sistema financiero, las consecuencias jurídicas que generan las cláusulas abusivas que en ocasiones se adoptan por las entidades financieras en sus contratos, a fin de evitar la aceptación de las mismas, ya que se observa frecuentemente un abuso de la posición dominante de las entidades financieras, donde actualmente la normativa salvadoreña no sanciona expresamente tales comportamientos abusivos.

Los particulares generalmente no son conscientes de si las cláusulas incorporadas en los contratos son equilibradas o no, puesto que la celebración de los contratos y cumplimiento de las obligaciones se realiza de forma pacífica; el problema se presenta cuando se da una situación anómala en el desarrollo de la relación contractual, y es ahí donde el particular se da cuenta de la existencia de condiciones contrarias a sus intereses, comprendiendo hasta ese momento que el contenido contractual no ampara jurídicamente sus reclamaciones o su posición jurídica es negativa ante los reclamos que le plantea a la institución financiera, y hasta ese momento repara que los términos en los que creía estar adquiriendo el bien son diferentes a lo esperado, y es cuando se frustran sus expectativas del negocio.

Cuando se rompe el equilibrio contractual mediante la imposición de cláusulas que no fueron suscritas por el particular de manera libre y espontánea, sino ante la necesidad o urgencia de adquirir un bien ofrecido por la entidad financiera, se está ante la presencia de una cláusula abusiva, situación que configura un abuso de la posición dominante por parte del banco, por existir una desviación del principio de la buena fe contractual, una desnaturalización o desequilibrio de

la relación contractual, un detrimento o perjuicio en contra del particular y una atribución exorbitante a favor de la entidad financiera en la contratación.

Es importante resaltar que cuando se habla de desequilibrio por darse una situación desventajosa frente a la otra, el mismo se presenta en las cláusulas que no hacen parte de los elementos esenciales del contrato, es decir, que no se presenta cuando hay una gran diferencia entre el precio y el bien que se está adquiriendo, puesto que estos son elementos definitivos que el adquirente ha de tener en cuenta cuando presta su consentimiento para la formación del contrato. Esa alusión es a las cláusulas complementarias que el adquirente ha debido aceptar, porque de lo contrario tendría que haber renunciado a la posibilidad de adquirir el bien que anhela.

Dichas cláusulas abusivas implican un atentado contra el principio de la buena fe en la medida en que involucra una desproporción significativa entre las obligaciones y beneficios que adquieren las partes. Por eso el Estado debe controlar la implementación de estas, lo cual conlleva una intervención en la autonomía de la voluntad privada de los contratantes, ese control que puede ser administrativo, legislativo o judicial, procede cuando se presenta un contrato entre un banco y una persona particular. Así por ejemplo el control judicial que se hace de ellas puede ser a través de la declaratoria de inexistencia, de ineficacia, de nulidad relativa o nulidad absoluta derivada de un proceso, de ese modo, el control que se haga de las cláusulas abusivas constituye una forma de limitación a la autonomía de la voluntad privada, puesto que, aunque hagan parte integral de un contrato, pueden ser descartadas mediante diferentes sanciones y, en consecuencia, ser desconocidas por el operador jurídico.

Sin embargo la falta de regulación frente a esta materia, hace que en caso que se entable una demanda, las decisiones judiciales no sean uniformes y dependan de la capacidad de los abogados del proceso y de los medios probatorios de las partes, con la agravante de que la gran mayoría de procesos, se llevan a cabo con departamentos jurídicos que representan a las instituciones financieras, quienes son altamente competitivos para resolver conflictos frente a esta materia, en cambio el particular se encuentra con altas limitaciones económicas y de tiempo, lo que influye aún más en los diversos fallos judiciales

CAPÍTULO 1

CONSECUENCIAS JURÍDICAS AL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA ANTE LAS RESTRICCIONES Y LIMITACIONES EN LA CONTRATACIÓN

1.1 Origen y Evolución Histórica

1.1.1 De la Propiedad Privada

En Roma, la propiedad indicaba la facultad de una persona, llamada propietario, de obtener directamente de una cosa determinada toda la utilidad jurídica que aquella era susceptible de proporcionar, un verdadero concepto de propiedad que se ha mantenido resumiendo la filosofía jurídica del pueblo romano, sus juristas y legisladores. “Ulpiano da una idea de propiedad refiriéndose al interés del grupo familiar *Pater familiae* diciendo: *Qui in domo dominium habeat quamvis filios habeat* que significa Dominio es propiedad ejercida sobre una cosa determinada”,¹ se entiende que en el derecho romano se comienza a definir y relacionar la propiedad con el dominio.

“En la Edad Media se dio a conocer que la propiedad tiene un carácter político, en cuanto a que el Rey disponía de la tierra cediéndola por los servicios en guerra prestados por los señores feudales, estos a su vez por la imposibilidad de cultivar la tierra la concedían por el pago de un canon a sus vasallos, que al ejercer sobre la tierra también eran considerados dueños a su manera, por lo que genera dos tipos de propietarios de una misma cosa, teniendo el señor feudal dominio directo y la del vasallo el dominio útil”.²

“En la Edad Moderna, se vio envuelta en dos problemas fundamentales, uno de ellos era de carácter político y el otro de carácter social; el primero trataba de desligar la soberanía de la propiedad y el segundo buscaba la división extraordinaria de la propiedad y conseguir su definitiva unificación”.³

En esta etapa se dieron levantamientos campesinos debido a las injusticias y degradaciones que estos recibían, llamando así la atención de toda Europa; lo que trajo consigo el estallido de la Revolución Francesa, así mismo, beneficios, ya que el poseedor de la tierra se convertía automáticamente en dueño de aquella. También abolió los últimos restos de la propiedad feudal al declarar de una plumada, suprimidas con indemnización o sin ella, según los casos, la inmensa mayoría de aquellas cargas.

La Revolución Francesa tuvo influencia no solo en Europa, sino también en América y en el mundo entero, ya que en esta etapa de lucha por el reconocimiento de derechos trae consigo el reconocimiento formal de los derechos individuales y políticos por parte de los Estados a favor de todas las personas, triunfo que sirve también para reconocer los derechos de tercera generación o de orden económico.

¹ Fidel Villegas Hernández, Cátedra Derecho Romano 1, “La Propiedad”, Universidad José María Vargas, Venezuela (Julio 2010). recuperado del sitio electrónico <http://www.vhfderechoromano.blogspot.com/2010/07/tema-14-propiedad.html>.

² Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, *Derecho Civil, Los Bienes y Derechos Reales. Capítulo III De la Propiedad*, Tercera Edición (Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1974), 150.

³ Ibid, 151.

En El Salvador en el siglo XIX, la Constitución que reconoce por primera vez los derechos humanos es la de 1824, en ella se establecen las normas de las cuales se partiría para generar otras leyes necesarias. Dicha Constitución destaca como derechos: El derecho de libertad, el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia y la morada, el derecho de igualdad y entre ellos, el derecho de propiedad.

En nuestro país han existido 13 constituciones entre las cuales las más importantes son las de 1886, 1950 y 1983 esta última vigente hasta la actualidad, la cual fue reformada por los Acuerdos de Paz en 1992. Teniendo en cuenta las ramas de derecho público y privado en El Salvador. Luego del surgimiento de la primera Constitución, era necesario formular las leyes específicas para la regulación de las relaciones entre los particulares, que abordan temas importantes como son: Los bienes, su dominio, su posesión, uso y goce, entre otros, sobre la existencia de las personas, etc., de tal forma que se emitieron leyes puntuales de las personas según fuera necesario.

Posteriormente, la Cámara de Senadores de El Salvador, acordó elaborar un cuerpo legal que comprendiera todos los temas; así fue estudiado y elaborado el Código Civil, que prácticamente es una copia del Código Civil Chileno que, a su vez, fue una ley similar al Código Napoleónico.

“El Código Civil salvadoreño fue decretado el 4 de febrero de 1858, siendo aprobado como Ley General de la República el 23 de agosto de 1859, y entró en vigencia en el año de 1860, bajo la administración del presidente Capitán General Gerardo Barrios. Con ese Código se derogaron todas las leyes anteriores que regían en El Salvador en materia de derecho privado, entrando en vigencia la nueva normativa como única ley vigente en materia civil”.⁴

En 1950 en El Salvador entró en vigencia una nueva Ley Constitucional, que en su Art. 137 dice: “se reconoce y garantiza la propiedad en función social”,⁵ en donde la palabra propiedad no debe ser tomada en un sentido exclusivamente técnico-jurídico, sino como un concepto económico-jurídico, precisamente porque se trata de un concepto de tal naturaleza. La Asamblea Constituyente de 1950 tuvo el acierto de formular el principio de reconocimiento y garantizar la propiedad privada en función social, justificándole en el título destinado a regular el Régimen Económico.

El constituyente de 1962 ratificó tal acierto, en cuanto a que lo económico forma parte de lo social; de tal modo que puede decirse con total seguridad, pero con un poco de imprecisión, que el derecho de propiedad es un concepto socio-jurídico.

La propiedad privada o propiedad individual, tiene modalidades de carácter restringido o amplio según el caso, ya sea de forma patriarcal, feudal, comunitaria o socialista.

Cuando el Estado salvadoreño reconoce un derecho, este no puede dejar de velar por que se cumpla, de forma tal que este no se vea vulnerado por ningún motivo, es decir, que una vez

⁴ Oscar Leonel Márquez, artículo sobre “Breve Historia de la Leyes en El Salvador”, publicado el (1 de diciembre de 2013). recuperado de <http://www.acordejurido.blogspot.com/2013/12/brevehistoria-de-las-leyes-en-el.html?m=1>.

⁵ Julio Fausto Fernández, “Función Social de la Propiedad Privada”, quinto ensayo s/e San Salvador, El Salvador (1977): 11.

contemplado en la Constitución de la República, este se vuelve de estricto cumplimiento; así lo establece la Constitución de la República vigente desde 1983, en su Art. 21 en cuanto a que ninguna Ley puede ser retroactiva, salvo en materia de orden público y en materia penal en los casos en que puede ser lo más favorable a una persona que está siendo procesada, la cual es la norma jerárquicamente ubicada por encima de las demás normas de derecho interno.

Ahora bien, cuando se hace referencia que la Constitución de la República es la que establece el reconocimiento de derechos, es menester recordar que esta, garantiza el derecho de propiedad en su Título II “Derechos y Garantías Fundamentales de la Persona”, Capítulo I “Derechos Individuales y su Régimen de Excepción” Art. 2 la cual menciona que “Toda persona tiene derecho a ...la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos.”, siendo este derecho de carácter fundamental inherente a la persona humana, el cual es institucionalizado para que el ciudadano pueda ejercer la libre disposición sobre sus bienes, tal como lo establece el Art. 22, que reza: “Toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes conforme a la ley”,⁶ definición que es complementaria entre sí con lo regulado en el Código Civil en su Libro Segundo, Título II, Art. 568 que dice: “Se le llama dominio o propiedad de poseer exclusivamente una cosa y gozar y disponer de ella, sin más limitaciones que las establecidas en la ley o por la voluntad del propietario”.⁷

En este sentido, el jurista francés Josserand, sostuvo que la propiedad constituye un derecho inviolable y sagrado, esto, por atender a un requerimiento humano de carácter económico, tendiente a satisfacer las necesidades elementales del individuo y desarrollar su vida.

Por lo tanto, la propiedad privada adquirida de forma legítima es un derecho fundamentalmente protegido por la Constitución, la ley y otros instrumentos jurídicos internacionales. Su reconocimiento está sujeto al cumplimiento de su función social, al orden público y al bienestar general. En consecuencia, este derecho no puede ser reconocido cuando se trate de bienes obtenidos de mala fe, ni gozar de protección constitucional ni legal.

Sin embargo, cuando se habla del arbitrio de la administración de los bienes por parte de una persona, pareciera que el propietario puede ejercer su derecho a tal punto de, no importar si en el libre ejercicio de su dominio afecta a otros, o no le da el uso que debe darle; es ahí donde se ve en forma abstracta la línea jurídica que condiciona el derecho de propiedad.

Cuando se menciona que existe una línea jurídica que condiciona el derecho de dominio, se refiere que esta limitación es entre otras la función social, en la cual el jurista francés León Duguit, desencadenó la posibilidad de limitar uno de los derechos fundamentales más importantes del ser humano, como es la propiedad privada, con el objetivo de lograr una lectura dinámica del mismo, que permitiera su transformación en un instrumento a favor de toda la sociedad, quien expresa que “si el propietario de una parcela de terreno no cumple con la función de hacerla producir, la administra dándole un mal uso o la deja caer en ruina, le otorga la facultad a las autoridades para intervenir con el objetivo de hacer producir la propiedad para la satisfacción de la colectividad”.⁸

⁶ Constitución de la Republica de El Salvador (El Salvador: Asamblea Constituyente de El Salvador, 1983), art. 22.

⁷ Código Civil (El Salvador: Órgano Ejecutivo de El Salvador, 1860), art. 568.

⁸ Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, *Derecho Civil Los Bienes y Derechos Reales*, 141.

Así las cosas, la propiedad desarrolla un núcleo solidario que trae consigo la imposición de deberes y no solo libertades sobre las facultades de uso, goce y disposición de la propiedad. Ello explica la razón por la cual un hombre propietario de un capital no puede dejarlo improductivo, en tanto la propiedad no solamente es un derecho real por excelencia, sino también tiene inmensas obligaciones inherentes a ella, pues en virtud del principio de solidaridad ese aprovechamiento tiene que ir conforme al bienestar de la comunidad.

Duguit parte del cuestionamiento a “la concepción de propiedad como derecho subjetivo, afirmando que la misma obedece a una concepción metafísica e individualista”⁹ que debe ser reemplazada por un sistema jurídico positivista. En este sentido, intenta estructurar una teoría que tome distancia de la perspectiva iusnaturalista en tanto esta concebía a la propiedad privada como derecho subjetivo anterior y superior al Estado.¹⁰

La noción de derecho subjetivo significa para el autor, el poder que corresponde a una voluntad de imponerse como tal a una o varias voluntades, cuando quiere una cosa que no está prohibida por la Ley. Asocia así la idea de derecho subjetivo con el enfrentamiento de dos voluntades, o sea, la situación que se da cuando un sujeto puede imponerse frente a otro. De este modo se asocia el derecho subjetivo a cierta ausencia de limitaciones en el ejercicio, esto es, a la posibilidad misma de la tolerancia, por la Ley, de un ejercicio abusivo.

Sin embargo, la propiedad capitalista “debería dejar de ser”, según el autor, un derecho subjetivo del individuo para pasar a ser una función social. El autor vaticina que “en el futuro habrá efectivamente una evolución de la concepción de la propiedad, especulación a la que le sucederá una época de propiedad-función”.¹¹

Las civilizaciones han tenido, durante toda su historia, una regulación específica para el derecho de propiedad. Sin embargo, aunque en su forma tradicional fue considerada como un derecho absoluto, perpetuo y excluyente, hoy en día y en atención a la evolución dinámica de las relaciones del ser humano, el tratamiento de esta figura ha requerido una reinterpretación bajo la lupa de la denominada teoría de la función social expuesta en un principio por León Duguit. De esta forma es que se logra constreñir al propietario a cumplir obligaciones propias de su rol como detentador de riqueza dentro de una comunidad social, todo, con base en el principio de solidaridad, ya que, ésta es la única forma de lograr un desarrollo armónico y equitativo dentro de la sociedad.

El derecho de propiedad no es absoluto, en consecuencia, el principio de solidaridad debe estar enfocado a una convivencia colectiva, de la misma manera como lo hicieron las civilizaciones que nos anteceden. La función social es un concepto inherente en la definición de la propiedad. Ese derecho de propiedad no sólo tiene un deber individual, sino también uno social, es así como, el núcleo irreductible es el derecho de toda persona para gozar, usar y disponer de la cosa, cubierto con una túnica legal llamada función social.

⁹ León Duguit, *Las transformaciones generales del Derecho Privado* (Pamplona, España: Editorial Analecta, 2006), 5.

¹⁰ María Florencia Pasquale, “La Función Social de la Propiedad en la obra de León Duguit: una re-electura desde la perspectiva historiográfica”, Universidad Nacional de Oviedo, Córdoba (2014): 103.

¹¹ León Duguit, *Las transformaciones generales del Derecho Privado*, 2006, 170.

1.1.2 De los Contratos

Al referirse a los contratos dentro de las legislaciones de todos los países del mundo, es necesario arrancar desde donde es posible que se hayan originado los primeros pasos de lo que es un Contrato, que naturalmente en sus inicios no estaba regularizado hasta llegar a manos de escribanos de las épocas anteriores y los han venido aplicando en la medida que la ley les ha permitido, pero que hoy en día ya han sido legislados, dándoles un nombre que a través del tiempo se ha ido reformando hasta tomar los nombres que ostentan actualmente como producto de las necesidades de la sociedad.

“Es difícil precisar en qué época se ha establecido definitivamente esta lista de contratos, y es cierto que no data de los orígenes de Roma. En un pueblo de costumbres sencillas y rudas, como la de los romanos, en los primeros siglos, los procedimientos empleados para ligar a las partes y obligarse una con respecto a la otra, debían ser poco numerosas y llenos de formalismos que caracterizan a las legislaciones más antiguas. No es sino por un progreso lento y continuo por lo que las formalidades primitivas en que estaba rodeada la convención han debido simplificarse y por lo que el Derecho Romano sea por el perfeccionamiento de sus propias instituciones, sea por la prestación de los usos comunes de los pueblos vecinos, es decir, el *ius gentium*, ha llegado a sancionar las cuatro clases de contratos vigentes en la época clásica”.¹²

Los Contratos en Derecho Romano son unas condiciones que están destinadas a producir obligaciones y que han sido sancionadas y nombradas por el Derecho Civil.

"Desde fines de la república romana se ha determinado el número de los contratos y se distinguen cuatro clases de ellos, según las formalidades que deben acompañar a la convención: a) Los Contratos *verbis* los cuales se forman con la ayuda de palabras solemnes. No se citará aquí más que el principal: la estipulación; b) El Contrato *litteris* que surgen para designar toda especie de crédito, es decir que exigen menciones escritas; c) Los Contratos que no son perfectos sino por la entrega de una cosa al que viene a hacerse deudor. Son *mutuum* o préstamo de consumo, el comodato o préstamo de uso, el depósito y la prenda; y d) Por último los Contratos formados como *consensu*, por el cual, con sólo el acuerdo de las partes, son: La venta, el arrendamiento, la sociedad y el comodato.

Toda convención que no figure en esta enumeración no es un contrato; es un simple pacto que no produce en principio obligación Civil”.¹³

“Aparece que las maneras más antiguas de obligarse que han estado en uso entre los romanos fueron primeramente el *Nexurn* (designa primero toda operación llevada a cabo), que tenía por causa un préstamo de dinero. Sin embargo, se practicaron desde su origen otras operaciones indispensables aún en una sociedad naciente. Pero unas, tales como la venta y el cambio se hicieron desde luego al contado; las demás como el depósito y el mandato quedaron fuera de la esfera del derecho y se hallaba su sanción en la costumbre”.¹⁴

¹² Eugene Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, (México: Editorial Época, S.A., 1917), 318.

¹³ *Ibid*, 318.

¹⁴ José Arias Ramos, “Derecho Romano”, 7a Edición, Editorial Revistas de Derecho Privado, Madrid, España (1958): 591 y 595.

A diferencia del Derecho Civil, en Roma, no existió un derecho especial para el comercio de los habitantes; a pesar de que los romanos alcanzaron una posición importante en el comercio mundial de la época, surge un importante tráfico marítimo y aparecen profesionales dedicados al comercio.

Aunque Roma conoció un progresivo aumento del comercio y de sus profesionales, sin embargo, la formación del *iusgentium*, que sirvió para resolver los problemas suscitados por el tráfico internacional mercantil que contribuyó a fecundar y desenvolver el Derecho Civil, y la ausencia en la economía romana de los rasgos propios de la economía capitalista, hizo innecesaria la aparición de un Derecho Especial Mercantil diferenciado del Derecho Civil.

Sólo en los últimos siglos del imperio romano, bajo la influencia de tristes condiciones económicas, se trató de acudir en auxilio y cierta compasividad a los deudores de la época, con numerosas disposiciones legislativas, las cuales perjudicaban en gran medida los intereses del crédito. Por tener caracteres mal formados y poco bien diseñados.

Para que el Derecho Mercantil surgiera como un Derecho Especial no bastaba con sólo la existencia de una intensa actividad económica, como en Roma, sino que era necesario también que el Derecho común no pueda por sí mismo regular de manera satisfactoria las exigencias que de ella se originan. Por ello, el Derecho Mercantil, desde su surgimiento a través de la historia, lo hace categóricamente como una rama constituyente del Derecho Privado.¹⁵

“Es lógico que la fisonomía tradicional o clásica de los Contratos Mercantiles haya sufrido las consecuencias del intervencionismo estatal en la economía. Este intervencionismo ha generado la crisis que se ha manifestado de diversas maneras; mediante la aparición de los contratos forzosos o impuestos para quienes se encuentran en situaciones determinadas, mediante la aparición de los contratos normados o de tarifa, en los que el contenido contractual o el precio viene impuesto por los poderes públicos y, finalmente, prohibiendo el establecimiento de cláusulas lesivas para la parte económicamente más débil”.¹⁶

Las costumbres mercantiles de la Edad Media en Europa tuvieron su intervención importante en la aceptación y reconocimiento de las convenciones y contratos mercantiles que, como actos jurídicos, no tenían la exigencia formal de los contratos civiles, más sujetos a moldes y tipos establecidos.

Por otra parte, se puede mencionar que, “en la época Moderna, todo acuerdo de voluntades dirigido a crear una obligación era protegido por la Ley, y por consiguiente en el ordenamiento jurídico actual. Convenios y contratos son términos equivalentes de todo acto amoldado a la noción genérica de acuerdo de voluntades dirigido a unas obligaciones exigibles. El ordenamiento jurídico es contemplado desde esta perspectiva, como una trama o una urdimbre de contratos que los particulares celebran”.¹⁷

¹⁵ Manuel Broseta Pont, *El Derecho Mercantil* (Madrid, España: Editorial Tecnos, 1977), 366.

¹⁶ *Ibid*, 366.

¹⁷ José Arias Ramos, “Derecho Romano”, 565.

El fundamento económico y pragmático del nacimiento de los contratos sustentado en la libertad contractual se encuentra con la necesidad de adaptar los contratos a los fines empíricos y a las necesidades reales de las partes contratantes.

En el derecho actual, los contratos están plenamente aceptados. Aquí en El Salvador, los Contratos tienen raíces históricas profundas que datan de antes de la fundación de los bancos y si los había, laboraban en forma incipiente, la moneda tenía su valor intrínseco, sólo que el ciudadano por lo general y como costumbre o falta de confianza en ella, guardaba su dinero de forma empírica, empleando refugios en casa. También en la práctica se realizaban trueques que no necesitaban de la intervención de un notario que los solemnice pues no existía para la época y era muy común, por ejemplo: cambiar una vaca por un terreno o un caballo por una escopeta.

Así con el correr del tiempo y a medida que la sociedad avanzaba paralelo a la industria y el comercio, también ésta hacía lo propio. En ese estado de cosas, el Legislador se vio en la necesidad de elaborar normas legales y ubicarlas en el ordenamiento jurídico a fin de que regulase aquellas situaciones que se iban produciendo, lo que implica que dicho ordenamiento ha ido sufriendo reformas constantes, y aun así los contratos siguen teniendo cabida en el medio legal, y siempre es asistido por esas leyes.

Indudablemente en el fondo del contrato yacen como prevalentes dos principios: El de la libertad, preconizado extremadamente por el sistema individualista, y el de la fuerza obligatoria de lo pactado. Este principio, a su vez, se asienta “en el supuesto ideal del equilibrio de ambos contratantes, de donde deriva, también, la libre determinación”.¹⁸ De aquí que el contrato para la tendencia liberal represente un “progreso de la vida jurídico-social”, un “índice o barómetro de ese progreso”, según expresiones de Bielsa.¹⁹

Resulta, pues, que conforme el dogma en referencia, todo contrato es ley, “es obligatorio para las partes contratantes, y solo cesan sus efectos... por el consentimiento de las partes o por causas legales”²⁰ tal como lo regula el Art. 1416 C.C.

Por su parte el principio de la Autonomía de la Voluntad, dominante todavía en el área del Derecho Civil, arrancó en el derecho canónico luchando por mantener el respeto a la palabra empeñada, y consiste abstractamente en proclamar la soberanía de la voluntad de las partes en las relaciones contractuales. Es “el poder de querer jurídicamente, y por lo mismo el derecho a que ese querer sea socialmente protegido”,²¹ como bien apuntó Duguit en términos generales. Por eso los contratos legalmente celebrados deben ser cumplidos (*pacta sunt servanda*). Más con estos antecedentes no ha quedado justificada, la fuerza obligatoria atribuida tradicionalmente a aquel principio de la Autonomía de la Voluntad Privada.

El principio mencionado como construcción lógica, es perfecto. Pero desgraciadamente no concuerda con los hechos. En un momento dado, ese sistema ha podido tener razón. Podía

¹⁸ Julio Cesar Torres, “La Intervención del Estado en el Contrato”, Revista Jurídica La Ley, Tomo 34, Argentina (abril-mayo y junio, 1944): 1131.

¹⁹ Rafael Bielsa, “La Defensa del Interés Público”, Revista Jurídica La Ley, Argentina (octubre-noviembre y diciembre, 1944): 1119.

²⁰ Código Civil, art. 1416.

²¹ León Duguit, *Las transformaciones generales del Derecho Privado*, 2006, 9.

adaptarse a una sociedad esencialmente individualista, pero está en oposición absoluta con las tendencias de nuestra época. Hoy no se admite que las voluntades individuales puedan crear, mediante el contrato, un régimen jurídico intocable e inmodificable. La convención debe ser la expresión de una función social del derecho y como tal tiene por naturaleza crear, modificar o extinguir obligaciones a diferencia del contrato que solo crea aquella, reconociéndose en ambos casos que la Autonomía de la Voluntad es la que tiene primacía.

Desde finales de la Edad Moderna hasta nuestros días, observamos cómo el Derecho de la Contratación ha sufrido grandes cambios, debido fundamentalmente a las exigencias del sistema capitalista y a la intervención del Estado en la economía.

1.1.3 De las Cláusulas Abusivas

En cuanto a las cláusulas abusivas se puede decir, que, aunque algunos tratadistas niegan el origen romanista del abuso del derecho, la mayoría sostiene que la idea sobre dicha figura jurídica ya era conocida por la legislación romana, y así mencionan varios fragmentos del digesto y algunos aforismos, que más lleva a sostener que los juristas romanos no admitían el uso de un derecho cuando éste servía para perjudicar a terceros.

En un trabajo realizado por el Doctor Ricardo Gallardo, sostiene el origen romanista de dicha teoría, y dice que “el fenómeno del abuso de los derechos proviene de que éstos desempeñan una pura función social, la cual a su vez implica una estructura netamente subjetiva. La realización de los derechos por el sujeto supone, ante todo, el mantenimiento de un cierto equilibrio entre el interés del individuo que lo ejercita y el interés de la colectividad donde se ejerce, de ahí resulta que el abuso es inminente, desde el momento que se rompe ese equilibrio y desde el instante en que el derecho se usa con un fin distinto del que le corresponde, según las miras del propio legislado”.²²

Esto que se manifiesta de un modo más claro en la época de Justiniano, ya que en el cristianismo renacieron los principios de equidad y solidaridad en el campo jurídico.

Aparte de los romanos, algunos autores sostienen que el Derecho Musulmán desarrolló en forma más amplia que el Derecho Romano, la teoría de las cláusulas abusivas debido a que en los Estados-Religiones que son los países musulmanes en lo que respecta a las instituciones jurídicas, los principios religiosos caritativos sobre la justicia, el señorío absoluto de las necesidades públicas, la preocupación constante del predominio del bien, le imparten un soplo moral al derecho y²³ una dirección evidentemente más equitativa.

Pero con eso y todo, la legislación musulmana no logra dotar de un contenido propio a la Institución que se está analizando, jurídicamente hablando.

La teoría del abuso del derecho no alcanza aún en la legislación medieval un verdadero marco jurídico que sea amplio y perfectamente definido. Empero, si se encuentra en ella

²² Ricardo Gallardo, "La Teoría Civilista del Abuso de los Derechos", Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, El Salvador No 7 (1947).

²³ Guillermo Manuel Ungo, "La Evolución Contemporánea del Derecho y la Teoría del Abuso del Derecho" (tesis doctoral, Universidad de El Salvador, Editorial Universitaria, José B. Cisneros, 1963), 72.

antecedentes más directos, como los actos de emulación o sea aquellos que no reportan una verdadera utilidad al titular de un derecho o su utilidad son tan poco apreciables que se hace uso de él, única o principalmente para causarle daño a un tercero.

Muchos consideran que estos actos llamados también actos de "chicanería" fueron permitidos en la legislación romana y otros desisten de ello. Otros consideran que en el medioevo le dieron una mayor importancia a lo que prohibían los actos emulatorios ya mencionados, determinándolo en forma absoluta en lo que respecta al derecho de propiedad.

La noción prohibitiva fue plasmada en España en la Ley de las Partidas cuando al definir la propiedad, mencionaba que era el derecho en una cosa para usar de ella, pero decía: "según Dios o según fuero".

En una sociedad como la española, organizada teniendo como centro a Dios, esa frase que se le agregó a la definición de propiedad era ni más ni menos que una prohibición expresa de los actos emulatorios.

Con la Revolución Francesa, la noción prohibitiva de los actos emulatorios, se quedó en la nada prácticamente, pues el derecho liberal como consecuencia de haber luchado contra el absolutismo político, se fue al otro extremo, concediéndole a los particulares un sin número de facultades para protegerlos de los abusos del poder público, que prácticamente dichas facultades fueron declaradas absolutas e inherentes a la persona, olvidando que esta última, así como tiene derechos, también tiene obligaciones, deberes para con la sociedad en que se desenvuelve.

Todo eso llevó como consecuencia que los logros alcanzados antes del liberalismo, no solo se estancaron, sino que sufrieron un retroceso enorme; ya que el desprendimiento de los principios morales y religiosos, para abrigarse a los postulados positivistas y racionalistas en exageración, ocasionaron una pérdida grande, que actualmente repercute en la legislación, ya que el postulado del absolutismo de los derechos se volvió norma general.

Fue hasta el Siglo XX que se originó una reacción enérgica contra la situación creada por la filosofía liberal, sufriendo en el campo jurídico grandes transformaciones, formando las bases esenciales de una doctrina bien definida que vigilara constantemente el ejercicio abusivo de los derechos, dotándola de un contenido propio que la caracteriza y la establece como tal. Los que mayormente han contribuido a esto, son los autores franceses y es a través de su doctrina que se pueden apreciar sus primeras aplicaciones, teniendo un desenvolvimiento tan amplio y profundo con Jossérand que sin lugar a duda se le considera al verdadero creador de la teoría del abuso del derecho.²⁴

Hoy en día la noción del abuso del derecho generado al momento de la implementación de las cláusulas abusivas en los contratos generales ha sido claramente establecida, señalando sus elementos característicos y sus distintos aspectos y proyecciones.

²⁴ Véase. Louis Jossérand, "El Espíritu de los Derechos y su Relatividad. La Teoría del Abuso de los Derechos", traducción española de José M. Cajica Jr., (México, 1946). Refiriéndose a las "Instituciones de Derecho Civil", Volumen II, de Ruggiero; y a "L'abus di Diritto", de Rotondi.

1.2 El Derecho de Propiedad Privada como Derecho Fundamental

El derecho de propiedad tiene su razón de ser en la satisfacción de necesidades humanas de carácter económico, es una atribución que se le otorga a toda persona, para que esta obtenga los medios materiales que le permitan cubrir sus necesidades y desarrollar una vida digna, ya que, como derecho fundamental debe garantizarse y protegerse por parte del Estado.

Los términos Propiedad o Dominio, la doctrina los califica como sinónimos, algunos autores al respecto hacen diferentes connotaciones de dichos términos, por ejemplo, el vocablo “dominio” recae especialmente sobre cosas, bienes muebles e inmuebles, y la “propiedad” es un término utilizado genéricamente.

El derecho a la propiedad se encuentra ubicado dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales se diferencian de los derechos de libertad e igualdad formal, considerados como fundamentales. La Constitución de la República en su Art. 1 establece que "El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social".²⁵ Por tal razón se debe de proteger al individuo de la especie humana para que pueda vivir con dignidad y justicia social en un bienestar económico que le garantice su "*Minimun Vitae*"; y no permitir por el contrario que se les impongan reglas o cláusulas que impidan su desarrollo o existencia.

El Código Civil, por su parte en el Art. 568 lo define: “Se llama dominio o propiedad el derecho de poseer exclusivamente una cosa y gozar y disponer de ella, sin más limitaciones que las establecidas por la ley o por la voluntad del propietario...”²⁶ al mismo tiempo asemeja los vocablos dominio y propiedad.

Alessandri y Somarriva brindan una definición de dicha figura de derecho, la cual expresa: “La propiedad es el derecho que le confiere al sujeto, el poder más amplio sobre una cosa; en principio, lo faculta para apropiarse, de forma exclusiva, de todas las actividades que el bien es capaz de proporcionar. En cambio, los demás derechos reales otorgan poderes limitados sobre la cosa; sólo autorizan aprovechamientos parciales”,²⁷ es decir que el derecho de propiedad es la capacidad de poder disponer libremente de ese patrimonio por el hecho de ser dueño de aquél.

Entonces el derecho de propiedad es el poder directo que una persona posee sobre un bien, concediéndole la potestad de disponer sin restricciones sobre el objeto adquirido. En consecuencia, el derecho de propiedad es limitado, en función de proteger el bienestar común y de las demás personas. En un sentido sociológico o político, la propiedad puede ser considerada como una institución de carácter social que engloba a los derechos y las obligaciones que definen las relaciones entre individuos y grupos.

²⁵ Constitución de la Republica de El Salvador, art. 1.

²⁶ Código Civil, art. 568.

²⁷ Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, *Derecho Civil Los Bienes y Derechos Reales. Capítulo III De la Propiedad*, 3ª Edición (Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1974), 133.

Sin embargo, la jurisprudencia internacional en materia de Derechos Humanos y la doctrina han señalado que entre ellos existe una relación intrínseca, de tal manera que no es posible disfrutar de éstos sin la garantía efectiva de aquéllos. En tal sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe anual de 1993 señaló que:

“La pobreza es en parte resultado de la insuficiente dedicación y organización del Estado para proteger y promover los derechos económicos, sociales y culturales, y cuando el Estado no garantiza los derechos económicos, sociales y culturales, está indicando una falta de garantías civiles y políticas. La capacidad de participar en la sociedad conlleva derechos civiles y políticos, junto con los derechos económicos, sociales y culturales. De ello se desprende que, sin progreso en el área de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos logrados con gran esfuerzo y sacrificio humano, siguen siendo una mera aspiración para los sectores de menos recursos y más bajo nivel de educación. En última instancia, la consolidación de la democracia representativa, neta de todos los Estados miembros, comporta el ejercicio de una participación plena por parte de todos los integrantes de la sociedad”.²⁸

Por otra parte, la consagración del derecho a la propiedad constituye en sí misma una cláusula pétrea o esencial para definir la estructura y el régimen jurídico constitucional y, al mismo tiempo, definir pautas o criterios sobre los alcances de los principios y valores establecidos en la Constitución de la República. En tal sentido, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha pronunciado que el derecho de propiedad reconocido en el Art. 2 Cn., debe entenderse como “la plena potestad sobre un bien, que a la vez contiene la potestad de ocuparlo, servirse de él de cuanta manera sea posible, aprovecharse de los productos y acrecentamientos, así como de modificarlo y dividirlo. Este derecho de propiedad, pues se concibe como un derecho real, absoluto en cuanto a su oponibilidad frente a terceros, limitándose por el objeto natural al cual se debe, que es la función social”.²⁹

Aunque el derecho a la propiedad no constituye por sí un derecho fundamental, sí puede llegar a serlo, no a partir de una consideración abstracta, sino en virtud de circunstancias específicas de su ejercicio. Para tal fin, en cada caso será necesario aplicar la suma de principios, valores y derechos constitucionales. Dicho, en otros términos, “la propiedad debe ser considerada como un derecho fundamental, siempre que ella se encuentre vinculada de tal manera al mantenimiento de unas condiciones materiales de existencia, que su desconocimiento afecte el derecho a la igualdad y a llevar una vida digna”.³⁰

“El derecho de propiedad privada tiene por objeto garantizar a las personas un ámbito de poder sobre los bienes económicos, y mediante el reconocimiento que el orden jurídico realiza de la autonomía de la voluntad, se deja normado un campo de libre actividad donde el intercambio de bienes se sustenta en la iniciativa privada, por lo que también para ejercitar las facultades a que da origen el derecho de propiedad y especialmente la de disposición resulta de notable utilidad la

²⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe anual de (1993), OEA/Ser.L/V/II.85.

²⁹ Sentencia de 26-VIII-1998, Amparo 317-97, considerando III 2, Citada por Rodolfo Ernesto González Bonilla, en “Constitución y Jurisprudencia Constitucional”, Sección de Publicaciones, 1ª Edición (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2003), 31-32.

³⁰ Aleksey Herrera Robles, “Límites Constitucionales y Legales al Derecho de Dominio en Colombia”, Revista de Derecho, Universitario del Norte, No. 20. Colombia, (2003): 69-70.

autonomía de la voluntad”.³¹ La propiedad privada en sí, es un concepto económico y del ámbito legal, lo cual es un derecho del individuo, o las organizaciones, a la posesión, el control y la disposición de un bien.

El hecho de que exista la propiedad privada supone, de hecho, la protección de las personas frente al Estado. Así, también, frente a otras instituciones en lo que se refiere a su patrimonio y sus posesiones. Este derecho, supone el pleno poder jurídico del propietario sobre lo que posee. Pudiendo emplearlo con el objetivo que este desee, ya sea para su ocio, o para darle una finalidad de explotación económica.

La propiedad privada se extiende más allá del fallecimiento del titular. Todo ello, gracias a las herencias y la legislación correspondiente a las mismas.

Con el desarrollo y la evolución, a lo largo de la historia, de diferentes teorías y modelos de pensamiento económico, la definición de este concepto se ha ido adaptando, al tiempo que ha adquirido importancia. Esto se debe, en gran parte, al papel de los derechos civiles y su desarrollo en los cambios experimentados por la sociedad a lo largo de los siglos, así como el crecimiento económico a nivel global.

1.2.1 Naturaleza Jurídica del Derecho de Propiedad

La naturaleza jurídica del derecho de propiedad es considerada real, ya que es aquel derecho subjetivo que atribuye a su titular un poder o señorío directo e inmediato sobre una cosa, que impone a todos un deber de respeto y es, consecuentemente, oponible frente a todos (*erga omnes*), lo que viene a diferenciarle, entre otras razones, de los derechos de crédito u obligación, que tan sólo son exigibles frente al deudor. El derecho de propiedad es concebido como un derecho real pleno, que puede pertenecer a un solo sujeto o a varios. Debe significarse que el derecho a la propiedad privada tiene reconocimiento constitucional, y puede recaer en la actualidad tanto sobre bienes como sobre derechos.

“La plena y perfecta propiedad confiere al dueño de una cosa, un derecho de dominio, en la cual esa cosa es suya de una manera absoluta, con excepción de las limitaciones legales y exclusivas. Ese derecho de dominio no es sino el conjunto de todos los derechos reales que pueden existir sobre una cosa que está vinculada al derecho subjetivo, donde se distingue entre los derechos reales y los derechos personales o de crédito”.³²

La propiedad es considerada entonces un derecho subjetivo aun cuando como derecho económico tiene una función social, que puede ser limitada por un interés de similar naturaleza.

Dicho derecho de propiedad se caracteriza por ser un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo.

³¹ Juan Carlos Rezzónico, *Principios Fundamentales de los Contratos*, 1ª Edición (Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1999), 205-206. Al referirse a los fundamentos de la libertad contractual, menciona dicho autor que la libertad contractual es la más importante de la autonomía privada que domina en la totalidad del derecho privado, y que dicha manifestación de libertad encuentra su fundamental justificación en la creencia de que en la economía la libre participación aumenta la responsabilidad de cada uno y se favorece con ello la formación de la propia personalidad de mejor manera que si lo fuere mediante coacción.

³² Oscar E. Ochoa G., *Derecho Civil II: Bienes y Derechos Reales*, Universidad Católica Andrés Bello (Caracas, Venezuela: Editorial Texto, C.A., 2008), 117.

El carácter absoluto del derecho de propiedad tiene dos alcances: significa que el dueño puede ejercer sobre la cosa todas las facultades posibles, y también que tiene un poder soberano para usar, gozar y disponer de ella a su arbitrio, sin que nadie pueda impedirlo. No obstante, la propiedad es el derecho pleno que puede ostentar el hombre sobre las cosas, pero nunca ha sido ni será históricamente un derecho absoluto ni ilimitado, sino que estará delimitado por el ordenamiento jurídico.

El carácter exclusivo del derecho de propiedad se encuentra en su esencia, supone un titular único facultado para usar, gozar y disponer de la cosa y, por ende, para impedir la intromisión de cualquier otra persona.

El carácter perpetuo en el dominio no está sujeto a limitación de tiempo y puede durar tanto y en cuanto la cosa esté en su poder; en sí misma no lleva una razón de caducidad, y subsiste independientemente del ejercicio que pueda hacer de él. Por tanto, el propietario no pierde su derecho, aunque no use la cosa y aun un tercero, sin la voluntad del dueño o contra ella, ejerza actos de dominio; el propietario sólo pierde su derecho si deja de poseer la cosa por el tercero durante el tiempo requerido por la ley para que éste adquiera el dominio de ella por prescripción, tal como lo establece el Art. 2231 del Código Civil que dice: “La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”.³³

De lo anterior no se debe pasar por alto, la gran importancia que tiene el tiempo como elemento común, ya que para extinguir o para adquirir, se necesita del transcurso de cierto tiempo. Ahora bien, no se debe conducir al error de creer que por el solo transcurso del tiempo se adquiere o libera, pues nada se adquiere por mucho tiempo que transcurra, sino es concurriendo también el requisito de la posesión durante ese tiempo y, por dilatado que éste sea ninguna obligación se extingue si paralelamente no se da el requisito de la inacción del titular del derecho, más otros requisitos que tanto en la prescripción adquisitiva y la extintiva exige la ley.

Por otra parte, hay que tener presente que no son objeto del derecho de propiedad los descubrimientos, inventos, innovaciones, racionalizaciones, creaciones científicas, literarias y artísticas, pues estos bienes materiales y los demás que reconoce la legislación especial tienen peculiaridades que los diferencian, debido a que no recaen sobre cosas corporales, no son perpetuos y no reúnen las condiciones que respecto a su disfrute tiene todo derecho de propiedad.

1.2.2 Modos de Adquirir el Dominio de Bienes Inmuebles

El Código Civil en su Art. 568 dispone que: “se llama dominio o propiedad al derecho de poseer exclusivamente una cosa y gozar y disponer de ella, sin más limitaciones que las establecidas por la ley o por la voluntad del propietario. La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad”.³⁴ Ahora bien, dominio y propiedad, serán consideradas como ideas equivalentes, a pesar de que para algunos existen ciertas diferencias consistentes en que la idea de dominio es más extensa que la idea de propiedad, o al hacer consideraciones no

³³ Código Civil, art. 2231.

³⁴ Ibid, art. 568.

necesariamente tautológicas, como el hecho de indicar que la “propiedad, la plena y perfecta propiedad, confiere u otorga al dueño de una cosa un derecho de dominio”.³⁵

Cuando el artículo antes referido conceptualiza la idea de propiedad, se refiere a que dicha figura es el derecho de poseer exclusivamente, porque la propiedad es el título que se alega para conservar, defender, recobrar y hacer valer la posesión; para evadir, atribuir e imponer el respeto de algo que cambia de manos, de aquello de lo cual se puede disponer según la voluntad que su titular determine. Ese derecho por el cual a veces se explota, se engaña, se ejerce violencia y se sobrepone la irracionalidad, no es más que el reconocimiento de algo que es poseído por otro y cuya posesión es reconocida con cierta generalidad equilibrada. Ese algo es un foco de poder, un poder para infundir respeto, admiración, orientación u opresión.

Entonces la propiedad tiene lugar sólo en la medida que existe un reconocimiento de la posesión adscrita al titular de ese derecho, por parte del resto de individuos que interactúan juntamente con él en el conglomerado social, pues en términos jurídicos, existe propiedad cuando la posesión de un objeto se reconoce que le pertenece a un sujeto en particular y cuya defensa legal es necesaria para que ese reconocimiento no se altere. Caso contrario, ese derecho es objeto de debate, de ahí que sea necesaria la publicidad registral.

Entonces la propiedad se representa por el título que legitima la posesión, al grado que cuando se transfiere el dominio de los bienes a través de los diferentes títulos traslaticios del mismo, es necesario destacar que el vendedor transfiere la posesión del bien al comprador, porque es necesario que el señorío que se alega sobre un objeto realmente se ejerza. Aquí tiene lugar la idea de que nadie dispone de lo que no tiene. Desde luego que esta visión no agota la totalidad de transacciones jurídicas que giran en torno a la propiedad, pero, aun así, ésta se sustenta principalmente en la idea de posesión.

El Artículo 745 C.C. arroja elementos inteligibles que permiten deducir que la posesión no discutida legitima la propiedad. Ahora bien, este es un orden legal institucionalizado en el devenir histórico de la humanidad, porque el origen de la propiedad está íntimamente vinculado a la explicación del poder, a la apropiación natural de los objetos, al reconocimiento por parte de los semejantes de que esa apropiación es legítima; porque nadie, ordinariamente, quiere obtener el pleno dominio de los bienes para que otros aleguen la propiedad de ellos.

“El derecho de propiedad no existe sólo porque la ley lo protege, ni porque el individuo simplemente se lo auto atribuye, sino también porque el orden social de los pares lo avalan y se someten a las consecuencias que la Ley dispone. Todo este juego de significaciones interactivas lo que hace es concentrar poder, porque en el reconocimiento de que un objeto le pertenece a un individuo en particular existe una forma de disciplina, un poder para congelar la conducta desviada que atenta contra la integridad de la posesión. Por ello, lo que el Derecho debe hacer, más que proteger el orgullo individual de poseer, es proteger que aquel sistema ordenado que reconoce las posesiones no sea alterado por un individuo en contra de la colectividad que lo reconoce, porque

³⁵ Oscar E. Ochoa G., *Derecho Civil: Bienes y Derechos Reales*, 117.

la propiedad, en este sentido, tiene un alcance social “esto es mío porque me pertenece y porque los demás lo reconocen. Esta es la visión socialmente legítima de la propiedad”.³⁶

Dicho lo anterior, se puede determinar que “Los modos de adquirir el dominio son ciertos hechos materiales a los cuales la ley les atribuye la virtud de hacer nacer o traspasar el derecho de dominio”.³⁷

El Código Civil no enumera en un solo artículo los modos de adquirir los bienes, por lo que se enumeran por medio de sus títulos, los cuales no se encuentran todos en orden sucesivo, así pues, el Código admite los siguientes modos de adquirir: De acuerdo con los modos originarios lo son: La Ocupación, que se encuentra en el Título IV del Art. 587 C.C., la Adhesión que se encuentra en el Título V del Art. 624 C.C., la Prescripción que se encuentra en el Título XLII del Art. 2237 C.C., en relación con el Art. 2231 C.C.; y según los modos derivativos lo es la Tradición que se encuentra en el Título VI del Art. 651 C.C. De todos los antes mencionados se hará énfasis al modo de adquirir de la tradición.

Por medio de los modos de adquirir pueden nacer o traspasarse derechos cualesquiera que estos sean, lo único que si pudiese cambiar es el modo que se ocupe, y esto es así, ya que por medio de ellos se pueden adquirir otros derechos y no sólo reales, sino que también personales; asimismo existen los modos de extinguir los derechos como los personales, tal es el caso de la prescripción. Pero esta investigación se enfocará en los modos que son eficaces para adquirir derechos reales como lo es la tradición.

El Art. 651 C.C. por su parte nos da un concepto de lo que es la tradición, y dice: “La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo”.³⁸

El contrato donde más se pone en práctica la tradición es en el contrato de compraventa así, el que vende una cosa se encuentra en la obligación de transferir la propiedad de ella, en cambio al otro le nacerá la obligación de pagar el precio establecido de antemano, el cual será el equivalente a la cosa que se compra.

Por ello existen requisitos indispensables para que surta efecto la tradición, y estos son:

1. Que exista la presencia de dos personas, en donde una transfiere y la otra adquiere, por lo que la tradición supone la entrega de la cosa.³⁹

2. Que exista consentimientos de estas dos personas, pudiéndose verificar la entrega por cualquier otra persona (no sólo por el propietario, pudiendo ser un apoderado o representante legal

³⁶ Cristian Palacios, “El Derecho de Dominio o Propiedad”, Revista Jurídica Digital Enfoque Jurídico. (01 de octubre de 2015). <http://www.enfoquejuridico.info/wp/archivos/3937>.

³⁷ Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, *Curso de Derecho Civil*, Tomo No. 451, 2a. Edición, 1940, 255.

³⁸ Código Civil, art. 651.

³⁹ Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, *Curso de Derecho Civil, los Bienes y los Derechos Reales*, 2a. Edición, 1974, 322.

según el caso). Asimismo, puede hacerla el propietario o cualquier otra persona que se crea con derecho.

3. La existencia de un título traslativo de dominio, ya que la entrega tiene la estricta finalidad de ser traslativa, por ende, debe tratarse de un acto traslativo, existiendo el ánimo del que entrega de transferir y del que recibe de adquirir el derecho; derecho que no siempre es el de propiedad, puede ser de usufructo.

4. Finalmente, es un medio ordinario de adquirir la propiedad entre vivos. La tradición, es por eso un modo derivado de adquirir el dominio; sólo que opera entre personas vivas, por acto jurídico, con la modalidad de hacerlo por causa de muerte por disposición expresa de ley.

Por otra parte, existen características de la tradición, entre las cuales se pueden mencionar:

a) Es un modo de adquirir derivativo, el dominio no nace con el adquirente, sino que viene de otra persona, que es el tradente. En esto se parece a la sucesión por causa de muerte y se diferencia, al mismo tiempo, de la ocupación y de la accesión,

b) No solo sirve para adquirir el dominio, sino también todos los derechos reales y personales,

c) Por regla general, es un modo de adquirir a título singular. Pero hay una excepción: la tradición del derecho de herencia, caso que es a título universal,

d) Es un modo de adquirir que puede ser a título gratuito o a título oneroso,

e) Es un modo de adquirir que opera entre vivos,

f) Es una convención,

g) Se considera como un modo de extinguir el dominio que tiene el tradente al momento de entregar la cosa al adquirente.

1.2.3 Principio de Libertad de Disposición de los Bienes

El propietario de un bien es aquella persona que puede a su exclusiva voluntad, vender, donar o enajenar lo que él tiene, es decir, puede libremente disponer de sus bienes por actos jurídicos. Este acto no tiene por objeto la cosa misma, sino el derecho sobre la cosa, ya que cuando se vende o se dona, se transmite a otro el derecho de propiedad mismo, lo cual conlleva a la transmitir material de la cosa. Por tanto, todo propietario tiene el derecho sustancial de transferir su propiedad a un tercero, ello se sustenta en que el derecho de disposición constituye la esencia misma de la propiedad, que se vincula estrechamente con la libre circulación de los bienes.

Existen principios mediante los cuales se crean derechos reales (principio de legalidad), se establece la libertad de disponer de la propiedad (principio de libertad de contratación) y se establece límites a la propiedad (restricciones al derecho de propiedad).

El principio de legalidad: es el que informa y determina la manera en la cual las partes deben concurrir a la celebración del contrato, respetando el orden jurídico en su totalidad.

El principio de la libre contratación o libertad de contratación: “es el derecho que tienen las personas para decidir celebrar contratos y con quién hacerlo, así como la libertad para determinar el contenido de estos. Por consiguiente, las personas son libres para negociar la celebración de sus contratos (libertad de contratar entre los sujetos) y las condiciones, limitaciones, modalidades, formalidades, plazos, y demás particularidades que regirán la relación jurídica creada por el contrato (libertad contractual sobre los objetos)”.⁴⁰ La libertad de contratación está sostenida doctrinalmente en la libertad individual y la autonomía de la voluntad, en la actualidad es reconocida como un derecho fundamental, sin embargo se encuentra limitada y regulada por la legislación nacional.

1.3 Ejercicio y Restricciones al Derecho de Propiedad Privada

Mediante el ejercicio del derecho de propiedad, el titular de un bien puede realizar actos materiales y actos jurídicos:

a) Actos Materiales: Se refieren a la libertad que tiene el propietario de usar, gozar y disfrutar de sus bienes siempre dentro de los límites y restricciones que impone la Ley. Estos actos recaen sobre la misma cosa, dentro de los cuales -límites y restricciones- se pueden enunciar las construcciones con permisos municipales, la expropiación en caso de utilidad pública y el patrimonio cultural.

b) Actos Jurídicos: Se refieren a los actos de disposición de la cosa, es decir a las formas de transferencia de la cosa, sea en forma total o parcial. Estos actos afectan los derechos que se tiene sobre la cosa.

Por el contrario, las restricciones implican en realidad ciertas limitaciones al pleno ejercicio del derecho de propiedad de los bienes inmuebles porque si bien la propiedad es absoluta en cuanto es oponible a terceros, pero es relativa en cuanto a su ejercicio.

Las limitaciones al libre ejercicio de la propiedad son de doble índole: impuestas por el Estado que son las legales y las impuestas por voluntad exclusiva de su titular que son las convencionales.

Las restricciones legales de la propiedad son aquellas limitaciones al libre ejercicio del derecho de propiedad preferentemente inmuebles, impuestas por el Estado para salvaguardar el interés colectivo de la sociedad. Se imponen por razones de necesidad y utilidad pública (expropiación para abrir o ensanchar calles, o las zonificaciones) y por interés social (salubridad), las cuales se condensa en el fin último que es el bien común. Estas limitaciones tienen carácter imperativo ya que prohíbe modificarse o suprimirse por acto jurídico.

⁴⁰ Paula Silva Barroilhet, “Autonomía de la Voluntad y Fuerza Obligatoria de los Contratos”, Revista Chilena de Derecho Informático, No. 3 (diciembre de 2003), 113-137.

En cuanto a las restricciones convencionales de la propiedad, conforme su propio nombre lo indica, son impuestas por voluntad exclusiva del titular del bien, en mérito al ejercicio natural de los atributos que le son inherentes y con el fin de satisfacer sus intereses netamente privados.

1.3.1 Clasificación de las Restricciones al Derecho de Propiedad

El derecho de propiedad en general está sujeto a varias limitaciones que restringe su ejercicio normal, entre estas se encuentran:

A) Restricciones legales o administrativas. Son aquellas limitaciones al libre ejercicio del derecho de propiedad. Este tipo de restricciones son las que están establecidas por Ley y por tanto tiene el carácter de ser generales, y así se pueden enumerar:

a) Restricciones por la expropiación, que está enmarcada dentro del orden económico en el Art. 106 Cn. que dice: “La expropiación procederá por causa de utilidad pública o de interés social, legalmente comprobados, y previa una justificación”,⁴¹ revela el interés social como causa expropiante, que responde a la idea de que el individuo es parte esencial de la sociedad, además de ser un concepto amplio basado en el beneficio colectivo. No solo es un medio para realizar obras públicas, sino que se debe tomar como instrumento para resolver graves problemas que afectan a los pueblos.

La Constitución de la República, en el Art. 2, asegura la propiedad privada, y además regula el principio de que la propiedad debe de cumplir una función social por el cual en su Art. 103, establece que el Estado, puede verse en la necesidad de expropiar la propiedad privada, ya sea para el cumplimiento de sus múltiples funciones, o para satisfacer las exigencias de la defensa de su soberanía, o bien simplemente para cumplir sus fines; de ser así, se considera un acto legítimo por parte de éste y se justifica por cuanto que, primero hay que anteponer el interés general sobre el interés individual.

Cuando la propiedad privada, resulta ser un obstáculo para el cumplimiento de la actividad pública, resulta legítimo entonces el sacrificio de los derechos privados, para asegurar el bienestar colectivo; todo esto bajo la premisa de que la propiedad privada debe ceder, cuando medie utilidad pública o interés social.

La expropiación, como institución de Derecho Público, resulta necesaria para el cumplimiento de los fines del Estado; tampoco se trata de dejar que el Estado actúe a su arbitrio y con ello desproteger la propiedad privada, lo que se pretende, es que ésta cumpla con la función social.

b) Restricciones por seguridad y salud pública. Se refiere a la seguridad industrial ya que ciertas industrias no pueden ser instaladas sino son en zonas de tal naturaleza a efectos de no provocar daños nocivos a la colectividad, en donde se debe destacar tres aspectos cruciales por la importancia para la gestión ambiental, y estos son: primero, es el referido al proceso de evaluación ambiental, el segundo, al manejo sostenible de los ecosistemas, y, el tercero, a la responsabilidad ambiental.

⁴¹ Constitución de la República de El Salvador, art. 106.

c) Restricciones por economía social y categoría de las construcciones. Esta se encuentra fundada en los ordenamientos jurídicos y técnicos de las municipalidades y ordenanzas de control y aprobación de permisos de construcción basado en un plan maestro de desarrollo urbano. Sin embargo, han existido proyectos de expansión en la construcción de viviendas en las principales ciudades, donde se continúa multiplicando en forma desordenada, sin tomar en cuenta la vocación de uso de los suelos, motivados principalmente por la obtención de ganancias para las empresas financieras y constructoras, sin mayor motivación para resolver el ancestral problema de déficit habitacional, lo cual profundiza la vulnerabilidad social y ambiental de sus respectivas jurisdicciones.

Existen viviendas construidas en las riberas de ríos, en zonas de mayor inestabilidad de los suelos, laderas y taludes, lo que ha aumentado la vulnerabilidad de viviendas y fincas ubicadas en faldas y zonas elevadas de los mismos, lo que representa un peligro a los habitantes por posibles derrumbes, es por ello que debería ejercerse mayor control por parte del Estado o de las Municipalidades a fin de prohibir en determinadas zonas las construcciones de proyectos habitacionales por ser zonas de alto riesgo de ocupación del suelo, sequía urbana y contaminación de las fuentes de agua por vertidos líquidos industriales.

El riesgo, o la probabilidad de daños y pérdidas, es un concepto fundamental que supone la existencia de dos factores: amenazas y vulnerabilidades. Para que haya amenaza tiene que haber vulnerabilidad.

d) Restricciones de defensa nacional. Están referidas a las propiedades del ejército nacional con referencia a los particulares. Es así como no se puede construir viviendas cerca de guarniciones militares, polígonos de tiro, o armerías del ejército.

e) Restricciones por monumentos, construcciones históricas y obras artísticas. Cuando una de estas propiedades enaltece el patrimonio cultural o histórico de la nación, se restringe su enajenación y hasta su propio ejercicio de uso, goce y disfrute, tal como lo establece la Ley Especial al Patrimonio Cultural de El Salvador, que tiene como finalidad regular el rescate, investigación, conservación, protección, promoción, fomento, desarrollo, difusión y valoración del patrimonio o tesoro cultural salvadoreño. Así la Ley Especial al Patrimonio Cultural de El Salvador en su Art. 12 dice: “La transferencia de la propiedad o posesión de los bienes culturales deberá hacerse llenando los requisitos y formalidades exigidos en esa ley, Siendo ilícitas y nulas las transferencias que se hagan en contravención a ella”.⁴²

f) Restricciones por obras y trabajos perjudiciales al vecino. El propietario debe abstenerse de realizar construcciones tales como cavar pozos, zanjas, hornos, o depositar materiales corrosivos cerca a la pared medianera. Es decir, toda obra que se efectuó no debe perjudicar al vecino bajo el principio de reciprocidad de respetos. Asimismo, el propietario al realizar una construcción, ampliación o remodelación de un inmueble debe adoptar medidas y precauciones para no obstaculizar el paso, y así no causar riesgo o peligro a los vecinos en su seguridad física, personal y a las demás viviendas, evitando que los residuos de materiales de

⁴² Ley Especial al Patrimonio Cultural de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1993), art. 12.

construcción afecten a los vecinos y las alcantarillas públicas, tal como lo dispone el Art. 25 de la Ley Marco para la Convivencia Ciudadana y Contravenciones Administrativas.⁴³

g) Restricciones por constitución de servidumbres. Esta grava parcialmente el inmueble sirviente, y tiene su base para que una persona obtenga una determinada utilidad de la propiedad ajena sin estar ella recíprocamente afectada, la cual debe ser consentida forzosamente por el dueño del inmueble gravado, es decir que el titular de un inmueble dominante está facultado para utilizar de cierta manera el inmueble sirviente.

Ejemplos de esto se encuentra en la Ley de Constitución de Servidumbre para las Obras de Electrificación Nacional, en su Art. 3, que establece que: “Los inmuebles sobre los que se haya constituido servidumbre voluntaria o forzosa en una porción donde ésta se ejerza, estarán sujeto a las siguientes limitaciones: a) A que los empleados o contratistas de CEL, podrán transitar sobre la porción en que aquella ejerce, para la construcción, custodia, mantenimiento y reparación de las líneas de transmisión y distribución; b) Los propietarios de los inmuebles no podrán laborar la porción en que se ejerza la servidumbre, con cultivos que por su naturaleza perjudiquen su natural ejercicio; y c) No se podrá hacer fuego en la porción de los inmuebles sobre los que se hubiese constituido el gravamen, ni en los colindantes, sin hacer previamente una roza de tres metros de ancho, por lo menos a cada lado de la porción gravada”.⁴⁴

B) Restricciones civiles. Estas pueden ser a su vez positivas o activas y negativas o pasivas:

Positivas o activas

a) Deslinde y amojonamiento. El deslinde es el procedimiento en virtud del cual se delimitan los fundos de conformidad a los planos o informes topográficos y puede ser por la vía judicial o extrajudicial. El amojonamiento es la señalización de los puntos angulares de los mismos.

b) Cerramiento o cercado. Es el levantamiento de muros sobre el límite de cada propiedad inmueble de manera que interiormente la extensión de fundo queda determinada, es un cerramiento del fundo.

Negativas o pasivas

a) Régimen de aguas. El propietario debe construir sus techos de manera que las aguas pluviales caigan sobre su fundo o sobre la vía pública, no podrá hacer caer tales aguas al fundo vecino, lo contrario sería sujeto de pago de daños y perjuicios. Son las denominadas servidumbres naturales a que se refiere nuestro Código Civil en su Art. 880 que dice: “No hay servidumbre legal de aguas lluvias. Los techos de todo edificio deben verter sus aguas lluvias sobre el predio a que

⁴³ Ley Marco para la Convivencia Ciudadana y Contravenciones Administrativas (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2011), art. 25.

⁴⁴ Ley de Constitución de Servidumbre para las Obras de Electrificación Nacional (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1997), art. 3

pertenecen, o sobre la calle o camino público o vecinal, y no sobre otro predio, sino con voluntad de su dueño”.⁴⁵

b) Régimen de vistas y luces. Se deben respetar las luces y vistas de los vecinos porque no se puede violar la intimidad del fundo vecino, entonces se aplican ciertas restricciones en cuanto a las ventanas que pueden abrirse en las paredes medianeras y divisorias, además obviamente de cumplir con la normativa municipal de construcciones. Así como lo regula el Art. 875 del Código Civil, que dice que “el dueño de una pared divisoria, no medianera, puede abrir ventanas o claraboyas para dar luz a su vivienda, sujetándose en favor del predio vecino a las condiciones siguientes: 1° Las ventanas o troneras estarán guarnecidas de rejas de hierro o de una red de alambre cuyas mallas tengan a lo más seis centímetros de abertura; y 2° La parte inferior de las ventanas o troneras distará del piso de la vivienda a la cual se quiera dar luz, no menos de dos metros cincuenta centímetros”.⁴⁶

c) Plantación de árboles y arbustos. Todos los propietarios pueden plantar árboles y arbustos en sus propiedades, pero bajo las condiciones que establece el Código Civil siempre velando el interés del fundo vecino que no puede ser perjudicado por esas plantaciones.

C) Restricciones convencionales de la propiedad (Clausula de inalienabilidad), conforme su propio nombre lo indica, son impuestas por voluntad exclusiva del titular del bien, en mérito al ejercicio natural de los atributos que le son inherentes y con el fin de satisfacer sus intereses netamente privados, es decir en forma convencional, las partes pueden realizar ciertas conductas o abstenerse de ellas. Es así como existe una orden convencional denominada cláusula de inalienabilidad, la misma que establece que por voluntad, las partes se comprometen a no vender un bien por un determinado tiempo y bajo un interés legítimo, aclarando que esta cláusula no puede ser perpetua sino temporal.

Este tipo de restricción es aplicable en nuestro medio en razón que es un elemento accidental de los contratos, que pueden estar presentes por voluntad de las partes en un determinado contrato y su presencia no es esencial ni determinante para que pueda hablarse de un contrato válido; en el mismo las partes establecen a través de cláusulas especiales la condición y el término que no deben ser contrarias a la ley, la moral, las buenas costumbres o el orden público.

1.3.2 Justificación a las Restricciones del Derecho de Propiedad

Las restricciones al derecho de propiedad tienen cierto justificativo, lo cual se explica a través de las siguientes teorías:

a) Teoría del abuso del derecho de propiedad: El derecho de propiedad como ya se dijo es absoluto en cuanto al mismo derecho, pero relativa en su ejercicio, ya que la propiedad debe respetar los límites que la ley establece y el interés de la comunidad, porque no se puede abusar del derecho de propiedad bajo el pretexto de ser propietario de una cosa, así por ejemplo se encuentra la construcción de una chimenea baja ocasionando humo a la propiedad vecina.

⁴⁵ Código Civil, art. 880.

⁴⁶ Ibid, art. 875.

Se denomina abuso del derecho a la situación que se produce cuando el titular actúa de modo tal que su conducta concuerda con la que concede la facultad, pero su ejercicio resulta contrario a los fines del ordenamiento jurídico y excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres o los fines sociales y económicos del derecho. Cuando se da esta situación es tarea de los jueces evaluar en cada caso concreto si existió una verdadera conducta lesiva y, si corresponde, procurar una *actio in rem verso*, debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización a favor de quien resultare perjudicado.

El abuso del derecho se ha convertido en un principio y consiste en evitar que se ejercite el derecho de forma que cause perjuicio a un tercero sin una finalidad legítima o con intención de producir daño a otro; se trata de una vulneración del principio de la buena fe.

El abuso de derecho no es más que el ejercicio del derecho de propiedad excediendo los límites fijados por la buena fe o por el fin por el que ese derecho se constituyó, causando perjuicio a tercero y sin utilidad para el titular del derecho de propiedad.

“El propietario abusa de su derecho siempre que realiza un acto inútil para él y perjudicial para otros. Abusa también de su derecho el propietario cuando hace excavaciones con el fin único de secar el manantial que aprovecha el propietario del fundo contiguo. Entraña otro abuso del derecho, cuando un vecino, para obligar al suyo a adquirir su terreno, instala en este terreno un dispositivo inútil que perjudique la explotación de un cobertizo establecido en el inmueble colindante”.⁴⁷

b) Teoría del daño temido o del riesgo creado. Establece que una persona que crea un riesgo, aun con interés legítimo debe responder por los posibles efectos perjudiciales. Ejemplo de ello se encuentra en la plantación de árboles fuera de las distancias que establece la Ley Marco para la Convivencia Ciudadana y Contravenciones Administrativas, en su Art. 22 Lit. i) que dice: “Son deberes de toda persona natural o jurídica, con el medio ambiente: i) Conservar los árboles existentes en su propiedad, debiendo asegurar que éstos no afecten propiedad y servicios públicos o privado” y el Art. 28 Lit. b) dice: “El incumplimiento por persona natural o jurídica de las normas de convivencia establecidas en la presente Ley, darán lugar a contravención, que deberán ser ventiladas por el Delegado de cada municipio y se basarán en el debido procedimiento administrativo sancionatorio, para la imposición de cualquiera de las sanciones siguientes: b) Reparación de los daños”.⁴⁸

La teoría del riesgo creado es una fuente de obligaciones reconocida en algunos códigos de este siglo, en el cual, aquel que hace uso de cosas peligrosas, debe reparar los daños que cause, aun cuando haya procedido lícitamente. En el caso de la responsabilidad objetiva, se parte de la hipótesis de que la fuente de obligaciones es el uso lícito de cosas peligrosas, que, por el hecho de causar un daño, obligan al que se sirve de ellas, que puede ser el propietario, el usufructuario, el arrendatario, o el usuario en general, a reparar el daño causado.

⁴⁷ Darío Rodríguez Llerena, *El Abuso del Derecho*, Universidad Católica del Perú, (Perú: 1940), 411.

⁴⁸ Ley Marco para la Convivencia Ciudadana y Contravenciones Administrativas, arts. 22 Lit. i), y 28 Lit. b).

Elementos de la responsabilidad objetiva.

Los elementos que podemos precisar en esta nueva fuente, producto principalmente del maquinismo y de la industria moderna, para que nazca la responsabilidad son los siguientes:

- a) El uso de cosas peligrosas o el ejercicio de actividades reputadas por la Ley como peligrosas.
 - b) La existencia de un daño de carácter patrimonial.
 - c) La relación de causa o efecto entre la cosa o actividad peligrosas y el daño causado.
- No se toma en cuenta en esta teoría el elemento subjetivo de la culpa imputable al agente.

Se parte exclusivamente de esta relación causal entre el hecho, o sea, el uso de cosas peligrosas, y el daño producido, se le ha llamado teoría de la responsabilidad objetiva, para distinguirla de la responsabilidad subjetiva, en la cual se parte de un elemento estrictamente personal, o sea, la negligencia, la culpa o el dolo.

Por otra parte, hay cosas que por su naturaleza inflamable o explosiva son de muy peligroso manejo y aunque se proceda cuidadosa y diligentemente, pueden producir efectos dañosos no sólo para el que los usa, sino también para los demás, creando así un riesgo para todos.

1.3.3 Características comunes de las Restricciones al Derecho de Propiedad

Las restricciones más comunes tienen las siguientes características:

a) Reciprocidad: Esta fundada en la responsabilidad de la propiedad, ya que las restricciones son de orden general, porque no puede haber restricciones para un propietario y para otro no. Las restricciones son para todos por igual, sin excepción; cada uno controla a sus vecinos en cuanto a su propiedad y también controla sus propios actos en cuanto a la propiedad vecina.

b) No indemnización: Las restricciones al derecho de propiedad no tienen carácter indemnizable, es decir si un propietario limita su derecho de propiedad ya sea por disposición de la Ley o por acuerdo convencional, no puede exigir una recompensa económica salvo en el caso de la expropiación realizada por el Estado en interés de la comunidad.

c) Las restricciones son inmanentes al derecho mismo: Se refieren a que van unidas al derecho de propiedad, porque si bien se limita en cierta medida a dicho derecho, a su vez están limitando a que sus vecinos o terceros abusen o se excedan a realizar actos en contra de la propiedad ajena. Así por ejemplo una persona no puede realizar construcciones fuera de su heredad y si lo hace, no se librá pagando una multa, sino que además de ello tendrá que destruir tal construcción y construir conforme corresponde a Ley. El Código Civil por su parte en el Art. 859, otorga el derecho de elevar la pared medianera, en cuanto lo permitan las ordenanzas generales o locales, lo cual es complementado con lo dispuesto en la Ley de Urbanismo y Construcción en su Art. 9 que dice: “Las Alcaldías respectivas, al igual que las autoridades del Ministerio de Obras Públicas, estarán obligadas a velar por el debido cumplimiento de lo preceptuado por esta Ley; debiendo proceder según el caso, a la suspensión o demolición de obras que se estuvieren realizando en contravención de las leyes y reglamentos de la materia, todo a costa de los

infractores, sin perjuicio de que la respectiva Alcaldía Municipal les pueda imponer por las violaciones a la presente Ley y Reglamento, multas equivalentes al 10% del valor del terreno en el cual se realiza la obra, objeto de la infracción”.⁴⁹

d) Son objetos de adquisición por usurpación. Mas, precisamente esta parte se refiere a las servidumbres, las cuales son una restricción al propietario que puede perder su derecho en el plazo de diez años si los vecinos utilizaron tal servidumbre todo ese tiempo sin que el dueño haya ejercido su derecho, perdiendo así su derecho de cerrar tal paso de servidumbre, aclarando que no pierde su derecho al uso de la servidumbre, tal como lo refiere el Art. 887 inc. 1° ordinal 5° del Código Civil que dice: “la servidumbre se extinguen: Por haber dejado de gozar durante diez años, contados de la manera prevenida en el Artículo 2247”.⁵⁰

Teniendo por establecidas las restricciones anteriores, es necesario distinguir claramente la diferencia entre límites y limitaciones.

Los límites del dominio configuran y determinan el contenido del derecho de propiedad privada, es decir, delimitan el ámbito de poder jurídicamente protegido que el ordenamiento jurídico reconoce al titular del derecho de propiedad, de manera que, más allá de los límites no hay propiedad, no hay actuación lícita del propietario en cuanto tal. Así, los límites configuran el contenido normal del dominio y se basan, según doctrina comúnmente aceptada, en criterios de interés público (medio ambiente, urbanismo...) o en el necesario equilibrio y ponderación de intereses entre los distintos propietarios cuyas propiedades son vecinas.

El límite no restringe ni constriñe el contenido de la propiedad, sino que lo configura: Determina los confines del derecho o el ámbito de protección de la actuación y de los intereses del propietario y, por tanto, del ejercicio de su facultad de exclusión de los demás en la aprehensión de las cosas. Por tanto, el límite de la propiedad no significa que el ordenamiento jurídico reduzca las facultades normales del propietario sobre la cosa, sino que, no reconoce, ni siquiera al propietario, la posibilidad omnímoda de hacer o de dejar de hacer todo lo que quiera con las cosas que le pertenecen.

Así, los límites se definen como internos, institucionales a la figura del derecho de propiedad, no indemnizables, generales, iguales y unilaterales. Se imponen, *ex lege* a todo propietario por igual, de manera que no precisan título ni prueba de su existencia.

En cambio, las llamadas limitaciones son reducciones del contenido de la propiedad en casos singulares, de manera que constriñen el contenido normal de la propiedad determinado previamente por los límites. Según la doctrina, las limitaciones son reducciones del ámbito de poder normal del propietario que tiene carácter externo al derecho como tal, circunstancial o temporal, singular y bilateral. Por tanto, mientras que el límite es interno, normal, general e igual para todos los propietarios de la misma categoría de bienes, conformando su propiedad, la limitación es externa, excepcional, singular, y, por tanto, no igual para todos los propietarios.

⁴⁹ Ley de Urbanismo y Construcción (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1951), art. 9.

⁵⁰ Código Civil, art. 887 inc. 1° No. 5°.

Además, la limitación es indemnizable; no lo es, en cambio, el límite. Por su parte, Albaladejo ha distinguido entre:⁵¹

1. Límites: Por razón de interés público; y por razón de interés privado (entre éstos, las relaciones de vecindad y los derechos reales de adquisición preferente de origen legal).

2. Limitaciones, entre las que consigna los derechos reales limitados de origen no legal, las servidumbres administrativas y las prohibiciones de disponer.

Otros autores distinguen entre limitaciones genéricas o institucionales y limitaciones específicas. Aquéllas tienen su origen en la naturaleza del derecho de propiedad y son intrínsecas; éstas, en cambio, derivan del objeto concreto de un determinado derecho de propiedad, fundamentalmente si se trata de inmuebles. Así, éstas son extrínsecas al derecho de propiedad.

Por otra parte, la presunción de libertad del dominio se refiere a las limitaciones, no a los límites que no precisan un acto de imposición sino la determinación normativa, las cuales, por tanto, deben ser probadas por quien las invoca y precisan un acto determinado de imposición.

Estos límites de la propiedad se presentan como límites concretos, determinados para cada propietario, de manera que son plurales y distintos según la propiedad que configuran. De este modo, la propiedad urbana presenta unos límites que no afectan a la propiedad rústica, la cual conoce sus propios límites, que son distintos a su vez de los derivados de la propiedad de las aguas o los impuestos por la legislación medio ambiental. Entre los límites por razón de interés público destacan hoy en día los que se refieren a la propiedad urbana edificable y los que afectan a la propiedad rústica cultivable, de manera que en algunos países conforman los llamados estatutos propietarios fuertemente determinados en su contenido por la función social.

Dichos estatutos podrían definirse como el conjunto de reglas o normas existentes en una comunidad de propietarios que regulan el uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones.

1.4 Limitaciones al Derecho de Dominio derivadas del Derecho Privado

El derecho de propiedad no tiene un carácter absoluto, su ejercicio se encuentra limitado por la función social, que permite imponer limitaciones o, incluso privaciones, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la ley.

“La propiedad debe ser concebida como un medio para que el sujeto lleve a cabo una actuación en si misma limitada. Debe responder a un fin racional. El contenido normal del derecho de la propiedad debe marcarse, no solo positivamente enumerando facultades, sino negativamente, mediante la indicación de lo que no alcanza. Hacer esto, es fijar los confines del dominio, hasta dónde alcanza. Para ello se ha distinguido entre límites y limitaciones”.⁵²

⁵¹ Manuel Albaladejo García. *Derecho Civil III, Derecho de Bienes*, 12a Edición (Barcelona, España: Editorial Edisofer, 2016).

⁵² Santiago Carretero Sánchez, “La Propiedad, Bases Sociológicas del Concepto en la Sociedad Postindustrial” (tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, España, 1994), 52.

El límite se entiende como el punto normal hasta dónde puede llegar el poder del dueño, de alguna manera supone el régimen ordinario de restricciones a que está sometido el poder. Se parte de una base para su mantenimiento cual es que todos los derechos y principios, libertades incluso constitucionales no son absolutos e ilimitados, sino que tienen límites.

Las limitaciones, por el contrario, pueden proceder de muchas causas y reducen el poder que normalmente dentro de los límites tiene el propietario sobre la cosa. Las limitaciones son la subestructura de los límites. No interesa tanto llegar a una descripción de cuáles son los límites y limitaciones, pues se tiene el peligro de dejar algunas sin mencionar, cuanto poder basar desde la filosofía jurídica el papel de estos límites y limitaciones.

La doctrina moderna hace diversos planteamientos del tema. Diez-Picazo y Gullón sólo consideran las limitaciones como relevantes. Mas también hablan de límites refiriéndose a “que la propiedad, como todo derecho subjetivo, tiene unos límites que llama genéricos: Los que prohíben el abuso del derecho y el ejercicio de mala fe. Estos límites genéricos, que obligan al juzgador a la concreción en cada caso de lo procedente o improcedente de las actuaciones del propietario; para ello tendrá que tomar en cuenta las concepciones ideológicas y económicas que en la sociedad observa”.⁵³

Las limitaciones al dominio afectan el ejercicio de sus facultades inherentes, pero no la esencia de este. Jorge Precht, señala que las limitaciones al dominio son “aquellos deberes no indemnizables que impone la ley a los propietarios en relación con el ejercicio de su derecho de propiedad, derivados de la función social de este último y que no pueden vulnerar la esencia de los atributos y facultades dominicales”.⁵⁴

Las limitaciones al dominio han sufrido distintas clasificaciones por parte de la doctrina. Sin embargo, sólo nos referiremos a la clasificación genérica realizada por Arturo Alessandri y Antonio Vodanovic.⁵⁵ Esta distingue entre:

Restricciones genéricas: Que nacen del concepto y naturaleza misma del derecho de propiedad. Pueden ser de naturaleza positiva, que afectan el ejercicio del dominio y se encuadran en la teoría del abuso del derecho, o de naturaleza negativa, que limitan la facultad de excluir.

Restricciones específicas, legales o por razón del interés social: Que son establecidas por causas externas a la naturaleza intrínseca del derecho de propiedad, y siempre obedecen en último término a la función social de la propiedad.

La Constitución de la República de El Salvador, reconoce y garantiza la libertad de disposición en su Artículo 22 Cn. que dice: “Toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes conforme a la Ley. La propiedad es transmisible en la forma que determinen las leyes”⁵⁶ y en su Artículo 23 Cn. dice que: “Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes.

⁵³ Luis Diez Picazo y Ponce de León, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. 1 (Madrid: Editorial Tecnos, 1988), 579.

⁵⁴ Jorge Precht, Rajevic Máster Enrique, “Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada”, *Revista Chilena del Derecho*, Vol. 23, Santiago de Chile, N° 1 (1996), 46.

⁵⁵ Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de los Derechos Reales*, 6a Edición (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997).

⁵⁶ Constitución de la Republica de El Salvador, art. 22.

Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles”.⁵⁷

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que “el derecho de propiedad es la facultad que posee una persona para disponer libremente de sus bienes, en el uso, goce y disfrute de los mismos, sin ninguna limitación que no sea generada o establecida por la ley o por la Constitución...”,⁵⁸ la doctrina ha establecido, en términos generales, que la palabra propiedad se toma a veces en sentido objetivo para designar el objeto que pertenece a alguna persona y otras veces se toma en sentido de dominio, significando no la cosa, sino el poder jurídico que sobre la misma se ostenta.

La Sala ya mencionada, reconoce, que tanto la Constitución como las leyes secundarias y leyes especiales, pueden establecer limitaciones o restricciones para el ejercicio del derecho de propiedad. La ley dispone que los objetos sobre los que se pretende ejercer el dominio sean susceptibles de ser apropiados, es decir, la licitud en cuanto a su origen o en cuanto a su destinación.

Por su parte el Código Civil consagra la libertad de disposición en diferentes preceptos legales, en el Artículo 773 C.C, “Se prohíbe constituir dos o más usufructos sucesivos o alternativos. Si de hecho se constituyeren, los usufructuarios posteriores se considerarán como sustituidos, para el caso de faltar los anteriores antes de deferirse el primer usufructo. El primer usufructo que tenga efecto hará caducar los otros, pero no durará sino por el tiempo que le estuviera designado”,⁵⁹ el Artículo 1103 C.C., en las asignaciones a título singular, nos expresa: “Si se lega una cosa, con calidad de no enajenarla, y la enajenación no comprometiére ningún derecho de tercero, la cláusula de no enajenar se tendrá por no escrita”,⁶⁰ el Artículo 1752 C.C, preceptúa lo siguiente: “El pacto de no enajenar la cosa arrendada, aunque tenga la cláusula de nulidad de la enajenación, no dará derecho al arrendatario sino para permanecer en el arriendo, hasta su terminación natural, con tal que se encuentre en alguno de los casos del artículo”,⁶¹ (artículo que habla de quienes están obligados a respetar el arriendo); y el Artículo 2164 C.C, dice por su parte, que: “El dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquier estipulación en contrario”.⁶²

En el derecho, se constituye como regla general la libertad de comercio y el principio de orden público, del cual forma parte la libertad de disposición. La doctrina civil, reconoce validez a la cláusula de no enajenar, cuando la prohibición es de carácter relativa. Los textos excepcionales no pueden extenderse, por analogía, de un caso a otro. Ahora bien, es absolutamente prohibida toda cláusula que impone la inalienabilidad perpetua, porque la libre disposición de los bienes es un atributo esencial de la propiedad, es una regla de orden público que no puede ceder más que en

⁵⁷ Constitución de la Republica de El Salvador, art. 23.

⁵⁸ Sala de lo Constitucional, Inprocedencia de Amparo, Referencia: 50-2009 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 14 de agosto de 2013).

⁵⁹ Código Civil, art. 773.

⁶⁰ Ibid, art. 1103.

⁶¹ Ibid, art. 1752.

⁶² Ibid, art. 2164.

aquellos casos en que la ley autoriza, por medio de textos específicos, su derogación; fuera de ellos, cualquier cláusula tendiente a poner fuera del comercio una cosa, no tendrá fuerza obligatoria.

Valencia Zea por su parte nos dice que todas las cláusulas, en virtud de las cuales se prohíba a una persona enajenar, debe de tenerse como no escritas.⁶³ El mismo autor citado ha hecho un estudio sintético de la jurisprudencia francesa, y trae a cuenta el criterio de Josserand, el que sostiene que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, se es libre de pactar esta clase de cláusulas, si no son contrarias al orden público o a las buenas costumbres. La verdad es que este tipo de cláusulas cuando surte efectos, son válidas, pero cuando son pactadas temporalmente se discute con mucho ardor si constituye en el fondo una verdadera limitación a la enajenación, dada la sanción que le corresponde por su incumplimiento, si se resuelve lo pactado o asignado, no se trata de una verdadera inalienabilidad, hay resolución del legado en el caso planteado; si estuviera sancionada la contravención con nulidad, sería verdaderamente una limitación a la facultad de disposición, ya que siendo nula la enajenación, volvería la cosa al poder del legatario, pero el problema es fundamentar la nulidad y admitirla en nuestra legislación. Planiol-Ripert al respecto argumenta, que en la cláusula de no enajenar cuando vale, lo que existe es una obligación personal y que, partiendo de ese principio, se puede llegar a la revocación o a la resolución, pero nunca a la nulidad. Como se dijo las consecuencias de ambas sanciones son distintas.⁶⁴

En resumen, éstas son las disposiciones que en nuestra legislación afirman la libertad de enajenación y que establecen en casos excepcionales limitaciones de carácter temporal y que proceden en estos casos de la voluntad de las partes, pero que existe la disparidad de criterio acerca de si constituyen o no, una verdadera limitación a la libertad de enajenación. Por otra parte, en nuestro derecho positivo, existen casos en los que se ve claramente esa limitación, contemplados en la Constitución de la República y desarrollados en leyes secundarias, como son las asignaciones alimenticias forzosas, el fideicomiso y el Bien de Familia.

Limitar en mayor grado la facultad de disponer jurídicamente de una cosa, evidentemente es una práctica perjudicial al progreso económico. Todas estas limitaciones, presentan un inconveniente de orden económico, pues sustraen los bienes de la libre circulación, del libre tráfico jurídico e impiden su conservación y mejoramiento, ya que, según Alessandri, los poseedores de bienes sujetos a vinculación temporal, para el caso el fideicomiso y el Bien de Familia, no demuestran mayor interés en el cultivo de un suelo cuyo goce está sujeto a tal limitación; también según el autor citado, ofrecen reparos de orden moral y familiar. Por lo demás, tales limitaciones obedecen a un interés legítimo, el de proteger en una u otra forma a la niñez y a la familia.

Los fideicomisos constituidos con fines como la beneficencia, la cultura o a favor de los legalmente incapaces; el Bien de Familia, que trata en todo momento de proporcionar y asegurar una habitación adecuada a una familia, salvándola de la imprevisión del padre de familia, arrebatándola de las manos de la indigencia; las asignaciones alimenticias que le sirven de normal sustento y constituyen un hábito de vida a favor de los parientes más necesitados; todas estas

⁶³ Arturo Valencia Zea, Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho Civil, Tomo II, Derechos Reales*, Undécima Edición (Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 2007).

⁶⁴ Véase. Marcelo Planiol, Jorge Ripert, et al, "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", traducción española de Dr. Mario Díaz Cruz, Habana, Cuba (1927).

instituciones, que si bien es cierto constituyen una limitación a la facultad de disponer jurídicamente de un conjunto de bienes, son por esencia una protección básica para la familia y para la niñez, en fin para la salud de la población en el caso del fideicomiso establecido para tal objeto; lo que ocurre es que estamos en presencia de un verdadero conflicto de intereses verdaderamente relevantes, éstos son de tanta importancia que han sido elevados al rango constitucional, la cultura, la familia, la salud, así como la libertad económica.

Por otra parte, existe el interés del Estado de garantizar, regular y estimular con buenos incentivos el tráfico jurídico, la libertad económica, la libertad de contratar, la libre disponibilidad, la libre transmisibilidad, pero también existe el interés no menos importante de salvaguardar al niño indigente, a la familia, la cultura y la salud del pueblo. Lo que ocurre, es que se garantiza la libertad económica y todos los derechos que son su consecuencia, pero en lo que no se opongan al interés social, y dentro de ese concepto tan amplio caben todas las limitaciones y restricciones que sean necesarias para llevar a cabo tal propósito. Y bajo esa frase, “interés social”, cabe el admitir las vinculaciones temporales por vía de excepción, se admite el fideicomiso y el Bien de Familia en esa forma y se limita la libertad de transmitir los bienes. Lo uno y lo otro es importante, todo depende de los resultados prácticos de tales limitaciones y, en definitiva, que constituya una limitación al libre tráfico jurídico, pero en esa forma temporal y siempre que se admita por vía de excepción.

1.5 Restricciones y Limitaciones en la Contratación

El principio de la “libertad contractual”, no es ilimitado. Todo negocio jurídico y, por tanto, todo contrato, está basado en este principio, pero tiene límites, tanto porque se le impone un techo que las partes no pueden traspasar, como por salvar y mantener el mismo en beneficio de las propias partes o de otros intereses en juego.⁶⁵ Se pueden distinguir:

A) Límites Extrínsecos, impuestos desde la esfera externa del mismo, relativos a la capacidad, objeto y forma.⁶⁶ La capacidad de autorregulación de las personas siempre se ha visto limitada por la actuación de una fuerza exterior a su voluntad, provocados por la acción del Estado por mediación del legislador y el aparato jurisdiccional.

Se reconoce la libertad de las partes para contratar dentro de ciertos límites:

a) La Ley. Constituye un importante límite a la autonomía de la voluntad si se tiene en cuenta que el contenido de muchos contratos en la actualidad resulta establecido por normas legales que imponen soluciones, a veces no consideradas y otras ni siquiera queridas por las partes al celebrar el contrato. La Ley limita, además la función regularizadora del negocio jurídico, no sólo en lo referente a si se puede o no celebrar determinado tipo de negocio, sino directamente en el contenido del contrato que se quiere celebrar, al establecer cláusulas que no debe contener o las que debe contener.

⁶⁵ Texto para la lectura guiada. “Condiciones generales de la Contratación”. Escuela de Capacitación Judicial. Año 2003, 64.

⁶⁶ Los Límites extrínsecos de la libertad contractual se refiere a los elementos constitutivos de los contratos y a falta de estos elementos tales como Capacidad de las partes, Objeto y Forma, el contrato no carecería de licitud.

b) El Orden Público. “En el derecho civil no es solo un límite a la Autonomía de la Voluntad, sino que persigue salvaguardar las esencias fundamentales de las instituciones jurídicas logrando su buen funcionamiento. Deriva de ello que el orden público tiene un contenido elástico y variable en el tiempo, consecuentemente su concepto no es unívoco y, en sentido amplio, comprende las bases esenciales del ordenamiento jurídico, social y económico de un país, en un momento de su evolución histórica”.⁶⁷ Por tanto, puede entenderse como contentiva de la posibilidad de controlar que los comportamientos de las partes al momento de realizar un acto jurídico no sean contrarios a derechos fundamentales e instituciones básicas para la convivencia social. En otras palabras, “el orden público surge del espíritu de la legislación, espíritu que emerge especialmente del derecho constitucional, del estilo de vida, de la moral y de las buenas costumbres”,⁶⁸ en consecuencia, el orden público prevalece sobre la voluntad de los contratantes, aun cuando éstos exterioricen una voluntad común encaminada a determinado fin, pues en todo caso, se debe negar eficacia a cualquier acuerdo alcanzado vulnerando los principios englobados en la noción de orden público.

c) La Moral. Es la manera de comportarse, no por la Ley, sino por el uso o la costumbre, por lo que designa un concreto conjunto de normas de comportamiento ideales, no escritas, basadas en juicios de valor y aceptadas por un grupo social en un momento y lugar determinados, necesarios para la supervivencia en sociedad; por lo que todos los valores morales trascienden las normas, y a la vez fundan y legitiman las normas positivas, convirtiéndose consecuentemente en directrices de actuación para el legislador al momento de crear las normas y obviamente como pautas de actuaciones de las personas al momento de generar relaciones jurídicas con los demás. La moral como límite a la Autonomía de la Voluntad está estrechamente vinculada con el término buenas costumbres, y se puede considerar incluido en ella todo comportamiento que esté en armonía con los valores y principios éticos sociales imperantes en una sociedad y en un momento histórico determinado, y además abarca aquellos límites infranqueables originados por el respeto a los derechos fundamentales, de entre los que sobresale, en materia civil, la exigencia de justicia y equidad en la contratación.

d) Las Buenas Costumbres. Es considerado como el buen hábito, modo habitual de obrar o proceder establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que pueden llegar a adquirir fuerza de precepto. Por lo tanto, se puede decir, que las buenas costumbres son una manifestación concreta de la moral en una sociedad determinada. “A través de las buenas costumbres se radican definiciones o determinaciones conductuales con el objetivo de que sean observadas, cumplidas y acatadas por la sociedad”;⁶⁹

B) Límites Conceptuales, que derivan del propio concepto del contrato, la jurisprudencia, con constante reiteración, ha insistido en que parece evidente: Los actos jurídicos son los que son

⁶⁷ Melvin Mauricio Peñate Sánchez, “Los Límites a la Autonomía de la Voluntad en la Contratación Civil Salvadoreña” (tesina de posgrado, Universidad de El Salvador, 2013), 22.

⁶⁸ Silvia Contarino, *Contratos Civiles y Comerciales, Ámbito Contractual y Teoría General*, 1ª Edición (Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma, 2000), 320-321.

⁶⁹ Florencia Gobbi Aixá Triay, “El Principio de la Autonomía de la Voluntad en las Contrataciones” (tesis de grado, Universidad Nacional de Cuyo, 2015), 21.

y no los que las partes dicen. Lo cual significa que estas no pueden desnaturalizar los conceptos jurídicos;⁷⁰ y

C) Límites Intrínsecos, que son conforme a su misma naturaleza jurídica. El contrato, como todo negocio jurídico tiene límites que provienen de su propia esfera interna,⁷¹ es decir que provienen de la voluntad de los propios contratantes.

Si bien en la actualidad las personas afrontan la contratación desde una posición de igualdad jurídica, en muchas ocasiones la autonomía de los contratantes se verá limitada por las grandes diferencias económicas que existen entre ricos y pobres, empleadores y empleados, empresarios y consumidores. El fuerte o el poderoso a veces ejercerá una gran influencia ya sea positiva o negativa. Por esto, Soro establece que “el principal enemigo de la autonomía privada puede ser ella misma”.⁷²

1.6 Consecuencias Jurídicas al Derecho de Propiedad Privada en la Contratación

Mediante la contratación las personas naturales o jurídicas, buscan obtener una finalidad que el derecho les permite alcanzar, por lo que el tráfico patrimonial de bienes y derechos tiene como vehículo más idóneo al contrato. El contrato es, pues, el fruto del libre consentimiento de las partes contratantes, siendo la voluntad de ellas fuente generadora de obligaciones por delegación expresa de la Ley.

Las partes son libres de contratar o no, una vez que existe una declaración de voluntad bilateral, ésta se torna obligatoria para los declarantes, ya que, así como hay libertad para obligarse, hay también un deber de respetar la palabra empeñada. La necesidad de seguridad jurídica requiere que se cumplan las reglas.

Como afirma De Castro y Bravo “resulta engañoso el que se diga, sin más, que la autonomía en derecho privado consiste en una libertad de hacer o no hacer, de prometerse y obligarse, en demarcar un círculo de libertad o de lucha libre para los individuos, exento de la intervención del Estado. Se oculta que se pretende algo más, se pide que el acto o la declaración de voluntad tenga un valor jurídico específico, que sea vinculante, con lo que implícitamente se niega la libertad de desdecirse o retractarse”.⁷³

“La obligatoriedad del contrato encuentra su fundamento en la idea misma de persona. Si la persona es un ser de fines cuya dignidad, deriva de su naturaleza racional, que el ordenamiento jurídico no puede dejar de reconocer, no cabe duda de que debe reconocerse a la persona un ámbito de auto soberanía para reglamentar sus propias situaciones jurídicas y a través de ellas dar cauce a sus fines, intereses, y aspiraciones. El contrato es así un cauce de realización de la persona en la

⁷⁰ El Límite conceptual de la libertad contractual es que las partes no pueden variar la naturaleza jurídica de las instituciones ni subvertir los conceptos jurídicos previamente establecidos por el legislador.

⁷¹ Los límites intrínsecos de la libertad contractual se refieren a que las partes contratantes no pueden modificar el contenido del contrato porque de hacerlo se desnaturaliza el contenido del contrato, haciendo surgir otro diferente.

⁷² Olivier Soro Russel, (2007), “El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual”, 1ª Edición, Alicia Real Pérez, (directores), Madrid: Editorial Reus, 2016 UCM. http://eprints.ucm.es/12205/2/DEA_El_principio_de_la_autonom/C3/ADa_de_la_voluntad_privada_en_la_contratacion.pdf.

⁷³ Federico de Castro y Bravo, *El Negocio Jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos (Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1971), 12.

vida social. A esta idea de poder de autogobierno de los propios fines se le ha denominado “autonomía privada”. El contrato tiene pues su fundamento más hondo en el principio de autonomía privada. Ahora bien, contemplar el contrato sólo desde la perspectiva de la autonomía privada es probablemente proporcionar una visión incompleta. El contrato es además una institución. Como institución significa que es una forma o fenómeno social establemente regulado, pero también establemente vivido. Este carácter institucional es en última instancia el verdadero fundamento de su obligatoriedad”.⁷⁴

El negocio es un acto humano de importancia social, fruto de consciente iniciativa y, por tanto, de libertad. Es un acto a cuyas consecuencias, aun las onerosas, debe el autor someterse en el mundo social y, por tanto, fuente de auto responsabilidad. Iniciativa y auto responsabilidad son términos correlativos que en el mundo social se presuponen y reclaman recíprocamente. Consciente iniciativa, o sea, libertad, antes del acto; auto responsabilidad, o sea, necesidad de soportar las consecuencias una vez realizado el acto vinculante, sin otro límite y correctivo que el de la buena fe. La libertad no de “querer” en el vacío y, por tanto, sin un contenido socialmente apreciable, sino libertad de dar vida a una regulación de intereses propios en las relaciones con los demás, operando con los mecanismos e instrumentos que el derecho pone a disposición de los individuos para este fin.

Una vez que tales mecanismos e instrumentos hayan sido empleados, por decirlo así, accionados, el individuo ya no es libre de sustraerse a las consecuencias, buenas o malas para él, de su funcionamiento. “El efecto del acto se dirige también contra su autor que queda por él ligado y como aprisionado... la libertad que en el negocio encuentra su instrumento no es libertad de querer a capricho, de emprender un juego libre y sin compromisos, sino libertad coordinada y subordinada a una superior finalidad social. Toda la dialéctica del negocio jurídico se apoya sobre esta antinomia entre libertad, que es antes, y auto responsabilidad, que viene después, y, en consecuencia, entre el significado que estaba presente en la conciencia del declarante cuando hizo uso de su libertad y el significado objetivo que el negocio asume una vez concluido”.⁷⁵

Vemos entonces que la fuerza obligatoria del negocio y del contrato surge como una consecuencia de la libertad para contratar y de la libertad contractual. A la libertad sigue la antítesis, la sujeción, la fuerza obligatoria del contrato.

Pero es sólo la voluntad de los contratantes la que crea el vínculo contractual o se requiere la conjunción de aquella voluntad con la Ley. El acuerdo, la voluntad de los particulares, es el supuesto de hecho, para que la ley actúe, brindando fuerza obligatoria a lo pactado. Es, pues, el derecho objetivo el que otorga la calificación y atribuye consecuencias al negocio jurídico bilateral y patrimonial que es el contrato; es la ley la que aprehende aquel supuesto de hecho para brindarle fuerza obligatoria.

El contrato presupone la igualdad entre las partes que van a llevarlo a cabo, el primer obstáculo importante al que tiene que hacer frente la Autonomía de la Voluntad de un contratante se encuentra en la persona con la que va a concluir el negocio jurídico. Así, en algunas ocasiones

⁷⁴ Luis Diez Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Volumen I (Madrid: Editorial Tecnos, 1988), 100.

⁷⁵ Betti, Emilio, “Teoría General del Negocio Jurídico”, Editorial Revista de Derecho Privado (Madrid): 124.

el principio de la autonomía privada de las personas en la contratación se encuentra limitada por ellas mismas.

Como consecuencia de esas limitaciones o restricciones al derecho de propiedad, puede llegar a surgir la figura de la lesión, la cual en algunos países nunca ha tenido reconocimiento legal, por lo que se trata de una institución difusa, difícil de definir en sus alcances y características tanto principales como secundarias.⁷⁶ Se encuentra en doctrina apuntes a partir de los cuales se plantean tres vertientes configuradas en el tratamiento de la lesión:⁷⁷

Una postura objetiva, una subjetiva y la tercera que constituye una mezcla de las dos mencionadas, pero al revisar los elementos constitutivos de cada teoría prácticamente se reducen a dos. Según el planteamiento que se realiza con la mencionada división tripartita, la postura objetiva considera que la lesión se produce “cuando existe una desproporción evidente, inaudita o un lucro excesivo sin que dicha desproporción se produzca con motivos de la ignorancia, inexperiencia o miseria de uno de los contratante”; por el contrario los que promulgan la teoría subjetiva, sostienen que la lesión se presenta “cuando uno de los contratantes abusa de la ignorancia, inexperiencia o miseria del otro, sin que sea necesaria la existencia de una desproporción entre las prestaciones”. Finalmente, quienes se adhieren a la vertiente objetivo-subjetiva, consideran que existe lesión, “en aquellos casos en que existe desproporción entre las prestaciones, debido a que uno de los contratantes se ha aprovechado de la ignorancia, de la inexperiencia o de la miseria de su contraparte”.

No puede faltar como consecuencia de la lesión, el aprovechamiento que realiza una de las partes del contrato frente al perjuicio experimentado por la otra de las partes, y lo que hará la diferencia según la vertiente que se adopte, será el hecho de que tales consecuencias se corroboren con la simple concurrencia de evidente desproporción en las contraprestaciones o si además se requiera comprobar que la desproporción se haya originado en condiciones personales del que sufre el perjuicio; es decir, acreditar la concurrencia de ambas circunstancias, por lo cual se afirma que en realidad las vertientes existentes se reducen a dos, estas son la objetiva y la objetivo-subjetiva.

Un concepto de lesión que encaja perfectamente en la noción objetiva de lesión sería sostener que “Se entiende por lesión en general el perjuicio pecuniario que sufre una persona al celebrar un acto jurídico”, y de manera más específica agregar que la lesión “es el perjuicio pecuniario que sufre una de las partes en la celebración de un contrato oneroso conmutativo, debido a la desproporción en el valor de las prestaciones o abstenciones recíprocas”,⁷⁸ ya que lo que define la existencia de lesión es la ausencia de equivalencia en las contraprestaciones de las partes.

Contrario a lo anterior se encuentran definiciones que evidencian su adhesión a la noción objetivo-subjetiva de lesión, ya que mantienen como elemento necesario la ventaja patrimonial desproporcionada, lo que configura el elemento objetivo; pero requieren que tal ventaja tenga por

⁷⁶ Ricardo David Rabinovich-Berkman, *Derecho Civil, Parte General*, 1ª Edición, primera reimpresión (Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, agosto, 2000), 728.

⁷⁷ Ricardo Treviño García, *Teoría General de las Obligaciones*, 1ª Edición (México, D.F: Edamsa Impresiones S.A. de C.V., 2007), 180.

⁷⁸ Avelino León Hurtado, *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*, 4ª Edición actualizada (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991), 174-176.

origen el aprovechamiento de las circunstancias de necesidad de la parte perjudicada, retomando así el elemento subjetivo. Ejemplo de ello lo constituye el conceptualizar la institución en estudio indicando que la lesión se produce “cuando una de las partes intervinientes en el acto jurídico aprovecha el estado de necesidad en que se encuentra la otra para obtener una ventaja patrimonial desproporcionada con la contraprestación a su cargo”.⁷⁹

Los principales argumentos en favor de la figura de la lesión se encuentran además en plena armonía con los postulados del derecho de igualdad, intentando equiparar las reales desigualdades que pudiesen enfrentar los contratantes al momento de llevar a cabo el acto jurídico viciado por lesión. La referida idea de desigualdad contractual radica en el “distinto poder de negociación” que puede existir entre los contratantes a la hora de negociar.⁸⁰ Por ello de manera sintética puede mencionarse que la sanción a que da origen la lesión tiene por objeto proteger a los más débiles respecto de los más fuertes o astutos.⁸¹

El derecho no debe ser indiferente a la referida desigualdad, cuando ésta se traduce en un negocio lesivo para alguno de los contratantes, lo que evidencia lo apropiado que resulta retomar la equidad como sustento de la lesión, aunque la buena fe-lealtad que debe presidir la celebración de todo contrato, también se configura como un fundamento relevante para adherirse a la conveniencia de adoptar la lesión como mecanismo de control del desequilibrio contractual, amén de sostenerse argumentos de naturaleza moral,⁸² en amparo de la figura de la lesión, pues sería contrario a las reglas de la moral el tolerar que existan contraprestaciones totalmente desproporcionadas entre las partes de un contrato, especialmente si se toma en consideración que las mismas se hayan generado producto de las circunstancias de desigualdad que rodean la contratación.

Pero independientemente de los matices que en doctrina se realizan a los distintos límites y restricciones del derecho de propiedad, de manera generalizada se observa como límites coincidentes los fijados por la ley, la moral y el orden público, de entre los cuáles los menos problemáticos al momento de indagar sobre su contenido y alcance son los predeterminados en el derecho vigente, por lo que a continuación se plantearán algunos apuntes respecto de la autonomía de la voluntad en las contrataciones generales.

⁷⁹ Ricardo David Rabinovich-Berkman, *Derecho Civil, Parte General*, 718.

⁸⁰ Jorge Mosset Iturraspe, *Interpretación Económica de los Contratos*, 1ª Edición (Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 1994), 235 y 244.

⁸¹ Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, *Curso de Derecho Civil, Fuentes de las Obligaciones*, 1942, 170-171.

⁸² Hernán Larraín Ríos, *Lecciones de Derecho Civil*, 1ª Edición (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1994), 289.

CAPÍTULO 2

LIBERTAD CONTRACTUAL Y SU APLICACIÓN ANTE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LAS CONTRATACIONES PREDISPUESAS

2.1 La Libertad Contractual como Derecho Fundamental

La contratación es un acto de orden civil, que está reconocido por el ordenamiento jurídico constitucional, en tanto existe y es gestora de las relaciones personales y patrimoniales de los ciudadanos.

Si bien, la libertad contractual no es propia del constitucionalismo, podemos señalar que es parte de los llamados “derechos económicos”, entre los que se encuentran los clásicos derechos fundamentales de propiedad, libertad de empresa y el principio de protección de los consumidores. Sin embargo, por su configuración, el derecho fundamental a la libertad contractual se asemeja más a los llamados “derechos de la libertad”, pues si bien exigen un nivel de promoción por parte del Estado, principalmente exigen que éste se abstenga de intervenir. Consisten primordialmente, en dejar a la persona su libre albedrío, garantizando su tutela frente a diversas afectaciones que se le pueda presentar, sea que los bienes objetos del contrato provengan del Estado o de los mismos particulares, lo cual implica que ninguna de las partes puede imponer a la otra el contenido de las obligaciones contractuales, pues el convenio debe ser fruto de un acuerdo previo entre ellas.

Esta libertad es la potestad que el Estado concede a las personas para contratar o no y, en caso de hacerlo, elegir con quien contratar. Por ello se dice que se contrata porque se quiere y se contrata con tal persona porque así se desea.

La libertad de contratar comprende a su vez dos libertades: a) libertad de contratar o no, es decir, celebrar un contrato y b) libertad de elegir al otro contratante.

La libertad de contratar es un derecho fundamental de la persona que se encuentra consagrado en la Constitución de la República en el Art. 23 que dice “se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento”.⁸³

Entonces, nadie puede ser obligado a celebrar un contrato. La decisión de contratar es personal, salvo delegación expresa mediante apoderado, pero aun en ese caso, existe la intención de contratar para sí mismo, pero por intermedio de otra persona.

La libertad de elección del otro contratante es la facultad que se tiene para decidir con quién vamos a celebrar el contrato.

La libertad contractual es la facultad que tienen las partes contratantes para determinar libremente el contenido del contrato por celebrarse, es decir, estipular el conjunto de cláusulas que van a regir la relación contractual creada por el contrato.

⁸³ Constitución de la República (El Salvador: Asamblea Constituyente de El Salvador, 1983), art. 23.

Mediante el ejercicio de esa libertad, las partes acuerdan libremente cómo va a ser el contrato, adecuándolo a los intereses que buscan satisfacer mediante la conclusión de este. Es pues, la libertad que tienen los contratantes para determinar entre sí la forma y el contenido del contrato que han convenido en celebrar.

Dicha libertad contractual implica elegir: a) El tipo de contrato: típico o atípico. b) Las cláusulas, es decir, el objeto del contrato.

Esta libertad se encuentra limitada por el Art. 1332 Inc. 3º C.C. que dice: "Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible", y su Inc. 4º dice: "Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público".⁸⁴ Esta imposibilidad física puede ser temporal o permanente, si es permanente no puede haber acto jurídico, pero si es temporal pudiera suceder que se concediera cierto tiempo al obligado para que cumpla su respectiva obligación, y en tal caso si pudiese haber acto jurídico; Asimismo los hechos tienen que ser moralmente posibles, y un acto tiene objeto moralmente posible cuando es conforme a las leyes, a las buenas costumbres y al orden público.

Por otra parte, el Art. 1338 Inc. 1º C.C. dice: "No puede haber obligación sin una causa real y lícita..."; y al referirse a que se entiende por causa ilícita en su Inc. 2º manifiesta: "...y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o el orden público". La causa es real cuando efectivamente existe, entonces si se celebra un acto sin una causa real, dicho acto no tiene existencia por faltarle aquella y, por consiguiente, no puede producir efecto de ninguna naturaleza, y si por el contrario las partes persiguen una causa que atenta contra la ley, las buenas costumbres o el orden público, tales actos estarán afectados de ilicitud de la causa y por ende sancionados por nulidad absoluta. Entonces, toda causa lícita radica en la obligación realizada por una parte a que se cumple su obligación en el momento de perfeccionarse el contrato, de lo anterior se deduce que, si una de las partes no ha cumplido su obligación, la otra parte tampoco está obligada a cumplir con la suya.

2.2 Naturaleza Jurídica de la Libertad Contractual y su Ausencia de Autodeterminación en las Contrataciones

Dentro de los conceptos doctrinales y/o instituciones jurídicas que permiten identificar la naturaleza jurídica de la libertad contractual en los contratos generales y en las contrataciones predisuestas se pueden mencionar:

Contrato Civil: "Es la convención generadora de obligaciones" o también se puede entender como "el acuerdo de voluntades de dos o más personas destinados a crear obligaciones".⁸⁵

Contrato Mercantil: "Es el medio jurídico por el que las empresas realizan su actividad económica, bien con otras empresas, bien con el sector de los consumidores".⁸⁶

⁸⁴ Código Civil (El Salvador: Asamblea Ejecutiva de El Salvador, 1960), art. 1332 Inc. 3º.

⁸⁵ Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, Curso de Derecho Civil, Las fuentes de las obligaciones, Tomo IV, Editorial Nascimento, (Chile: 1912), 16.

⁸⁶ Manuel Broseta Pont, El derecho mercantil, Editorial Tecno, (Madrid: 2006), 366.

Contrato Bancario: "Es todo acuerdo para constituir, regular o extinguir una relación que tenga por objeto una operación bancaria".⁸⁷ Adaptando dicha definición al contexto normativo actual, se puede decir que el contrato bancario es un acuerdo de voluntades entre una entidad de crédito y un cliente que cumpliendo los requisitos generales crea, modifica o extingue una relación jurídica que instrumenta una operación bancaria, realizada dentro del ámbito de actividades típicas de las entidades de crédito. En este como en otros sectores de la actividad empresarial, tiene especial incidencia la normativa establecida en la protección del consumidor o usuario de crédito.

Siendo aclarado los términos anteriores y su significado, se establece que existen clasificaciones de los contratos en general que pueden ser aplicados tanto en materia civil como en materia comercial, los más importantes son las contenidas en los Artículos 1310 a 1314 del Código Civil:

Atendiendo el número de partes que intervienen son: "Unilaterales, aquellos contratos en la que una parte se obliga para con otra que no contrae obligación alguna" y "Bilaterales, a contrario sensu de los anteriores son aquellos en que las partes contratantes se obligan recíprocamente".⁸⁸

Atendiendo la utilidad que presentan para los contratantes los hay: Gratuitos y se debe de entender por estos, los que reportan utilidad para sólo uno de los contratantes, el cual no obliga a dar nada a cambio; y Onerosos, en este tipo de contratos existe beneficio para ambas partes.

Atendiendo a la forma como existen son: Principales, que "son aquellos contratos que subsisten por sí mismos"; y "Accesorios son los que se constituyen para asegurar el cumplimiento de una obligación principal".⁸⁹

Atendiendo a la equivalencia de las prestaciones de las partes son: "Conmutativos, aquellos en cuyo contenido las prestaciones se miran como equivalentes, en ellos las partes pueden determinar desde el momento de contratar, los beneficios o pérdidas que el contrato le reportare; y Aleatorio son aquellos contratos en los cuales las partes no pueden establecer al momento de contratar, el beneficio o pérdida que el mismo le reportare, puesto que las obligaciones de éstos, dependen de un acontecimiento futuro e incierto".⁹⁰

Por la forma en que se perfeccionan son: Consensuales, y se perfeccionan por el sólo consentimiento de las partes. Solemnes, para que se perfeccionen requieren además del consentimiento, la conservación de otras formalidades, sin las cuales no producen ningún efecto; y Reales entiéndase, los que se perfeccionan por la entrega de la cosa, o sea que es necesario que haya tradición para que sea perfecto.

Por su denominación y reglamentación son Nominados, los que tienen un nombre y una reglamentación establecidos por la ley con sus efectos y obligaciones; e Innominados que son los

⁸⁷ Fernando Sánchez Calero y Guilarte Juan Sánchez Calero, Instituciones de Derecho Mercantil, Vol. II, (Madrid: 2006), 386.

⁸⁸ Jorge Antonio Guevara Perla, "Consideraciones Generales sobre los Contratos Civiles" (tesis doctoral de la Universidad de El Salvador, 1977), 5.

⁸⁹ Ibid, 6.

⁹⁰ Ibid, 5 y 6.

que han quedado fuera de las prescripciones del legislador y carecen por lo mismo de nombre y reglamentación en la normativa jurídica.

En cuanto a los contratos bancarios se clasifican en:

Operaciones pasivas: “son aquellas mediante las cuales las entidades de crédito reciben medios y disponibilidades monetarias y financieras de sus clientes. A través de estas los bancos reciben crédito”.

Operaciones activas. “Son aquellas mediante las cuales las entidades de crédito conceden crédito a sus clientes”.

Operaciones neutras. “Actividades ajenas a la intermediación crediticia. Mediante las mismas las entidades de crédito prestan servicios a sus clientes que no suponen ni la obtención ni la concesión de crédito”.⁹¹

La libertad contractual fue diseñada para que cada sujeto se autodetermine, es decir que los contratantes tienen la libertad de elegir de forma voluntaria lo que más le convenga, por encontrarse implícitamente reconocida por la Constitución. Sin embargo, con respecto a todos los aspectos no relevantes en su toma de decisión (condiciones generales) el sujeto no se autodetermina, no logra su objetivo, en el sentido que cada sujeto ejerza su autonomía privada a través de la elección de la oferta óptima previo estudio reflexivo de cada aspecto, y es precisamente la parte pasiva quien no lo hace, y no puede decirse que ocurra por actuaciones maliciosas del contratante, ya que no es producto de actuaciones contrarias a la buena fe de los predisponentes que pretenden evitar que los adquirentes busquen, analicen y comparen cada oferta, sino por la falta de interés en los aspectos que consideran no ser de relevancia en el contrato.

Cuestión diferente sucede cuando se trata de aspectos importantes o relevantes para los individuos en la toma de decisiones. Nos referimos a las prestaciones principales y otros aspectos que pudieran ser tomados en cuenta en la decisión de contratar. En caso de que exista algún tipo de barrera creada por los empresarios con el propósito de que sus clientes no logren identificar la mejor oferta sobre estos aspectos, acá sí habría una violación a la libertad contractual. Pero esto requiere medidas asociadas al deber de información y transparencia, puesto que necesita de una explicación del deber de información y su efectividad para evitar abusos relativos a las prestaciones principales.

Se puede llegar a plantear que, debido a esa falta de autodeterminación bilateral en el contenido contractual, las condiciones generales no pueden ser calificadas de consentimiento, o, de calificarse como tales, poseería algún tipo de vicio. Vale aclarar que nos referimos aquí únicamente a la aceptación de las condiciones generales, ya que sobre los demás aspectos del contrato (entre ellos las prestaciones principales), no existe duda si recae consentimiento sobre ellos.

⁹¹ Contratos Bancarios. Lección 2°. Contratos de las entidades de crédito, 2. <http://www.um.es/docs-cmsweb/aulamayores>

Pese a la falta de una completa autodeterminación, no puede concluirse que de la congruencia entre el modelo legal del contrato (desde su perspectiva económica) y la realidad bajo la cual se desarrolla la celebración de contratos en el comercio, sobre todo la manera en que se acepta las cláusulas, esto depende el carácter contractual de las cláusulas.⁹² Esta incongruencia, no nos puede llevar al extremo de afirmar que, el acto no es equiparable al consentimiento. A ese extremo se llega, si se parte de la premisa que es necesario que se cumpla con el modelo ideal de formación del contrato que tenía en mente el legislador para considerar que ha existido un consentimiento.

No hay que preocuparse entonces porque no se encuentre en estos contratos un puro y total libre consentimiento, el cual preceda de un estudio reflexivo y concienzudo de las distintas opciones presentes en el mercado, puesto que el ordenamiento jurídico nunca lo ha requerido como presupuesto de validez. Con un vistazo a los casos que contempla el ordenamiento jurídico como vicios del consentimiento, se llega a comprender que únicamente es nulo el consentimiento en casos muy puntuales y excepcionales. En los demás casos en los que no existan vicios del consentimiento no significa que brille en todo su resplandor el libre y reflexivo consentimiento, y no obstante se vinculan.

Cuestión distinta es que, por la peculiaridad de la formación del consentimiento, sea necesaria una regulación de las condiciones generales diferente a la tradicional de los contratos. Sí es útil para comprender el sentido y alcance de una ley de condiciones generales de la contratación y las medidas que se pretendan adoptar en ella. Estas peculiaridades del consentimiento dado para las condiciones generales las convierten en objeto de una atención especial.

La falta de autodeterminación bilateral en las condiciones generales de la contratación supone un peligro para los intereses de los contratantes. El diseño conjunto de las partes del contenido contractual, y el control que ejerce la competencia, eran las herramientas de todo contratante para obtener un contenido contractual justo, las cuales se encuentran ausentes en estos aspectos de los contratos. “El predisponente en su empeño por reducir costes y aumentar beneficios en contra de la buena fe y equidad, refuerza su posición contractual mediante la limitación o exención de sus cargas y responsabilidades, arrogándose derechos y facultades excesivos, sin contrapartida alguna para el contratante”.⁹³ El predisponente incorpora condiciones generales exclusivamente a su favor, y rehusando a modificarlas en caso de que algún cliente marginal lo solicite mediante negociación. Así, aquél asegura una posición jurídicamente reforzada, incluso mayor que si se hubiese negociado el contenido contractual.

2.3 La Autonomía de la Voluntad Privada en las Contrataciones Generales

La autonomía de la voluntad se puede definir como “la potestad que tiene todo sujeto de derecho, de decidir de manera libre, autónoma, independiente y soberana sobre el surgimiento de una relación jurídica que le vincule; ya sea para originar, conservar, modificar o extinguir derechos y obligaciones interpersonales, por lo que es únicamente la persona, en su esfera privada, la que

⁹² Jesús Alfaro Águila-Real, Las condiciones generales de la contratación. Derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas, RJC, 2000, N° 1, (Madrid, 1991), 93.

⁹³ José Antonio Ballesteros Garrido, Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad, (Barcelona, 1999), 36.

decide cuándo, qué, con quién y cómo contratar, siendo el contrato la máxima expresión de dicha autonomía, en tanto que éste se convierte en ley para las partes”.⁹⁴

De lo antes expuesto se determina que la autonomía de la voluntad impide la revisión del contrato o la ineficacia parcial del mismo, por cuanto y en tanto lo libremente acordado es ley entre las partes. Y seguirá siendo ley para estas, no obstante, la modificación o superveniencia de circunstancias excepcionales e imprevisibles que hagan más gravosa la prestación. Royo Martínez⁹⁵ dice a este respecto que “en la contratación es más importante conseguir la seguridad del tráfico que la justicia”. En otras palabras, el advenimiento de una circunstancia especial en la ejecución de un contrato en nada podría influir a los fines de revisar el mismo, por muy gravosas que se vuelvan las prestaciones para el deudor.

La autonomía privada de la voluntad se conoce como aquel principio que tiene aplicación en la elaboración por parte de los intervinientes en un contrato, de las diversas cláusulas que van a conformar la estructura de un negocio jurídico, es decir, se asimila a una facultad de las partes para poder determinar el contenido de un contrato, principio que ha cobrado relevancia en el transcurrir de los negocios que se adelantan en la práctica, debido a que es posible emplear diversas condiciones contractuales con la finalidad que cada uno de los intervinientes acoplen sus intereses propios al contenido contractual.

Desde sus orígenes se ha entendido que la autonomía privada de la voluntad contractual, tiene su fundamento en la libertad e igualdad, en el caso de la legislación salvadoreña, gran parte de la doctrina ha precisado que este tiene su génesis y respaldo normativo en el Art. 1416 del Código Civil, el cual establece que: *"todo contrato legalmente celebrado es obligatorio para los contratantes y solo cesan sus efectos entre las partes por el consentimiento mutuo de éstas o por causas legales"*,⁹⁶ es por ello, que se afirma que las personas son libres para la celebración de los contratos, pues nadie es obligado a ello, porque existe plena igualdad entre las personas, que les permite discernir si contratan o no, según exista conveniencia para sus intereses, ya que en caso diferente la misma ley castigaría la contratación con la ineficacia, sea por vicio en el consentimiento o por la inexistencia de una capacidad de ejercicio, siempre y cuando sea así declarada por autoridad judicial, pues la misma no opera ni se aplica de pleno derecho o de forma automática.

La autonomía privada de la voluntad debe ser entendida como el poder de los contratantes de disponer de sus propios intereses por iniciativa de cada uno de ellos, el cual se encuentra presente en casi la totalidad de las declaraciones de voluntad que terminan en el nacimiento y perfeccionamiento de un negocio jurídico. Parte de la doctrina ha afirmado que se trata de un principio general del derecho, en especial en el derecho privado, al poseer un criterio interpretativo en los negocios jurídicos, pues es muy claro, que todo contrato se basa esencialmente en una declaración de voluntad o de autorregulación de intereses privados.

⁹⁴ Luis Prieto Sánchez, Introducción al Derecho, 3ª edición (Cuenca España: Servicio de Publicaciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 1996), 129. Expone el jurista en mención que, como regla general, las partes de un contrato pueden estipular todas las cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, pueden crear contratos atípicos, o modificar a su voluntad la disposición prevista en la ley para los contratos regulados por ella.

⁹⁵ Federico Puig Peña, Tratado de Derecho Civil Español, Tomo IV, Obligaciones y Contratos, Vol. II, (Madrid España, 1946), 9.

⁹⁶ Código Civil, art. 1416.

Cancela⁹⁷ afirma que “la autonomía de la voluntad significa que la voluntad del sujeto de derecho es autónoma, es decir, libre e independiente, para elegir con quien entablar una relación jurídica, así como de someterla a las cláusulas y condiciones que considere más conveniente”. En ese mismo sentido Suárez Martínez⁹⁸ menciona que “la autonomía de la voluntad no es otra cosa que uno de los atributos de la libertad jurídica de una persona de querer algo que tenga por objeto crear, modificar, conservar o extinguir derechos, sin otra limitación que la impuesta expresamente por la ley, por el orden público y por las buenas costumbres, en forma de que en su vida de relación puedan ejecutar todo lo que no esté expresamente prohibido hacer”. Por su parte Alessandri, Somarriva y Vodanovic⁹⁹ sostienen que “el principio de autonomía de la voluntad se extiende tanto al fondo como a la forma de los actos jurídicos. Las partes siempre que respeten las leyes, el orden público y las buenas costumbres, pueden establecer las cláusulas que les plazcan en sus actos o contratos”.

El principio de la autonomía de la voluntad ha sido, es y seguirá siendo, un principio fundamental para el derecho civil en materia contractual, especialmente como soporte de la libertad de contratación, ya que, conforme a dicho principio, las personas cuentan con entera libertad para acordar los contratos que les plazcan; y para determinar su contenido, efectos que ha de producir, la extensión y duración del mismo; todo en armonía con sus propias expectativas y necesidades individuales, pero siempre según su propia voluntad. No obstante, dicho principio no es absoluto, por el contrario, se le han fijado límites, como la moral, las buenas costumbres, el orden público y la buena fe, así como otros valores constitucionales tales como la justicia, la dignidad y la solidaridad, lo cual se ha visto su ineficaz empleo al momento de contratar.

Sin embargo, la correcta aplicación del principio de la autonomía de la voluntad no llega totalmente a esas consecuencias. El principio mencionado como construcción lógica, es perfecto. Pero desgraciadamente no concuerda con los hechos. En el momento dado, ese sistema ha podido tener razón. “Podía adaptarse a una sociedad esencialmente individualista, pero está en oposición absoluta con las tendencias de nuestra época”.¹⁰⁰ Hoy en día no se admite que las voluntades individuales puedan crear, mediante el contrato, un régimen jurídico intocable e inmodificable. La convención debe ser la expresión de una función social del derecho y como tal susceptible de ser modificada.

Para cambiar dicha realidad se debe tener presente, que dichos límites deben emplearse para controlar que los comportamientos de las partes del contrato no sean contrarios a los derechos fundamentales e instituciones básicas para la convivencia social armónica. El Código Civil, el Código de Comercio y la Ley de Bancos salvadoreña no cuentan con una regulación donde figure la lesión, el abuso del derecho, ni las cláusulas abusivas propiamente dichas, únicamente ha sido posible ubicar criterios jurisprudenciales en los contratos de adhesión.

⁹⁷ Omar J. Cancela, Ricardo David Rabinovich y Raúl J. Rollan, *Instituciones del Derecho Privado*, 1ª. Edición, Editorial Astrea, (Buenos Aires, Argentina, 1988), 216.

⁹⁸ Hellmunt Ernesto Suárez Martínez, *Simulación*, 1ª. Edición, Editorial Librería Doctrina y Ley, (Santafé, Bogotá, Colombia, 1993), 31.

⁹⁹ Arturo Alessandri Rodríguez, Manuel Somarriva Undurraga y Antonio Vodanovic, *Tratado de Derecho Civil: Parte Preliminar y General*, Tomo II, 1a. Edición, Editorial Jurídica de Chile, (Santiago, Chile, 1998), 166-167.

¹⁰⁰ León Duguít, *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado*, Editorial Analecta, (Pamplona España, 2006), 9.

Ejemplo de ello se encuentra en los contratos donde someten a los consumidores a una jurisdicción especial en caso de controversia;¹⁰¹ y en los contratos donde se impone la cláusula de la renuncia del consumidor al derecho de apelar.¹⁰² Lo anterior conforme a Sentencias Definitivas resueltas por el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, donde se establece que estas son cláusulas que deben tenerse por no escritas, ya que no se puede renunciar a un derecho (impugnar) cuando no ha nacido aun el proceso.

Partiendo de dichos ejemplos se puede decir, que existen limitantes al principio de la autonomía privada de la voluntad contractual, ya que los contratantes no pueden sentarse y celebrar el contrato en la forma por ellos deseada totalmente, ya que deben ser tenidas en cuenta las imposiciones normativas que se establecen en los códigos, para efectos de valorar la validez e interpretación de la autonomía privada de la voluntad contractual, aspecto que día a día debe ir siendo intensificando por parte del legislador, con el propósito de regular el mercado y de proteger al individuo ante situaciones que puedan llegar a estructurar un abuso.

En la actualidad únicamente a través de la interpretación de los límites compuestos por la moral, las buenas costumbres y el orden público, se puede aplicar la figura de la nulidad con los mismos alcances de dichas teorías, a fin de procurar una mayor equidad en la contratación, pese a que se encuentra vigente en El Salvador la Ley de Protección al Consumidor,¹⁰³ pero dicha ley no constituye una herramienta eficaz para alcanzar la justicia social que se ha plasmado en los considerandos de la misma como motivación de su creación para todo tipo de contrataciones. Es indudable que el modelo contemplado en la legislación salvadoreña es insuficiente para evitar la existencia e implementación de cláusulas abusivas en el tráfico contractual.

2.3.1 Fundamento y Obligatoriedad de la Autonomía de la Voluntad

La autonomía de la voluntad parte de dos postulados clásicos en esta materia: la igualdad y la libertad de las partes. Igualdad se refiere a la disposición, en el aspecto de que todos los habitantes son iguales ante la ley, y la libertad se entiende como la facultad de contratar o no, contratar con quien se quiera, sobre lo que se quiera y como se quiera. En tal sentido nos dice Alterini: “La noción de autonomía de la voluntad descansa sobre la de libertad; supone la igualdad jurídica de todos, y la libertad jurídica de todos; termina por entender que todo lo libremente querido es obligatorio”.¹⁰⁴

El contrato es expresión de libertad para auto obligarse, de allí que el primer principio que fundamenta todo el sistema es el de la libertad.

“En lo atinente a la autonomía de la voluntad se ha precisado que lo único que en el ser humano posee autonomía es la libertad, entendida como la capacidad de decisión inherente a toda persona. La voluntad, como todas las otras potencialidades y energías psicosomáticas, se halla al servicio de tales decisiones.

¹⁰¹ Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, Sentencia Definitiva, Referencia: 250/2010 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010).

¹⁰² Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, Sentencia Definitiva, Referencia: 1589/12 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013).

¹⁰³ Véase Ley de Protección al Consumidor (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1996).

¹⁰⁴ Atilio Aníbal Alterini, Derecho Privado, Editorial Abeledo Perrot, (Buenos Aires, Argentina, 1995), 365.

La voluntad está destinada a convertir en realidades las decisiones de la persona, es decir, se encuentra al servicio de la libertad en cuanto al ser del hombre. La voluntad es uno de los instrumentos más valiosos de los que se vale el ser humano, en cuanto a ser libre, para transformar una íntima decisión en acto, conducta y comportamiento. En otras palabras, para que la libertad ontológica, en que consiste el ser humano, se vuelque al exterior, se transforme en libertad fenoménica”.¹⁰⁵

“Debe quedar claro, entonces, que la autonomía privada es una manifestación de la libertad, y que constituye algo más que la iniciativa privada, si a ésta la limitamos a los aspectos económicos de la cuestión, dejando a un lado los jurídicos. De allí que insistamos en que, si bien es cierto que en el marco de lo lícito el contrato como acto jurídico, es una de las manifestaciones de la autonomía, ésta es una expresión del poder de los particulares, dentro de los límites establecidos por el ordenamiento legal, consistente en crear preceptos vinculantes, que también denominamos normas de autonomía o de voluntad”.¹⁰⁶

Los contratos se celebran para satisfacer la necesidad de circulación de los bienes, surgen de la iniciativa privada y tienen por objeto regular los intereses recíprocos de las partes.

Esta autorregulación, es considerada en la conciencia social como obligatoria para las partes, aún antes de que el derecho, reconociendo la autonomía, la eleve a la categoría de negocio jurídico. Así, a través de este último la iniciativa individual actúa y se manifiesta, dando lugar a las más variadas regulaciones de intereses privados. “El derecho, cuando se resuelve a elevar los contratos en cuestión al rango de los negocios jurídicos, no hace otra cosa que reconocer, en vista de su función socialmente trascendente, aquel vínculo que, según la conciencia social, los mismos particulares, ya por adelantado, sentían haber contraído en las relaciones entre sí”.¹⁰⁷

“La regulación establecida de mutuo acuerdo en un contrato por las dos partes (la *lex contractus*) es vinculante para ambas. Corresponde al sentido de todo contrato como acto bilateral el que los participantes, por medio de él, se vinculen mutuamente a lo convenido. La posibilidad de contraer compromisos, de vincularse moral y jurídicamente mediante declaraciones al respecto, al igual que la capacidad de tomar sobre sí responsabilidades, se halla en la esencia de la persona (en sentido ético). El mandato del ordenamiento jurídico de cumplir los contratos (*pacta sunt servanda*) no es necesario para establecer la vinculación”.¹⁰⁸

“El efecto jurídico se produce, no sólo porque el ordenamiento lo vincula al negocio jurídico, sino, principalmente, porque quien celebra el negocio jurídico quiere producir el efecto jurídico con su celebración, y la norma pone en el primer relieve ese querer”.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Carlos Fernández Sessarego, Aproximación al escenario jurídico contemporáneo, Revista La Ley, Lima, Perú 1º de agosto de 2007.

¹⁰⁶ Rubén Stiglitz, Autonomía de la voluntad y revisión del contrato, Editorial Depalma, (Buenos Aires, Argentina, 1992), 16.

¹⁰⁷ Emilio Betti, “Teoría General del Negocio Jurídico”, Ed. Revista de Derecho Privado, (Madrid), 45.

¹⁰⁸ Larenz, Kart, Derecho Civil Parte General, Editoriales de Derecho Reunidas, (Madrid, 1978), 55.

¹⁰⁹ Santos Cifuentes, Negocio Jurídico, Editorial Astrea, (Buenos Aires, Argentina, 1986), 123.

2.3.2 Principios de la Autonomía de la Voluntad y la Buena Fe en las Contrataciones

Uno de los principios más importante del Derecho Civil y particularmente del Derecho Contractual consta sólo de tres conceptos: “autonomía”, “voluntad” y “privada”.¹¹⁰

En primer lugar, el concepto autonomía proviene de la unión de dos términos griegos. Por un lado, se encuentra el término *nomos*, que quiere decir “ley”, y por el otro el vocablo *autos*, que para la real academia española significa “propio o por uno mismo”. Naturalmente el resultado de ambos es “ley propia o dada por uno mismo”.

En segundo lugar, la palabra voluntad es definida por la real academia como la “facultad de decidir y ordenar la propia conducta”. Pero voluntad también es “libre albedrío o libre determinación” y “elección de algo sin precepto o impulso externo que a ello obligue”. Por lo tanto, combinando estas definiciones se obtiene que la voluntad es la capacidad de decidir y ordenar la propia conducta sin ser obligado a ello por algún impulso externo.

El tercer y último término es el adjetivo privado. Éste se refiere a lo “particular y propio de cada persona” y específicamente a “lo privado por oposición a lo público”. Se trata de uno de los elementos en torno al cual gira el conjunto del Derecho Civil.

Como resultado del análisis y combinación de los significados de estas palabras se obtiene que la autonomía de la voluntad privada es la facultad de los particulares para regir y ordenar su propia conducta mediante sus normas sin depender de nadie ni ser obligado a ello por algún impulso externo.¹¹¹

A partir del principio de autonomía de la voluntad los sujetos de las relaciones jurídicas pueden configurarlas en un ámbito de libertad; de modo que la persona decide libremente si establece o no relaciones jurídicas, con quien y con qué contenido, lo cual se manifiesta en el contrato en la libertad de contratar y en la libertad contractual.

En cuanto a la libertad de contratar, esta facultad conlleva a la libre opción de la persona entre contratar y no contratar, que es, por lo tanto, libertad para constituir o no relaciones contractuales; asimismo implica determinar con quién hacerlo. Esta última, sin duda, cobra su mayor esplendor cuando los contratos se concluyen en consideración a la persona, es decir, en atención a las particulares o excepcionales cualidades o características del contratante elegido.

En efecto, esta es la gran diferencia que separa la contratación pública de la privada, ya que en la primera la administración pública debe respetar un procedimiento que le ha sido establecido por la ley en la que la contratación deberá ajustarse a ciertos principios, normas y necesidades de interés general. En cambio, en la privada los particulares son totalmente libres a la hora de designar al contratante que estime más conveniente.

¹¹⁰ Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, Edición Tricentenario, actualización 2020.

¹¹¹ Florencia Gobbi Aixa Triay, “El Principio de la Autonomía de la Voluntad en las Contrataciones” (tesis de grado, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 2015), 2.

Sin embargo, la libertad de contratación tiene sus defectos, límites o excepciones. Estas cuestiones concernientes a la limitación de la libertad de contratar se analizarán con detenimiento cuando se traten los límites a la autonomía de la voluntad privada.

En cuanto a la libertad contractual, es la facultad de determinar libremente los términos y condiciones de un contrato, es decir que es la facultad que tienen las partes contratantes para determinar libremente el contenido del contrato y estipular el conjunto de cláusulas que van a regir la relación contractual creada entre aquellos. “Mediante el ejercicio de esta libertad, las partes acuerdan libremente cómo va a ser el contrato, adecuándolo a los intereses que buscan satisfacer mediante la conclusión de este. Es pues, la libertad que tienen los contratantes para determinar entre sí la forma y el contenido del contrato que han convenido en celebrar”.¹¹²

Mientras que la libertad de contratación opera de manera anterior a la formación del contrato, la libertad contractual actúa durante el inicio, la vida y el fin de la relación contractual. Ésta ofrece a las personas la capacidad de crear, modificar y extinguir derechos y obligaciones, por lo que se concreta esencialmente en la libertad de establecer la norma, o parte de ella, reguladora de la relación que se desea crear. Lo que acuerdan las partes conforma el contenido del contrato, con lo cual pueden determinar los derechos y obligaciones que nacen de tal acuerdo.

En materia contractual, la doctrina ha definido ciertos principios aplicables a todos los contratos, incluidos los predispuestos, los cuales sirven como guía a los individuos para su actuación en la celebración y ejecución de los contratos. Según Rivera¹¹³ el negocio jurídico, obra de la voluntad del hombre, con finalidad jurídica, aparece como la expresión técnica del reconocimiento de la autonomía privada, como fuente creadora de efectos jurídicos; el negocio jurídico constituye entonces el medio fundamental de realización de los principios de la autonomía de la voluntad, en donde el contrato es, indudablemente, aquel en el que la voluntad de los particulares cumple una función más importante ya que su elemento característico, es el consentimiento, o sea el acuerdo libre de la voluntad de las partes. En este capítulo segundo, se enunciarán los principios más relevantes de la contratación, los cuales tendrán plena aplicación en el capítulo número cuarto, dedicado a las cláusulas con cierto nivel de abuso que son implementadas en algunos contratos, entre estas se encuentran:

a) Principio de Libre Contratación. Alude a la libertad económica que deben tener las partes para regular sus relaciones contractuales. Según este principio, en todo negocio jurídico los pactos o cláusulas deben ser libremente conocidos y consentidos por las partes.

Este principio constitucional de libre contratación ha sido resumido por el Doctor Luis Ricardo Rodríguez Vargas en cuatro elementos:

- “La libertad para elegir al co-contratante.
- La libertad en la escogencia del objeto mismo del contrato y, por ende, de la prestación principal que lo concreta.

¹¹² Carlos Alberto Soto Coaguila, "La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato". Vniversitas, No. 106 (2003): 530. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82510616>

¹¹³ Julio Cesar Rivera, Instituciones de Derecho Civil, Parte General. Editorial Abeledo Perrot, (Buenos Aires, Argentina, 2004).

- La libertad en la determinación del precio, contenido o valor económico del contrato que se estipula como contraprestación.

- El equilibrio de las posiciones de ambas partes y entre sus mutuas prestaciones, equilibrio que reclama, a su vez, el respeto a los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, según los cuales, la posición de las partes, el contenido y alcances de sus obligaciones recíprocas han de ser razonablemente equivalentes entre sí, y, además proporcionadas a la naturaleza, objeto y fines del contrato”.¹¹⁴

En los contratos bancarios este principio es restringido toda vez que la participación del adquirente está limitada al conocimiento pleno del clausulado y a la potestad que tiene de elegir si acepta o no al negocio jurídico. De esta forma, el contratante no posee la facultad de diseñar el contenido y es ajeno a la discusión del contrato, lo que es reflejado principalmente en los contratos de adhesión o proformas que emplea el sistema financiero.

b) Principio de Igualdad. “La doctrina distingue la igualdad (desigualdad) jurídica de la igualdad (desigualdad) económica. La igualdad jurídica presupone que ambos contratantes son iguales frente a las normas que rigen los contratos (y antes, de manera general respecto de la ley): que no existen privilegios fundados sobre la naturaleza de la persona que contrata. Se parte entonces de una igualdad en el punto de partida del contrato y en este contexto nadie debe poseer una posición de prioridad o de privilegio, de manera de prevalecer sobre el otro. Es claro que no puede hablarse de paridad jurídica cuando hay obligación de contratar, bien podría hablarse de necesidad de contratar, que se configura por la imposibilidad para el contratante de sustraerse a estipular el contrato o de acudir a otros oferentes, pues estos operan con las mismas condiciones, como comúnmente sucede en el sector de bancos y seguros.

A esa igualdad jurídica sigue la económica (o, de hecho), que es la igualdad relativa de sacrificios que asumen las partes, la cual, solo cobra sentido tratándose de contratos onerosos”.¹¹⁵

Aplicando esta diferenciación de igualdad jurídica e igualdad material, a nuestro caso concreto de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con las entidades financieras, decimos que el usuario podrá tener una igualdad económica en el contrato, es decir, en el caso de un crédito el banco experimenta, en principio, una pérdida económica al prestar su dinero y el cliente experimenta una pérdida económica aproximada al pagar los intereses de dicho crédito y garantizar el mismo con hipotecas, prendas o codeudores, pero la igualdad jurídica se ve amenazada o vulnerada constantemente por las entidades financieras, las cuales por su carácter de servicio público, saben que el cliente requiere su préstamo con urgencia y aprovechan esta situación para pactar cláusulas de manera unilateral, que en muchas ocasiones implican abuso de su posición dominante en el mercado, vulnerando el principio de igualdad jurídica que ha desarrollado la doctrina para proteger al cliente del sistema financiero.

c) Principio de la Buena Fe. La buena fe es entendida como la actuación bajo los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad en los contratos entre particulares.

¹¹⁴ Luis Ricardo Rodríguez Vargas, Curso de derecho de los contratos. Facultad de Derecho de Costa Rica.

¹¹⁵ Juan Carlos Rezzónico, Principios fundamentales de los contratos. Editorial Astrea, (Buenos Aires, Argentina, 1999), 306.

El principio comentado se refiere a la exclusión del dolo en la celebración de los contratos, a no causar daño y a no actuar contrario a derecho.

De esta forma y para el caso que nos ocupa, no existirá buena fe contractual en el contratante que, teniendo la posibilidad de diseñar los contenidos del contrato, incluya en la redacción excesos que lo beneficien y que perjudiquen exclusivamente al otro contratante que es el adquirente.

Este principio de la buena fe es una limitante a la autonomía privada de la voluntad contractual, aspecto que implica que deba ser objeto de señalamiento, por la sencilla razón, que la buena fe entra a ser un respaldo al momento de cuestionar las cláusulas abusivas que puedan presentarse concomitante con la celebración de contratos en la actividad comercial, máxime si como característica presente en el contrato se tiene el carácter de máxima buena fe.

Por ende, como la buena fe, es un principio que debe estar presente en toda actividad contractual, y actúa como una especie de limitante en cuanto al control de la autonomía de la voluntad, debido a que este postulado o principio consagra unos fundamentos de carácter ético-sociales, porque su alcance permite orientar en gran parte la interpretación de los contratos al permitir impedir posibles abusos derivados de la contratación, que degeneren en desequilibrios de una parte frente a otra, vulnerando la obligación de lealtad, la cual tiene la connotación de ser una característica general, haciendo que la buena fe se convierta en un principio general cuya finalidad se traduce en sancionar falsas afirmaciones, fraudes y abusos, estos tres en algunos eventos productos de la mala fe.

La buena fe impone recíprocamente a los contratantes la obligación de cooperar para que todos ellos alcancen los intereses concretos que se propusieron al momento de contratar, de modo tal de honrar con ello el programa contractual y evitar la frustración de esos intereses. Si dicho interés no ha sido cabalmente satisfecho, nos encontraremos ante el incumplimiento del contrato, que conlleva a la fase de ejecución del contrato, donde se les impone a las partes de un contrato la obligación de cumplir no solo lo pactado, sino también aquello que se derive de la buena fe, donde el juez competente determinará la inobservancia de esa obligación en el que se deriven algunos perjuicios para la otra parte.

La inobservancia de los deberes de conducta que emanan o se derivan de la buena fe contractual supone un incumplimiento del contrato, lo cual puede producir daños en la persona o propiedad de la otra parte, y aquélla engendrará la respectiva responsabilidad civil, que, como se da con ocasión de la ejecución de un contrato, debe necesariamente sujetarse a las reglas de la responsabilidad contractual.

d) Principio de la Autonomía de la Voluntad. En el país se reconoce el principio de la autonomía de la voluntad, entendido como el poder o facultad que tiene todo ciudadano para regular sus intereses y escoger libremente sus relaciones contractuales, respetando las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres. En el caso de los contratos bancarios, se presenta este principio en el entendido de que el contratante siempre podrá decidir si acepta o no los términos del contrato, así como la entidad financiera con la que haya de contratar.

e) Principio de Equilibrio Económico. “Busca que en determinados contratos haya una proporción equitativa entre hechos y objetos debidos y trata de evitar las formas de desequilibrio contractual, principio que no se aplica a los contratos aleatorios. Sin temor a equívocos, se puede afirmar que este es un principio rector en la interpretación del contrato bancario, ya que el rompimiento de dicho principio o su desconocimiento es el que conlleva a dejar sin validez la cláusula abusiva

Dentro de las características de este principio, debemos considerar la conservación y re-establecimiento del equilibrio económico de las partes, puesto que, una vez suscrito el contrato, la voluntad y finalidad de ellas consiste en recibir un beneficio económico, que se debe cumplir sin causar perjuicios a su contraparte”.¹¹⁶

f) Principio de Orden Público. “El orden público ha sido definido como la observancia de ciertos principios permanentes e inmutables, impuestos por la naturaleza humana y revelados o conocidos por la recta razón, como son los dictados de la justicia universal, y que requiere igualmente el mantenimiento de otras condiciones generales que no pueden pretender análoga validez absoluta, pero que deben preservarse y no pueden ser alteradas inopinada o bruscamente sin acarrear hondas conmociones en el medio social, tales como la organización política reinante y el desarrollo ordenado de los procesos económicos y de las actividades públicas y privadas que en estos participan”.¹¹⁷

Se concibe entonces el orden público como un conjunto flexible de principios religiosos, morales políticos y económicos, predominantes en determinado medio social y que se miran como indispensables para la conservación de éste.

Nuestro país no escapa a que la aplicación de dicho principio, encaminado a proteger la parte débil en los contratos a través de la regulación imperativa de los temas más trascendentales en lo referente a derechos humanos y en materia económica, todo con el fin de proteger a la sociedad, por ejemplo, en cuanto a la regulación de intereses en los contratos de mutuo de las entidades financieras, normas que tratan de darle plena aplicación o tratan de hacer realidad los postulados del principio de orden público.

Podemos afirmar de esta primera parte, que los contratos bancarios no responden a la clasificación tradicional de los contratos, ya que siempre las entidades financieras los utilizan en sus relaciones con los clientes y, en consecuencia, el cliente o usuario no participa en la conformación de las cláusulas contractuales, situación que hace necesaria la protección estatal para evitar abusos que perjudiquen al usuario de cualquier producto o servicio financiero que requiera.

De conformidad a lo narrado, desde ahora se podría señalar que tienen plena validez los contratos, lo que se debería sancionar es el abuso de la posición dominante mediante la estipulación de cláusulas abusivas.

¹¹⁶ www.Ccquito.org/desarrollo/portal.nsf. Marzo 2 de 2006.

¹¹⁷ Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Editorial Temis S.A., (Santa Fe de Bogotá: 1998), 11.

2.4 Límites Contractuales de la Autonomía de la Voluntad Privada

Comúnmente se señala que el contrato es ley entre las partes, lo cierto es que “el derecho fundamental a la libertad contractual no se encuentra exento de los límites que tiene todo derecho constitucional. Un Estado social y democrático de derecho se caracteriza por cobijar derechos que no son absolutos”.¹¹⁸ Ningún derecho fundamental “constituye un elemento aislado dentro del ordenamiento jurídico, totalmente desvinculado de los demás derechos y bienes constitucionales”,¹¹⁹ motivo por el cual se aceptan límites. En el caso concreto, “la libertad contractual y la de celebrar todo tipo de acuerdo, en cuanto derechos fundamentales, tienen sus límites consustanciales en otros derechos fundamentales, los cuales representan, en último término, el orden público del ordenamiento jurídico, orden a cuya observancia, desde siempre, ha estado condicionada la validez de la autonomía privada”.¹²⁰ Así, tenemos que los dos principales límites a la libertad contractual son: El orden público y otros derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos.¹²¹

El que nos interesa resaltar son los otros derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos, ya que es evidente que los derechos fundamentales y los principios constitucionales representan necesaria e ineludiblemente, condiciones materiales de validez de los negocios jurídicos, sean estos bajo la modalidad de contratos, acuerdos o alguna otra. De este modo que, “si el contenido de las estipulaciones de éstos resulta incompatible con tales derechos y principios, el acto resulta inválido o nulo”.¹²² El gran reto que se presenta aquí es armonizar, del mejor modo posible, la autonomía privada y la libertad contractual con la protección de otros derechos constitucionales, pues la función de la interpretación constitucional en estos casos no se reduce a encontrar el mejor derecho garantizado por la Constitución, sino que, al haberse integrado dos libertades o derechos en la norma, se entiende que existe una protección de ambos bienes jurídicos. De ahí que uno no pueda ser entendido como excluyente del otro, sino que se trata de establecer los límites de ambos bienes a fin de que ambos alcancen una efectividad óptima. La fijación de límites debe responder en cada caso concreto al principio de proporcionalidad.

Los derechos fundamentales *prima facie* se caracterizan por ser indisponibles e irrenunciables. Sin embargo, una cosa es renunciar a la titularidad de los derechos fundamentales, por ejemplo, de primera generación como son la vida, la libertad o la integridad personal, y otra muy distinta disponer de su ejercicio. La primera se encontraría regulada por nuestro ordenamiento jurídico, pues un sujeto no podría vender su libertad personal para someterse a la esclavitud, vender su derecho a la integridad física o ponerle un precio a su vida para ofrecerla en el mercado. Por eso, los derechos fundamentales clásicos son inherentes a las personas.

¹¹⁸ César Landa Arroyo, “Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Ediciones Legales, (Lima, Perú, 2010), 23.

¹¹⁹ Úrsula Indacochea Prevost, “¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos? Una propuesta de delimitación de sus contenidos a partir del concepto de ponderación”. En: *Thēmis-Revista de Derecho* N° 55. (Lima, Perú, 2008), 98.

¹²⁰ Mijail Mendoza Escalante, “Derechos fundamentales y Derecho Privado. Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y su protección procesal”. Grijley. (Lima, Perú: 2009), 100.

¹²¹ En estricto derecho, son tres límites, pero estudiaremos a los derechos fundamentales y a los bienes constitucionalmente protegidos en conjunto.

¹²² Mijail Mendoza Escalante, “Derechos fundamentales y Derecho Privado. Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y su protección procesal”, 103.

En consecuencia, disponer del ejercicio de los derechos fundamentales sí es válido, pero dentro de ciertos límites, pues no implica que se claudique de ellos, siempre y cuando se verifique la ausencia de coacción física, moral o incluso económica a la suscripción de determinados acuerdos, así como evaluar el nivel de información con el que contaban las partes al momento de vincularse jurídicamente.

Pero, como ha puesto de relieve De Vega García, “no cabe reducir la función constitucional de los derechos a la simple garantía de la autonomía de la voluntad, pues no cualquier disposición de un derecho fundamental supone un ejercicio legítimo del mismo”.¹²³ En efecto, los derechos fundamentales no sólo operan frente a los demás particulares, sino que limitan también la libertad de su propio titular, por más que ello suene a un paternalismo jurídico excesivo.

Es claro que los acuerdos contractuales, incluso los suscritos en ejercicio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual de los individuos, no pueden contravenir otros derechos fundamentales, puesto que, por un lado, el ejercicio de la libertad contractual no puede considerarse como un derecho absoluto y de otro, pues todos los derechos fundamentales, en su conjunto, constituyen el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico. Ello es particularmente evidente en aquellas situaciones en donde, pese a haberse suscrito convenios entre particulares, una de las partes ha aceptado ciertos términos contractuales que, de no haber mediado la necesidad de obtener un bien o la prestación de un servicio, entre otros supuestos, no habría aceptado, por constituir notoriamente una irrazonable auto restricción del ejercicio de sus derechos fundamentales.

2.4.1 Igualdad de las Partes y Paridad del Poder de Negociación

El contrato es un acuerdo de voluntades en el que dos o más partes deciden obligarse, con el fin de tener mutuos beneficios. La igualdad en la ejecución del contrato se refiere básicamente a que las partes contratantes desde la celebración hasta la terminación se deben ubicar en una misma posición con beneficios y garantías equivalentes, sin ninguna clase de distinción, pues podría pensarse que una de las partes por su naturaleza se encontraría en una posición de superioridad a la otra parte, pero teóricamente bajo dicho principio constitucional ambas partes deben ser iguales y, por lo tanto, las condiciones dentro del contrato tienen que ser equivalentes.

Los contratantes deben respetar la buena fe en todas las etapas del negocio, tanto en la formación del contrato como luego de celebrado, durante la fase de su ejecución. De igual manera la buena fe contractual incide en el tratamiento de aquellas anomalías que en el nacimiento o durante la vida del contrato pueden presentarse como límites a su eficacia vinculante. En este sentido, durante la etapa de formación adquieren relevancia las materias de los vicios de la voluntad, de la lesión, y, en estrecha relación con estas, el aprovechamiento del estado de necesidad o de peligro. Por su parte, durante la ejecución presentan relevancia las materias del incumplimiento, la excesiva onerosidad sobrevenida, el cambio de la base negocial, la imprevisión, en fin, los problemas de la sobreviniencia contractual, y, en especial, los criterios para la adaptación de los llamados contratos. En cierta medida, todos estos fenómenos conducen a la revisión del contrato por desequilibrio inicial o por desequilibrio sobrevenido según sea el caso, lo cual implica que las estipulaciones de los contratos pueden modificarse ante alteraciones sustanciales de las circunstancias que los motivaron.

¹²³ Konrad Hesse, “Derecho Constitucional y Derecho Privado”, Civitas. (Madrid: 1995), 24.

Algunas de estas patologías afectan el equilibrio contractual (equilibrio de la operación económica). En cuanto a la formación del contrato, se observa el instituto clásico de la *laesio enormis*, que se aplica para los contratos mercantiles, y recientemente el aprovechamiento del estado de necesidad o de peligro, todo ello en relación con la necesidad, el apremio económico, debilidad mental, ignorancia, inexperiencia, dependencia y especial relación de confianza del sujeto, eventos estos que afectan el equilibrio genético de la operación. En cuanto a la ejecución del contrato, se observa en general la materia de la sobreviniencia contractual, y los modelos para la gestión de una eventual mayor onerosidad sobrevenida de la prestación a partir de la interpretación de la cláusula *rebus sic stantibus*, en el marco del llamado desequilibrio sobrevenido, en donde se permite la revisión de las obligaciones y contratos cuando, por circunstancias sobrevenidas, se ha roto el equilibrio económico del contrato y a una de las partes le resulta imposible o muy gravoso su cumplimiento.

Al margen de la distinción entre buena fe en la formación y buena fe en la ejecución del contrato, se observa que ella cumple la función de criterio para mantener el equilibrio de las prestaciones, y, por ende, la equidad en el intercambio (*equality in the exchange*) al momento de la celebración y también durante la ejecución, en ambos casos, respecto del comportamiento de una parte que pretende la ejecución de un contrato desequilibrado. Buena fe y equilibrio contractual actúan para procurar una justicia contractual y evitar entonces cualquier desproporción grave entre las prestaciones (*gross disparity*), que se traduzca en una excesiva e injustificada ventaja económica para una de las partes en detrimento de la otra, bien sea a causa del aprovechamiento de un estado de necesidad o de peligro (*rectius*: estado de debilidad) al momento de la celebración del contrato, o, bien sea durante su ejecución, a causa del cambio sobrevenido de las circunstancias iniciales que hacen más oneroso el cumplimiento, para evitar, además, cualquier abuso de la función instrumental del tipo contractual.

Por otra parte, la obligación contractual, como *vinculum iuris*, implica una relación de cooperación entre las partes, que está basada en la buena fe y la equidad, e impone, debido al vínculo, una *necessitas*, un *oportere* recíproco en virtud del cual ellas deben guardar siempre un comportamiento leal y correcto. Ello explica la presencia de los deberes de lealtad e información, y especialmente, durante la formación del contrato, de la necesidad de un consentimiento libre de vicios, de la ilicitud del aprovechamiento del estado de necesidad o de peligro, de la ausencia de cláusulas abusivas; y explica, durante la ejecución del contrato, la conducta del deudor dirigida a la satisfacción del acreedor, y la conducta de este, basada igualmente en la cooperación, encaminada a facilitar a aquel el cumplimiento, además a comportarse lealmente en caso de incumplimiento, o de no cumplimiento, e incluso de dificultad en el cumplimiento o de ruptura de la paridad a causa de circunstancias externas a la relación obligacional.

Así, resulta que la buena fe sustenta, respecto de aquellas patologías que afectan en estricto rigor el equilibrio del contrato (lesión y estado de necesidad o de peligro, y cambio sobrevenido de las circunstancias iniciales), un deber para ambas partes en razón del cual deben buscar corregir o adaptar el contrato (*debet moderari*) respectivamente si su equilibrio fue perturbado genética o sucesivamente; una *Vertragskorrektur* (corrección del contrato) se basa en el principio de la buena fe contractual y en la relación de cooperación entre las partes como manifestación de aquella, y las obliga a mantener el equilibrio y la equivalencia de las prestaciones (*Äquivalenzörung*) mediante

un verdadero y propio deber de renegociación, independientemente de la distinta estructura interna de las mencionadas patologías que afectan al contrato en su equilibrio.

Ahora bien, en cuanto al desequilibrio inicial o congénito, una desproporción grave se produce entonces al momento de la celebración del contrato con excepción de los contratos aleatorios cuando una parte acepta las condiciones inicuas que la otra, aprovechándose de un particular estado de necesidad o peligro, le impone para obtener, no la celebración del contrato lo que entraría en el ámbito de los vicios de la voluntad, sino una ventaja patrimonial desproporcionada e injustificada, y reprochada por el derecho. En cuanto al desequilibrio sobrevenido, que se presenta obviamente en los contratos de ejecución sucesiva, periódica o escalonada, la desproporción se verifica durante la ejecución del contrato cuando circunstancias ajenas a las partes y al riesgo propio del mismo, provocan un cambio tal en las condiciones que inicialmente rodeaban la relación obligacional que el cumplimiento de la prestación del deudor se hace, no imposible, sino más oneroso.

Un contrato desequilibrado congénito o sucesivamente no es aceptado por el derecho, que, conforme a la buena fe y la equidad busca corregirlo o adaptarlo (*su reductio ad aequitatem*), para radicar en las partes la obligación de hacerlo dentro del esquema de la cooperación debida; salvar el contrato antes que someterlo a la última solución prevista por el derecho (*extrema ratio*) para esa *iniquitas contractus*: nulidad o rescisión en el desequilibrio inicial, resolución o terminación en el desequilibrio sobrevenido, acorde con la lógica de su respectivo tratamiento. Evidentemente, una regla para corregir o adaptar el contrato (su revisión en sentido estricto) se basa en el principio de la buena fe, que, al enfrentar la realidad fisiológica de aquel, adquiere una función de “equidad correctiva”, que así justificada, se presenta en la relación de cooperación entre las partes.¹²⁴

Entre los presupuestos más importantes se pueden enumerar los siguientes:

a) Negociación o posibilidad de negociación. Las partes deben negociar el contenido del contrato a celebrar. Mediante una ardua negociación en que existe una estira y encoge, y en la que cada una vela por sus intereses podrá alcanzar finalmente un acuerdo justo para ambas partes. Así el contrato es obra de una intervención directa de ambas partes y puede ser catalogado como producto de la libertad contractual. Si un sujeto no negocia a pesar de haber podido hacerlo y consiente el contrato, deberá de cargar con las consecuencias de ello. Deberá cumplir a cabalidad las obligaciones que consintió.

b) Igualdad de las partes. No se refieren a una igualdad económica, sino a una igualdad jurídica. Ambas partes presuponen que los sujetos que se avienen a celebrar un contrato posean igualdad jurídica. De esta manera, ninguna podrá imponer su voluntad sobre la otra.

c) Paridad de poder negocial. Muy relacionado con la igualdad jurídica, sostiene que ambas partes deben de tener igualdad de poder negocial. No debe haber ventaja de una sobre la otra para vincularse contractualmente y determinar el contenido de la relación jurídica.

¹²⁴ José Félix Chamie. “Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato”. Revista Chilena de Derecho Privado No 14, (Santiago de Chile, 2008), 113-116.

De esta manera, dos partes formalmente iguales, libres y con poder negocial, previos tratos preliminares, llegan a un acuerdo en el que se arreglen las relaciones jurídicas privadas patrimoniales de la manera más conveniente para ambos, naciendo de esta manera un contrato.

Sin embargo, la realidad en las negociaciones contractuales presenta otro escenario en donde el comprador de un bien inmueble suele ser una persona natural o una persona jurídica que, desconociendo la complejidad de la actividad inmobiliaria, subestima los alcances de la transacción y se somete entonces a un mundo desconocido, donde actúa más por intuición que por conocimiento, por lo cual desea no dejar pasar la oportunidad cuando esta real o aparentemente se le presenta ante sí. En un mercado tan convulsionado ni el vendedor del inmueble ni el comprador de este último pretenden perderse el uno al otro, más aún cuando las expectativas afloran de manera desbordante ante la inminencia del negocio

Por otro lado, en el sector bancario, a diferencia de otros sectores que brindan servicios públicos, no existe una autoridad administrativa que revise, dé el visto bueno, valide, analice y supervise los contratos de compraventa de los inmuebles. Tal situación resulta una desventaja para los adquirentes de los bienes inmuebles, en tanto que se enfrentan a un contrato en el que no hay ningún tipo de intervención por parte de la autoridad administrativa.

2.4.2 Límites al Límite de la Autonomía de la Voluntad Privada

La autonomía de la voluntad debe considerarse en un marco de un determinado sistema de relaciones sociales y económicas, pero sin que esto deba conducir a la restricción excesiva de dicho principio, el cual tiene en la actualidad un valor inigualable en sede contractual.

Existe autonomía cuando se ejerce un poder con libertad y capacidad para manifestar el propio propósito y vincular a los demás a él. Como todo poder, posee una fundamental cuestión de límites, como toda libertad limita con la libertad de los demás.

Los límites son normas, restricciones o imperativos de carácter ordinario, vienen establecidos en la ley, son ineludibles, van ligados al derecho desde su origen, integran el contenido del propio contrato. Los límites se encuentran en el concepto mismo del derecho, que es lo normado, lo reglado, lo recto.

En materia de contratos, la ley es la voluntad de las partes, en virtud de la cual se elige la regla jurídica por la cual se debe regir el o los vínculos jurídicos que se crean. No obstante, la autonomía de la voluntad, independientemente de ser considerada como uno de los principios más importantes en el Derecho Civil, no es admitida de forma absoluta, por cuanto tiene restricciones previstas en la ley, así como otras que se desprenden de las circunstancias o de las situaciones de hecho.

Estos límites encuentran su fundamento en razones superiores a la mera libertad individual, como es la protección de la justicia cuando no hay relación de igualdad (por ejemplo, los derechos de los consumidores), o bien cuando se encuentra afectado el orden público con base en el bien común o de todos (como el respeto a las relaciones de familia), entre otros.

A partir de esto, Hernández¹²⁵ establece que, si bien el contrato es el ámbito en el que con mayor libertad se ha expresado el principio de autonomía de la voluntad, no se puede considerar al contrato como sólo voluntad de las partes. La autonomía de la voluntad no puede verse al margen del ordenamiento jurídico, su existencia emana de él, ya que su reconocimiento en la ley constituye un presupuesto indispensable para su ejercicio. No existe contrato fuera de un contexto legal, ausente de un ordenamiento jurídico, ya que éste no sólo reconoce la autonomía de la voluntad, sino que la protege y la hace posible. Si no existe un contexto legal que anteceda al contrato, resulta inútil todo ejercicio de voluntad.

La esencia radica en el poder que el ordenamiento reconoce a los particulares de regular por sí sus intereses o relaciones jurídicas con los demás sujetos, sin que ello implique que, al proceder a hacerlo, no deban observar los requisitos exigidos, o que no obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y el interés general de la sociedad.

En la actualidad las contrataciones dejan de ser en muchos casos un acto libremente pactado por los contratantes, ya que la libertad contractual no puede ser absoluta, si bien es cierto que conservan esa libertad de contratar o no, pero es sólo para pactar el contrato, pues en la mayoría de las veces no pueden hacerlo como les plazca, sino en las condiciones legales, donde se reconozcan los límites del principio de la autonomía de la voluntad como son la ley, la moral y el orden público. Debe tenerse presente que para la autonomía de la voluntad lo importante es la concurrencia de dos factores: la voluntad como causa eficiente de las consecuencias jurídicas de los actos de los particulares, y el reconocimiento de esa voluntad por el ordenamiento, con las necesarias limitaciones que éste debe imponer en orden de salvaguardar los intereses superiores de la comunidad.

2.4.3 La Desigualdad Económica y Jurídica para Contratar

La libertad contractual en cuanto a la configuración de contenido es mermada por la imposición de las condiciones generales, en las cuales uno de los contratantes puede decidir si contrata o no, y con quien hacerlo, pero puede decirse que carece de una libertad contractual plena.

Las partes no se encuentran en una situación de igualdad. En definitiva, si el contratante desea obtener el bien o servicio, debe de aceptar en bloque el contrato que se le presenta. Esto se traduce en un poder negocial muy superior del empresario respecto al consumidor. De ello se deduce que el consumidor se encuentra en una situación de inferior frente a los empresarios. Por tanto, la presunción de igualdad y libertad contractual de configuración no son más que una quimera en este tipo de contratación.

Las relaciones económicas sufren una despersonalización, y aún más cuando se trata de relaciones automatizadas. En el pasado existía en las relaciones económicas un trato entre personas perfectamente identificadas o inmediatamente identificables. En la actualidad son difícilmente identificables las personas que forman parte de la relación negocial, e incluso, llegan a ser anónimas, y esto puede ser por la cantidad de ofertas generales o bien por razón del empleo de contratos electrónicos.

¹²⁵ Katiuska Hernández Fraga y Danay Guerra Cosme, El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones. Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa, Universidad de Cienfuegos, No 6, junio 2012, 27-46. Recuperado el 23 de julio de 2015 de <http://www.eumed.net/rev/rejie/06/hfgc.pdf>.

Otro aspecto en el que se puede apreciar la nueva realidad bajo la cual se contrata, es en el consentimiento de las partes. La voluntad de la empresa se manifiesta a través de ofertas que van dirigidas a la generalidad, y no a personas determinadas. Además, poseen carácter permanente, perdurable en el tiempo sin importar quienes contratan. Esto difiere de la voluntad del otro contratante, ya que ésta se manifiesta a través de una aceptación del esquema contractual de carácter individual, para un solo caso, y además transitoria en sus efectos. Cuestión que muestra nuevamente la despersonalización de la contratación moderna.

Existe una desigualdad entre predisponente y contratante que repercute en la imposibilidad de participación en la redacción del contenido contractual. El cliente se ve imposibilitado de participar en la determinación de las cláusulas sobre todo cuando los contratos son de adhesión o mediante proformas. Ante lo cual, el predisponente puede aprovecharse e incorporar cláusulas desequilibradas en perjuicio del contratante. Por ello parte de la doctrina lo llama la parte débil del contrato.

“El control de contenido implementado legalmente se concibe entonces como una medida para restaurar la libertad contractual que únicamente posee de manera formal, mas no material. Sólo el predisponente ejerce su libertad contractual al elaborar el clausulado de acuerdo con sus intereses, prescindiendo totalmente de los intereses de los contratantes”.¹²⁶ O bien, algunos autores afirman que el control de contenido es una limitación a la libertad contractual o autonomía privada, necesaria por motivos de política social de protección a la parte débil.

Por su parte la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo constitucional con referencia 27/1999, sostuvo que, ante un conflicto de intereses, entre el interés individual y un interés público, se debe resolver en favor de la sociedad “*in dubio pro societate*”. Sin embargo, la Sala afirma que “todas las afectaciones que determine el legislante sobre el derecho de propiedad privada deben ser proporcionales y razonables al interés que le prevalece”.¹²⁷

Se debe procurar que los particulares puedan por sí mismos de manera libre y voluntaria autodeterminarse. En algunas ocasiones, debido a que los particulares no logran autodeterminarse óptimamente, el Estado actúa auxiliándolos en el sentido de brindarles herramientas adecuadas para que puedan ejercer de mejor manera su autonomía privada. En consecuencia, como última medida se debe de abogar por la intervención estatal en el contenido del contrato.

2.4.4 Equilibrio y Desequilibrio Contractual en cuanto a Derechos y Obligaciones

El equilibrio contractual o también llamado simetría contractual, es la estabilidad o balance de la celebración y desarrollo en un contrato, esta radica en el sostenimiento de la equivalencia o igualdad de obligaciones en una relación contractual, si esta se fragmenta por causas sobrevinientes, predecibles o imprevistas lo que se estaría generando es un desequilibrio o asimetría contractual

¹²⁶ José Antonio Ballesteros Garrido, Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad, (Barcelona, 1999), 55.

¹²⁷ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia en el proceso de Inc. 57/2005, de las nueve horas del veinticinco de junio de 2009.

El equilibrio contractual, necesariamente nos conduce a la noción de un contrato a título oneroso, en donde una de las partes ha recibido o recibe, bajo la forma de una prestación inmediata (actual) o de una promesa futura, una atribución patrimonial entendida como beneficio o ventaja, como contrapartida del sacrificio que ella procura a la otra o a un tercero.

Para que el contrato sea oneroso se hace menester que las atribuciones patrimoniales se hallen en relación de causalidad, de suerte tal, que el sacrificio de una parte tenga como contraprestación un beneficio en relación de equivalencia.

Por regla general se presume que hay equilibrio entre las partes contratantes, lo contrario sería el desequilibrio, pero el Estado a través de su ordenamiento jurídico provee una serie de acciones para resarcir o estabilizar las relaciones contractuales que hacen estar en un estado de inferioridad a la otra parte en donde el afán del constituyente es brindar especial protección a quienes se encuentren en condiciones de debilidad económica manifiesta, en este caso, el consumidor.

En cuanto al desequilibrio contractual, este ha sido definido como el poder que impone una voluntad unilateral a la contraparte que no se halla de hecho en estado de discutir y, por el contrario, se halla constreñido a aceptar las condiciones contractuales desventajosas. Es decir, existe una excesiva e injustificada desventaja económica para una de las partes, para beneficio de la otra al momento de la celebración del contrato o durante su ejecución. Los negocios jurídicos presuponen que las prestaciones se ejecuten conforme al tipo contractual o negocio jurídico celebrado, todo esto de acuerdo con lo que la ley prevé.

Pero el tráfico jurídico ha llevado a que la relación de interdependencia entre las partes se encuentre unas en mejores condiciones que las otras. Existen diferentes circunstancias que dan cuenta del cambio de las condiciones contractuales tales como el desequilibrio o la asimetría contractuales.

Al desequilibrio contractual se le atribuyen conductas tendientes a generar un mayor provecho para una parte en detrimento de la otra. En este sentido, en algunos tipos contractuales se evidencia un mayor desequilibrio. Por lo que, se deben integrar y tener en cuenta ciertas prerrogativas que mejoren las condiciones de las partes en aras de que la relación contractual sea simétrica.

La parte que no dispone de los mismos conocimientos, informaciones y aptitudes que su contraparte no está en condiciones de apreciar el contenido del contrato ni el alcance del compromiso que se apresta a conformar. El poder desequilibrante es de naturaleza jurídica desde que encuentra su origen en el contrato mismo. Este desequilibrio es la consecuencia de un abuso en el ejercicio de un poder desequilibrante, el cual se manifiesta por la inclusión de cláusulas contractuales que favorecen a una de las partes o agravan las obligaciones y cargas de la otra. Esas cláusulas perturban la economía del contrato provocando un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes.

Todos los supuestos de revisión del contrato presuponen un apartamiento del dogma de la autonomía de la voluntad. En efecto, desde sus orígenes el principio de autonomía de la voluntad

rechazaba y rechaza toda revisión del contrato que no provenga de la voluntad de las partes. Uno de los mecanismos de restablecimiento del equilibrio contractual, lo hallamos en la revisión legal del contrato. Su utilidad radica en mantener el equilibrio en las prestaciones durante el curso de ejecución del contrato.

Teniendo en cuenta el desequilibrio significativo como criterio de determinación del carácter abusivo de una cláusula, el derecho deja necesariamente entender que existe un “equilibrio ideal sobre la base del cual es posible considerar que el contrato presenta un desequilibrio imputable a la cláusula sospechada de ser abusiva”¹²⁸ ya que, estableciéndose judicialmente que esta debe considerársela no convenida, se vuelve al equilibrio original.

El desequilibrio significativo debe ser apreciado cualquiera sea la importancia de la cláusula insertada en el contrato desde que existe en detrimento del contratante. El desequilibrio significativo debe ser considerado en función de la economía general del contrato, del equilibrio general de las prestaciones recíprocas y del principio de la libertad de las convenciones. Es necesario no olvidar que el principio aplicable en el derecho de los contratos es el de la libertad y el de la fuerza obligatoria de las convenciones y que la declaración del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato concluido constituye una injerencia del juez en las relaciones contractuales, por tanto, una excepción con relación al principio vinculante, el que establece que los contratos tienen fuerza de ley.

El desequilibrio significativo relevante para la calificación de vejatoriedad es el normativo y no el económico: en suma, es vejatoria la cláusula que comporta un desequilibrio significativo entre derechos y obligaciones y no entre bienes y servicios y sus correspondientes contraprestaciones económicas.

Si, por el contrario, se incluye una cláusula de reenvío a otra incluida en un documento que no forma parte del texto contractual y es desconocida por el consumidor, el conflicto se instala y existe un desequilibrio en la cláusula insertada por falta de consentimiento, ya que solo es factible consentir sobre lo conocido, es por ello que la falta de aceptación afecta el equilibrio mismo del vínculo.

Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento al contratante, considerado como un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Estas cláusulas abusivas son aquellas que tienen por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato, como son:

- a) Puede ser contenido de contratos discrecionales o predispuestos; de derecho privado o público; de libre configuración interna o controlados por el Estado.
- b) Que no haya sido negociada individualmente.

¹²⁸ Rubén S. Stiglitz, “El Desequilibrio Contractual. Una Visión Comparatista”, Revista Iberoamericana de seguros de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá N° 37 (21), Editorial Ris (Bogotá, Colombia, julio – diciembre 2012), 13-27.

El objeto del contrato y la correlación precio/servicio son temas factibles de ser negociados individualmente. Por lo tanto, no pueden ser abusivas las cláusulas referidas al objeto del contrato ni las que hagan referencia al precio y a la contraprestación.

- c) Que le haya sido presentada al consumidor ya redactada.
- d) Que el contratante no haya participado ni influido en la redacción.
- e) Que provoque un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes que deriven del contrato.
- f) Que el desequilibrio lo sea en perjuicio de uno de los contratantes.

La cláusula que importe en perjuicio del contratante un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones que derivan del contrato presupone irrefragablemente mala fe del profesional. Por lo demás, así surge de su propia definición ya que si “la cláusula abusiva es aquella que tiene por objeto provocar un desequilibrio significativo...”, habrá de tenerse en cuenta que la expresión “objeto” ha sido empleada como “fin del acto”, “móvil” o “intento al que se dirige o encamina una acción”. Si ello es así, la cláusula abusiva siempre es dolosa dado que la finalidad que le es inherente (provocar un desequilibrio significativo y presupone una acción intencional).

Si el contratante debiera probar que la cláusula es abusiva cuando importe una infracción a la buena fe, se hallaría en la imposibilidad de acreditar la mala fe del profesional, ya que el dolo, por tratarse de un elemento interno de la voluntad, impide que sea susceptible de pruebas directas.

La cláusula abusiva requiere como carácter saliente que la misma provoque un desequilibrio significativo (importante o manifiesto) entre los derechos y las obligaciones que deriven del contrato; que el mismo sea significativo, importante o manifiesto; y que lo sea en detrimento del adquirente (contratante).

El desequilibrio en los contratos se sustenta en el poder de negociación que concentra el profesional basado en su: conocimiento técnico, en la información de la que es portador y en la posibilidad de predisponer el contenido contractual, lo que aprovecha para incluir cláusulas que consoliden su posición dominante en el contrato.

El principio general que debe dominar esta materia es que los contratos deben conservar el equilibrio inicial y mantenerlo en etapa funcional (ejecución) hasta su extinción. De ese modo, el contrato será un instrumento útil. La utilidad del contrato es una noción bilateral, ya que el contrato debe satisfacer intereses recíprocos. Si el contrato solo satisface los intereses de un polo de la relación nos hallamos en presencia de un contrato desequilibrado. Por lo tanto, habremos de enfrentar un contrato injusto. Y si es injusto es un contrato inútil. Y el contrato injusto e inútil no merece protección jurídica ya que social y económicamente es descalificable.

2.5 Aspectos Contractuales que no son leídos ni valorados por los Contratantes

Existen contenidos dentro de un contrato que generalmente no son del interés de los individuos, es decir que no son elementos relevantes para los adquirentes de un bien en su decisión

de contratar. Alguna persona se inclina por las ofertas basándose en la existencia de una cláusula de sumisión expresa de su agrado, o debido a que la cláusula en caso de incumplimiento es más baja que la de los demás ofertantes. Por ejemplo, toda persona que se acerca a adquirir un bien, lo hace pensando en el objeto, sus cualidades y el precio que podría asumir, nunca llega pensando en las condiciones generales.

Los aspectos que pasan desapercibidos para los adquirentes de un bien son precisamente a los que se les denominan condiciones generales. Son aspectos hasta cierto punto secundarios en importancia respecto a los beneficios principales y a las cláusulas que de manera excepcional toman relevancia. Los individuos no actúan analizando y comparando las distintas ofertas del mercado, para decidirse a contratar basados en la que le parezca que ofrece mejores condiciones generales.

La actuación normal del individuo para tomar su decisión de celebrar el contrato es leer los aspectos relevantes y no los demás aspectos. Las condiciones generales pasan desapercibidas. Incluso, los adquirentes no se toman la molestia de leerlas para enterarse de su contenido pese a saber de su existencia. Por tanto, la teoría de la elección racional falla en asegurar que los individuos aceptan únicamente ofertas favorables a sus intereses mediante un análisis y comparación de cada aspecto.

La falta de interés de los adquirentes sobre las condiciones generales es conocida por los empresarios. Saben que, producto de ello, mejorar dichas cláusulas dotándolas de contenido más favorable para los adquirentes no vuelve más atractiva su oferta. Es así como las ofertas que podemos ver publicadas en los distintos medios no pretenden resaltar las virtudes de que ofrecen buenas condiciones generales, sino que indican ofrecer buena calidad a buenos precios.

Lo anterior, produce la ausencia de competencia entre las instituciones financieras con respecto a las condiciones generales. La falta de interés y lectura de las condiciones generales provoca que no existe un mercado de condiciones generales, y, por tanto, no se puede ejercer un control de la calidad de ellas. El mercado falla en su función de proveer las mejores condiciones generales posibles. Los adquirentes de un bien no se ven protegidos por el mercado al no existir variadas ofertas de condiciones generales entre las cuales escoger.

El desinterés del adquirente de un bien en cuanto a las condiciones generales incluso llega a ser pernicioso para el excepcional adquirente al que sí le resulta relevante ese aspecto del contrato en su decisión de elegir alguna oferta del mercado. La tendencia de que no es relevante ese aspecto para la mayoría de los adquirentes puede provocar que aquellos excepcionales individuos ignoren o ni siquiera lean esas condiciones generales. Ese grupo excepcional, dado que constituyen minoría, no puede revertir la tendencia de que las condiciones generales formen parte de los aspectos que las instituciones financieras procuran mejorar para atraer los compradores de un bien. Por ejemplo, un abogado que las lea, conocerá que muchas de las cláusulas son desequilibradas en perjuicio suyo, pero debido a que las ofertas se hacen de acuerdo con las tendencias de las fuerzas del mercado imperante, no podrá modificar el sentido de esas cláusulas. Las tendrá que aceptar (con resignación) si decide adquirir el bien.

Habría un resultado diferente, si un grupo de potenciales adquirentes lo suficientemente grande y atractivo para la institución financiera, lee y analiza esas cláusulas. El banco, pueden reparar en que están perdiendo un grupo importante de clientes que sí valoran las condiciones generales. En este caso, el banco puede actuar diseccionando a los adquirentes por grupos. Así, mantiene la oferta dirigida a la mayoría de los clientes, en la que las condiciones generales son desequilibradas a favor del predisponente, ya que para éstos no son elementos relevantes en su decisión de contratar. Pero, por otro lado, crea una oferta dirigida a atraer a este grupo de adquirentes conocedor y cuidadoso, incluyendo condiciones generales favorables a estos compradores, en virtud de que éstos sí son aspectos relevantes para estos adquirentes. Sobre estas cláusulas recaerá un consentimiento stricto sensu. Son producto de la autodeterminación bilateral entre adquirente y banco.

En conclusión, el interés de los individuos, como presupuesto para el funcionamiento del mercado, no se presenta en las condiciones generales, por lo que la justicia contractual ya no puede ser asegurada por el mercado. Pero estas aseveraciones que son ciertas no nos resuelven el problema de fondo el cual es por qué los individuos no las leen, y por qué existe un desinterés respecto de ellas.

Según la teoría tradicional, la regla general es que cada uno debe de obtener la información necesaria para tomar la decisión de contratar, lo cual incluye la lectura del contrato. ¿Qué sucede si una parte falla en leerlo y sin embargo celebra el contrato? Este sujeto ha actuado negligentemente y debe de soportar sus consecuencias quedando vinculado al contrato como si lo hubiese leído y conocido su contenido con anterioridad. Esto es lo conocido como deber de lectura, el cual no es más que una forma de presunción para vincular a sujetos que han fallado en tomar los pasos necesarios para dar un consentimiento informado. Es un deber de autorresponsabilidad por haber actuado sin la precaución debida.

Efectivamente, el deber de lectura tiene sentido cuando los costes de leer y analizar una cláusula no son muy altos, y en consecuencia hacerlo es una precaución razonable que debe adoptar toda persona. Entonces es exigible al adquirente de un bien que tome la precaución de leerla. Cuestión que no sucede en las condiciones generales de la contratación, en cuanto los costes de lectura son más altos que los beneficios de hacerlo, lo cual repercute en el funcionamiento del mercado. En todo caso, el deber de lectura deja de tener razón de ser en materia de condiciones generales, no en cuanto que dejan de ser vinculantes las mismas, sino que no son aplicables las consecuencias de autorresponsabilidad por ausencia de lectura. Al contrario, motivan una protección especial a favor de los adquirentes. Por ejemplo, si se aplica la nulidad por vicios del consentimiento, esto acarrearía más problemas que beneficios al adquirente, ya que la prueba es difícil y, de declararse nulo el contrato, el adquirente se vería privado de la obtención del bien o servicio deseado, por tanto, la nulidad por vicios del consentimiento no es una vía adecuada ni deseada por el derecho y el comercio.

2.6 Elementos Constitutivos de los Contratos Generales

En lo que a los elementos que constituyen o forman parte de los contratos generales se refiere, se aplicarán las disposiciones del derecho civil, ya que estos se hacen extensivos en el derecho comercial.

Así se puede decir que los elementos de un Contrato Mercantil son: a) Elementos Esenciales, que son aquellos casos sin los cuales o no produce efecto alguno o degenera en otro diferente"; "b) Elementos Naturales que son los casos que no siendo esenciales, se entiende pertenecer al contrato, sin necesidad de cláusula especial", y "c) Elementos Accidentales, son aquellos casos que se agregan al contrato por medio de cláusulas especiales, por no pertenecer al contrato ni esencial, ni naturalmente".¹²⁹

Existen sin embargo elementos esenciales comunes a todo contrato, los cuales se detallan a continuación:

1) El Consentimiento: Es la manifestación de voluntad tendiente a producir efectos jurídicos, la cual debe ser expresa o tácita. "Es el acuerdo de voluntades de dos o más personas con un objeto lícito".¹³⁰

Siendo así que va orientado el consentimiento a producir efectos jurídicos, éste debe llenar los requisitos siguientes: a) De existencia, que son aquellos que se necesitan para que exista de por sí el acto; b) De validez, que son los necesarios para que el consentimiento, no sea nulo o viciado, la voluntad jurídica expresa a través del consentimiento, conlleva elementos que la constituyen; c) Intención de voluntad, es la facultad que tiene una persona de actuar en sentido determinado; d) Manifestación de esa intención (exteriorización) ya sea expresa o tácita, y e) El error, que es la representación falsa o inexacta de la realidad, o sea en creer cierto lo falso.

La fuerza es la presión que se ejerce sobre una persona (sea moral o material) para que realice determinado acto. Pero para que la fuerza vicie el consentimiento, es necesario que sea grave, injusta y determinante.

El dolo es la intención de inferir injuria a la persona o a los bienes de otro.

Los Sujetos: En cuanto a los sujetos, la doctrina pide que esencialmente sean legalmente capaces para contraer derechos y obligaciones. Por lo cual bien pueden ser personas naturales y/o jurídicas, éstas últimas actuando por medio de su representante legal.

2) El Objeto: Entendiéndose como tal, la finalidad o fin que lleva el celebrar un contrato, visto no como una cosa u objeto material, es decir, que nos referimos a un objeto jurídico, pero para que exista es necesario: que sea real y determinado (que tenga existencia); que sea un objeto físico y moralmente posible (no debe ser contrario a la ley); y que este en el comercio (debe ser susceptible de apropiación, o ser valorada económicamente).

El objeto del contrato es la obligación generada, tal obligación consiste en una prestación y esta última recae siempre sobre una materialidad, sobre un hecho; por lo que el objeto del contrato consiste en el objeto de la prestación.

¹²⁹ Jorge Antonio Guevara Perla, "Consideraciones Generales sobre los Contratos Civiles" (tesis doctoral de la Universidad de El Salvador, 1977), 2.

¹³⁰ Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, Curso de Derecho Civil, 76.

La prestación se identifica con el elemento objetivo de la relación obligatoria, que es la conducta prometida por el obligado, sea cual sea su naturaleza, alcance y concreción. Pero para que la prestación sea considerada idónea, debe cumplir los siguientes requisitos: a) Que la conducta prometida por el deudor sea Posible, pues evidentemente nadie puede considerarse vinculado a la realización de actos irrealizables como lo son la imposibilidad originaria donde la obligación no llegará a nacer, porque ni siquiera tiene objeto, y la imposibilidad sobrevenida donde la obligación nacerá, pero al sobrevenir lo imposible; b) Que sea Lícita, en donde la prestación se debe adecuar a los valores o principios propios del ordenamiento jurídico, por eso no podrá ser contrario a las leyes, a las buenas costumbres, a la moral y al orden público; y c) Que la presentación debe ser Determinada porque el deudor debe saber a qué queda obligado y el acreedor debe conocer la conducta prometida por el deudor para que llegado al caso pueda reclamar, de lo contrario, resultaría necesario un nuevo acuerdo entre las partes.

3) La Causa: Es el motivo jurídico que induce a las partes a contratar. Esta se presenta en dos aspectos: las causas naturales que son aquellas que normalmente se acompañan de una cláusula que son establecidas y no pueden ser excluidas tales como la compraventa o simplemente la responsabilidad del vendedor, esto se realiza mediante las partes no dispongan de lo contrario dentro del contrato; y las causas accidentales que depende de la voluntad de las partes, ya que pueden incluirse para así poder modificar los efectos naturales dentro del contrato, también son llamadas por su condición, plazo y el cargo.

4) La Capacidad: Es la aptitud legal que toda persona tiene de adquirir y ejecutar derechos y obligaciones. Esta capacidad puede ser: a) Capacidad de Goce, que es la aptitud de una persona para adquirir derechos, para ser titular de ellos, para poder ser objeto de derechos y poder ejercitarlos a través de otra persona, lo cual se adquiere al nacer; y b) Capacidad de Ejercicio, es la aptitud legal de una persona para poder ejercitar esos derechos personalmente. Esto supera la existencia también de capacidad de goce, la cual se adquiere al alcanzar la mayoría de edad.

Las personas que no puedan ejercitar algunos derechos son personas incapaces, y estas pueden ser: absolutas (por causas físicas y naturales), y relativa (por razón de su edad, estado familiar y la forma de administrar los bienes).

Las incapacidades absolutas surgen debido a determinadas circunstancias en que se encuentran ciertas personas, ya que, si bien los dementes están bajo interdicción y los impúberes pueden darse a entender, su voluntad no está revestida de las características necesarias para ser verdadera y, en cuanto a los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, se considera que, si bien tienen voluntad, no pueden expresarla, por lo que, los actos y contratos de los absolutamente incapaces, de acuerdo al Art. 1552 Inc. 2º C.C., son sancionados con nulidad absoluta, la cual puede ser declarada de oficio por el juez o puede ser solicitada por cualquier persona que tenga interés en ello.

La incapacidad relativa, es propiamente incapacidad de ejercicio, donde se permite a la persona practicar su derecho bajo determinadas condiciones, acá se pueden encontrar a los adolescentes, o sea el varón y la mujer que han cumplido los doce años y no ha llegado a su mayoría de edad o no ha sido habilitado de edad

Obligaciones: Son aquellas que nacen de los contratos, cuasicontratos, delitos o cuasidelitos y faltas de la ley. Estos pueden clasificarse atendiendo a la naturaleza de la prestación, dar, hacer o no hacer.

Obligación de dar: Son aquellas en las que tienen por objeto entregar una cosa o cualquier otro derecho real.

Obligación de hacer: Son aquellas en las que el deudor debe ejecutar una prestación consistente en un hecho material.

Obligación de no hacer: Consiste en una obligación de naturaleza negativa, el deudor cumple con una obligación mediante la no ejecución de un acto que ha prometido no hacer.

Solemidades: Es la observación de ciertas formalidades especiales al realizar un acto, sin las cuales no produce efecto alguno. Existen tres tipos de solemnidades: a) Propiamente tales y son las que sin ello el acto jurídico no existe; b) Habilitantes, son los requisitos que se exigen para complementar la voluntad de un incapaz relativamente; c) *Ad probationem*, en la cual es necesario que las solemnidades sean suficientes para acreditar un derecho.

Estos elementos constitutivos de los contratos generales son parte esencial en la conformación de todo contrato, sin los cuales puede acarrear la nulidad de éste a solicitud de cualquiera de las partes contratantes, por lo que, para incorporar cláusulas en un contrato, se debe primeramente cumplir con dichos elementos que la ley exige para su validez.

2.7 Autonomía de la Voluntad Privada, especial énfasis en los Contratos de Compraventa

La autonomía de la voluntad: Puede definirse como la potestad que tiene todo sujeto de derecho, de decidir de manera libre, autónoma, independiente y soberana sobre el surgimiento de una relación jurídica que le vincule; ya sea para originar, conservar, modificar o extinguir derechos y obligaciones interpersonales; por lo que es únicamente la persona, en su esfera privada, la que decide cuándo, qué, con quién, y cómo contratar, siendo el contrato la máxima expresión de dicha autonomía, en tanto que éste se convierte en ley para las partes.¹³¹

Ejemplo de ello se encuentra en el Art. 1597 C.C. que define el contrato de compraventa así: “La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero”. Aquella se dice vender y esta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio. Todo comprador que adquiere por compra una cosa quiere disponer de ella en forma libre y definitiva. Por tanto, es de la esencia del contrato que el vendedor nada se reserve del poder jurídico que tenga sobre la cosa. Desde el punto de vista del Derecho Civil, la compraventa es el principal contrato bilateral.

¹³¹ Luis Prieto Sánchez, Introducción al Derecho, 3ª ed. (Cuenca España: Servicio de Publicaciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 1996), 129. Expone el jurista en mención que, como regla general, las partes de un contrato pueden estipular todas las cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, pueden crear contratos atípicos, o modificar a su voluntad la disposición prevista en la ley para los contratos regulados por ella.

Los Arts. 656 y 665 No. 5° C.C., regulan que: para que valga la tradición debe existir un título traslativo de dominio. Por la sola contratación no se adquiere el dominio, sino que de ella únicamente nacen derechos personales y el comprador adquiere el dominio, al hacersele la tradición de la cosa, o sea que la compraventa habilita solo para adquirir el dominio, esta consideración sobre la compraventa se tomó del Código Civil chileno, quien a su vez la tomó del derecho romano, criterio seguido también por el legislador alemán. “Por el contrato de compraventa el vendedor transfiere la propiedad de una cosa y se compromete a entregarla y el comprador se obliga a pagar el precio en dinero”.¹³²

El contrato de compraventa es: a) Consensual: porque se perfecciona por el solo consentimiento de las partes, esto es por regla general, ya que excepcionalmente puede ser solemne, lo que ocurre en la compraventa de bienes raíces, servidumbres y de sucesiones hereditarias; b) Principal: porque es un contrato que subsiste por sí mismo; c) Bilateral: porque en la compraventa, los contratantes se obligan recíprocamente, el vendedor a entregar la cosa y el comprador a entregar el precio; d) Oneroso: porque ambos contratantes resultan beneficiados; e) De ejecución instantánea: porque es un contrato que se agota en un solo acto; y f) A plazos: porque se estipula que el precio se pagará según las cuotas convenidas, ya sea que la cosa se transfiera inmediatamente o con posterioridad.

En la compraventa intervienen: por una parte, el comprador que es la persona que se obliga a dar el precio y por otra el vendedor, que es quien se obliga a transferir el dominio de la cosa.

Por ser la compraventa un contrato bilateral, la causa de la obligación del vendedor de entregar la cosa, será la obligación conmutativa para el comprador de entregar el precio.

El objeto de todo contrato es la obligación que genera, la que consiste siempre en una prestación y esta recae sobre una materialidad, sobre un hecho, lo cual es aplicando a la compraventa, por tanto, el objeto está constituido por una parte por el precio, que es el objeto de la obligación del comprador y, por otra parte, por la cosa vendida que a su vez es el objeto de la obligación del vendedor.

El Art. 1605 C.C. establece que, por regla general la compraventa es un contrato solemne. Las solemnidades legales del contrato de compraventa pueden ser: a) Legales y b) Voluntarias.

Solemnidades Legales: Las solemnidades legales del contrato de compraventa, pueden ser a su vez: a) Solemnidades legales generales: Son las que se aplican a todo contrato de compraventa de bienes raíces, servidumbres y sucesiones hereditarias, a éstas se refiere el Art. 1605 inc. 2° C.C. y b) Solemnidades legales especiales: estas pueden darse, por las circunstancias en que se celebra el contrato o por la calidad de las personas que intervienen en ella, dentro de estas se puede colocar: 1) El caso de las ventas forzadas que requieren: valúo judicial, publicación de carteles y pública subasta, todo ante Juez competente, Art. 652 inciso 3° C.C., es decir que la venta se hace por orden judicial a petición de un acreedor en pública subasta, la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente, por tanto se realiza sin el consentimiento del propietario de la propiedad, en donde el juez asume la representación del deudor para los efectos de hacer la tradición; y 2) La venta de bienes

¹³² Héctor A. Cruz Quintana, “Código Civil” anotado. Editorial del ejército (Guatemala, 1972), 311.

pertenecientes a personas incapaces que se hacen mediante autorización judicial y en pública subasta.

Solemidades Voluntarias: Las partes pueden crear solemnidades para el contrato de compraventa, en el entendido de que solo podrán hacerlo en los casos en que la ley no las exige expresamente, Art. 1606 C.C.

Las arras pueden desempeñar tres funciones: a) Representar la facultad de las partes para retractarse; b) Pueden darse como parte del precio, en este caso ninguna de las partes debe retractarse, Art. 1609 C.C.; y c) Pueden darse como prueba del contrato concluido, caso en que tampoco pueden retractarse los contratantes, Arts. 1609 C.C.

En cuanto al precio, este es uno de los elementos esenciales del contrato de compraventa; el Art. 1597 C.C. se encarga de definirlo diciendo “es el dinero que el comprador da por la cosa vendida”. La omisión del precio acarrea por una parte la falta de objeto de la obligación del comprador y consecuentemente la falta de causa de la obligación del vendedor.

Para su existencia el precio requiere ciertos requisitos estos son: a) Debe ser real, b) Debe consistir en dinero y c) Debe ser determinado: que se señale en forma exacta la cantidad que se debe pagar por la cosa. La determinación del precio puede hacerse por las partes o por un tercero, teniendo cuidado de no dejar esta determinación al arbitrio de una de las partes.

Junto con el precio, la cosa vendida constituye el objeto del contrato de compraventa, pues es el objeto de la obligación del vendedor. Si falta la cosa vendida, la obligación del vendedor carece de objeto y la que corresponde al comprador como consecuencia carecería de causa.

Cosa en el sentido de la compraventa, dice el autor José Alejandro Bonivento “es todo aquello que es susceptible de ser vendido: un derecho real, un derecho de crédito o un derecho intelectual”.¹³³

Al igual que el precio, la cosa vendida necesita de ciertos requisitos, estos son:

A) Que la cosa pueda venderse: el legislador salvadoreño, en el Art. 1614 C.C. da un amplio margen para entender qué se debe vender, así vemos, que se pueden vender todas las cosas corporales e incorpóreas, con excepción de aquellas cuya enajenación está prohibida. Dentro de las cosas cuya enajenación está prohibida, se encuentran: a) Los bienes de uso público y los bienes fiscales, Art. 571 C.C.; b) Los derechos de uso o habitación, Art. 821 C.C.; c) Las servidumbres, independientes del predio sobre el cual recaen, Art. 826 C.C.; d) El derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva, Art. 1334 C.C.; e) Las universalidades patrimoniales en abstracto, Art. 1615 C.C.; f) La cosa propia, Art. 1619 inc. 3º C.C.; y g) Los derechos que nacen del pacto de retroventa, Art. 1682 C.C.

B) Que la cosa exista o se espera que exista: este requisito lo señala el Art. 1332 C.C.

¹³³ José Alejandro Bonivento Fernández, “Los Principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales”. Talleres editoriales de la librería Stella. Segunda Edición. (Colombia 1974), 54.

Si existe la certeza de que la cosa no existirá, faltará el objeto de la obligación del comprador, lo mismo ocurrirá si la cosa ha dejado de existir al momento de perfeccionarse el contrato.

Puede ocurrir, que el objeto de la obligación del vendedor esté formado por cosas que al momento de perfeccionarse el contrato no existan, pero se tenga la posibilidad de que lleguen a existir, estos son las llamadas “cosas futuras”.

En la compraventa de las cosas futuras, de acuerdo con lo dicho por el Art. 1617 C.C. pueden darse dos situaciones: 1) Que se compre la cosa que se espera. En este caso si la cosa no llega a existir, el contrato no produce ningún efecto y 2) Que se compre la suerte o esperanza de la cosa. Trátase entonces de un contrato aleatorio en el que se compra la posibilidad de que la cosa exista; como por ejemplo la compraventa de un billete de lotería.

C) La cosa debe ser determinada: la cosa vendida debe ser una cosa singular, no se acepta que la compraventa recaiga sobre una universalidad, así lo dice el Art. 1615 C.C. que no hace otra cosa más que aplicar el principio de que el patrimonio es inherente a la persona. Hay que distinguir que se acepta la venta de todos los bienes de una persona, siempre que se individualicen.

D) La cosa comprada no debe ser propia. Este requisito está contemplado por el Art. 1619 inc. 3° C.C. el legislador no vio interés público ni psicológico en una persona, para comprar una cosa propia.

Existen obligaciones por parte del vendedor, que son derivadas propiamente del contrato de compraventa.

De conformidad al Art. 1627 C.C. las obligaciones principales que derivan para el vendedor del contrato de compraventa, se reducen en general a dos: la entrega o tradición y el saneamiento de la cosa vendida; pero además existen otras que resulta importante analizar, entre estas tenemos:

A.- Conservar y custodiar diligentemente la cosa que se ha obligado a entregar, los Arts. 1620 y 1631 C.C. en relación con los Arts. 1419 y 1429 del mismo Código Civil, se refieren a esta obligación. El vendedor está obligado a responder al comprador, por las pérdidas o deterioros que experimente la cosa vendida mientras está en su poder. Puede ocurrir, que la cosa se deteriore y no sea por culpa del vendedor, sino por caso fortuito, esto ha originado lo que se conoce como “Teoría de los Riesgos”.

B.- Entregar al comprador la cosa vendida, el Art. 1627 C.C., se refiere a esta obligación del vendedor, que habla de “entrega o tradición”, se considera necesario determinar en qué forma puede hacerse la tradición y al respecto, el Art. 665 y siguientes C.C., dice que puede ser hecha de distintas formas, así. a) Tradición Real, contenida en el numeral 1° del Art. 665. C.C.; b) *Tradición Ficta*, que a su vez puede ser: Simbólica, a la que se refieren los numerales 3° y 4° del Art. 665 C.C. y el Art. 672 C.C.; Instrumental: referida en los Arts. 667, 670 y 671 C.C.; *Longa Manu*: contenida en el numeral 2° del Art. 665 C.C.; *Brevi Manu*; *Constitutum Possessorium*: el numeral 5° parte final de tantas veces mencionado Art. 665 C.C., la define; *Tradición Ope Legis* o por

Ministerio de Ley, contenida en los Artículos 669 y 771 numeral 1° C.C.; Tradición por Inscripción, plasmada en el Art. 668 C.C.

Si la compraventa no es condicional o a plazo, la obligación de entregar la cosa surge para el vendedor en el momento en que el contrato se perfecciona, así lo establece el Art. 1629 C.C.

En cuanto al lugar en que debe hacerse la entrega, en primer lugar, debe atenderse a la voluntad de las partes, si no se ha dicho nada hay que distinguir: Si se trata de un cuerpo cierto, la entrega se hará en el lugar en que ese cuerpo cierto existía al constituirse la obligación y si se trata de otra cosa, debe hacerse en el domicilio del deudor. Si el domicilio del acreedor o del deudor hubiese cambiado, entre la celebración del contrato y el pago, dicha entrega se hará en el lugar en que debería hacerse sin ese cambio de domicilio, aplicando los Arts. 1457 a 1459 C.C.

C.- Como tercera obligación que del contrato de compraventa deriva para el vendedor, está la de entregar al comprador los títulos que acrediten la propiedad de la cosa vendida. No existe ninguna disposición que contenga expresamente esta obligación, pero se deduce del principio que dice que los contratos deben ejecutarse de buena fe, contenido en el Art. 1417 C.C., ya que es lógico imaginar que, si el vendedor se niega a entregar los títulos que acreditan la propiedad de la cosa vendida, es porque piensa utilizarlos para alguna actuación ilegal posterior.

D.- Otra obligación del vendedor, es la contenida en el Art. 1610 C.C. como es la de pagar los gastos por impuestos fiscales o municipales, las costas de la escritura y de cualesquiera otras solemnidades de venta que ocasionen el otorgamiento de la escritura.

E.- Una de las principales obligaciones del vendedor está la de garantizar al comprador el dominio, y la posesión pacífica y útil de la cosa, a la que se refiere el Código Civil en el Art. 1627 en relación con el Art. 1639 del mismo Código. No sólo se obliga a garantizar la evicción o sea evitar la perturbación jurídica del dominio, sino también la perturbación económica en la posesión de la cosa, originada por los vicios o defectos ocultos de esta.

Con respecto a la “evicción” el autor Rafael Rojina Villegas dice que la palabra deriva de *vincere*, que significa vencer y que “hay evicción cuando el adquirente es privado total o parcialmente de la cosa, por virtud de un derecho de tercero reconocido en sentencia ejecutoriada y anterior a la enajenación”.¹³⁴ Por saneamiento de la evicción, se entiende la obligación surgida para el vendedor de indemnizar daños y perjuicios al comprador, cuando ha tenido lugar la evicción, previa determinación judicial.

Si se trata de una Evicción Parcial, tiene el comprador el derecho opcional de resolver el contrato o exigir al vendedor que le sanee la evicción. Art. 1656 C.C.

La otra fase de la obligación de saneamiento es la relativa a la garantía de la posesión útil de la cosa, a ella se refiere los Arts. 1659 a 1672 C.C. Para los usos a los que normalmente se le

¹³⁴ Rafael Rojina Villegas, Derecho Civil Mexicano, Tomo 6º, contratos volumen I, 2º Edición, editorial Cultura, (México, 1954), 319.

debe destinar y que de haber sido conocidos hubieran determinado que el comprador no celebrara la venta, o bien que hubiera pagado un precio menor”.¹³⁵

Las circunstancias que deben concurrir para que exista los vicios redhibitorios, las enumera el Art. 1660, C.C. estas son: a) que la cosa adolezca de un vicio; b) que el vicio sea grave de manera tal, que la imposibilite para su normal utilización; c) que el vicio sea oculto o sea que el vendedor no haya manifestado su existencia y que el comprador haya podido ignorarlo sin negligencia grave; y d) que el vicio sea anterior al contrato de venta.

La redhibición parcial se presenta en los siguientes casos: a) Cuando se vende un conjunto de cosas, una de las cuales adolece de vicio, esta se conoce como redhibición parcial propia, está señalada por el Art. 1666 C.C.; y b) Cuando a pesar de adolecer de un vicio, la cosa se sigue utilizando o que el vicio no provoque la inutilización total de la cosa, regulada en el Art. 1670 C.C.

Por otra parte, existen obligaciones del comprador derivadas del contrato de compraventa.

A.- La principal obligación que de la compraventa deriva para el comprador, es la de pagar el precio, así lo dice el Art. 1673 C.C. El precio debe pagarse en el lugar estipulado o en el lugar y tiempo de la entrega de la cosa, no obstante, las partes pueden pactar lo contrario, esto a tenor de lo expuesto por el Art. 1674 C.C. en cuanto a la forma en que debe hacerse el pago, se aplica el Art. 1461 C.C. que presenta como excepciones, lo estipulado por los Arts. 1464 y 2114 del mismo Código. Existe un caso de incumplimiento en el pago del precio y es aquel que se conoce como “incumplimiento temido” el cual se produce cuando, se ha señalado, plazo para el pago y antes del vencimiento de dicho plazo, la fortuna del comprador ha disminuido considerablemente, de modo que el vendedor se halla en peligro inminente de perder el precio.

B.- Una segunda obligación del comprador, es la de recibir la cosa comprada, contenida en el Art. 1630 C.C. El incumplimiento de esta obligación hace que el comprador caiga en mora, quedando obligado a abonar al vendedor el alquiler de los almacenes, graneros o vasijas en que se contenga lo vendido, descargando al vendedor de la obligación de conservar y custodiar diligentemente la cosa, haciéndose responsable únicamente del dolo o de la culpa grave.

C.- Como tercera obligación del comprador, está la de abonar los gastos de transporte de la cosa, es decir que se hará cargo de los gastos que se ocasionen con posterioridad a la entrega del bien, a esta obligación se refiere el Art. 1628 parte final C.C.

D.- Como última obligación del comprador aparece la de pagar el testimonio de la escritura y la señala el Art. 1610 inc. 2º C.C. El incumplimiento de las dos últimas obligaciones enumeradas no produce la resolución del contrato, sino que solo dan derecho al vendedor para exigir el reembolso de tales gastos, en caso de haberlos hecho.

A partir de lo relacionado anteriormente, se puede analizar las diferencias en las legislaciones en cuanto a la compraventa civil, comercial y bancaria se refiere, lo cual estriba particularmente en la doctrina.

¹³⁵ Rafael Rojina Villegas, Derecho Civil Mexicano, 305.

Conforme al ordenamiento mercantil, por no existir el acto mixto, la compraventa será mercantil cuando sea realizada en masa y por empresa, así como lo referente a que el objeto del negocio recaiga sobre las cosas típicamente mercantiles. En otro caso, la compraventa será civil, ya que en estas no existe la masificación. El Art. 1013 C.Co. expresa lo que son compraventas mercantiles.

La compraventa tiene las características de contrato bilateral, oneroso y aleatorio. Como ejemplo tenemos: Los locales de electrodomésticos y artículo de oficina.

Existe la compraventa con reserva de dominio, la cual se manifiesta cuando el vendedor se reserva el dominio de la cosa vendida, sea que se trate de muebles o inmuebles, hasta que el comprador haya pagado la totalidad del precio. El comprador sólo adquirirá la propiedad del bien con el pago de la última cuota del precio, pero tendrá derecho al reembolso de la parte pagada, en caso de que el vendedor obtenga la restitución del bien.

La reserva de dominio de bienes inmuebles sólo producirá efectos frente a terceros a partir de la fecha de inscripción del respectivo contrato en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas correspondiente. La reserva de dominio de muebles singularizables e identificables y no fungibles, sólo producirá efectos en relación con terceros a partir de su inscripción en el Registro de la Propiedad Mobiliaria o en el Registro Público de Automotores según sea el caso, por las normas que regulan la materia. Ejemplo de ello tenemos: las hipotecas, las pignoraciones y la anticresis. En este último contrato, el deudor entrega al acreedor un bien inmueble para que con los frutos que éste produzca, se pague la obligación. Entonces la anticresis es a la vez un contrato y una forma de pago, porque es un contrato para pagar. La entrega del bien se hace para que con el producido de él se extinga la obligación.

Ahora bien, el Título XIII del Código Civil establece la interpretación de los Contratos, donde dice que, conocida la intención de los contratantes, debe de estarse a ella más que a lo literal de las palabras. Por lo que se hace necesario estipular las cláusulas del contrato en relación con la naturaleza de estos, y así obtener una interpretación armónica de los mismos.

Es de aclarar que el Código Civil, únicamente en el Art. 1437 C.C. habla sobre este tipo de cláusulas, al establecer “que no pudiendo establecerse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán en contra suya, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella. Se presumirá que estas cláusulas han sido dictadas y extendidas por la parte que tenía más interés en que su sentido no fuera claro. Si el interés fuere igual o equivalente para ambas partes, se observará lo prescrito en el inciso primero”.

Existen algunas disposiciones legales diseminadas y mal ubicadas en la legislación, en donde al darles una interpretación amplia y de equidad, se podría sancionar el ejercicio de algunas cláusulas que se incorporan en los contratos; para el caso lo dispuesto en el Art. 2080 C.C. que en lo pertinente manifiesta que:

"Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta", al establecerse el principio fundamentalista de que, "sin precisar de modo estricto que esa acción u omisión sea contraria a la ley o extraña a la esfera del derecho objeto, permite admitir, con una interpretación amplia, que pueda alcanzar esta responsabilidad a las acciones u omisiones realizadas en el ejercicio de incorporación de algún tipo cláusulas que podrían considerarse abusivas dentro los contratos de compraventa por parte de las instituciones del sistema financiero, además de los actos delictivos y cuasi delictivos civiles"...

"En la anterior disposición se enuncia en forma incompleta la presente teoría. Por desgracia se encuentra comprendida en el título de los "delitos y cuasi-delitos".¹³⁶ "Pero la mala ubicación y los ejemplos consignados en el Art. 2080 C.C. no deben ser obstáculo para aplicar la doctrina que se estudia, ya que su redacción indica con claridad que todo daño causado con malicia o negligencia debe ser reparado, aunque él provenga del ejercicio de una facultad concedida por la Ley".¹³⁷

También se debe hacer notar que existen otras disposiciones jurídicas comprendidas en el Código Civil, específicamente en el Libro IV que trata "de las obligaciones en general", y de los Contratos", Título II que a su vez trata "de los actos y declaraciones de voluntad", y entre los principios de contratos regulados en los Arts. 1332 C.C. Inc. 3° y 4°, 1338 Inc. 1° y 2° C.C., que establecen que todo contrato contrario a la naturaleza y el prohibido por las leyes, por las buenas costumbres o al orden público es moralmente imposible.

Dicho lo anterior, podemos finalizar diciendo que la autonomía de la voluntad en los contratos de compraventa adquieren gran importancia, sobre todo cuando en los referidos contratos una de las partes contratantes incorporan cláusulas por medio de las cuales colocan en desventaja a la parte débil, y las mismas traen consigo un atentado contra el principio de la buena fe en la medida que involucra una desproporción significativa entre las obligaciones y beneficios que adquieren los contratantes, es por ello que el Estado debe controlar la implementación de este tipo de cláusulas, lo cual implica una intervención en la autonomía de la voluntad privada de los contratantes, ya que no se puede afirmar que un contrato es válido simplemente porque concurra la voluntad de las partes. Para que la voluntad cause efecto entre los contratantes, es preciso que la misma se encuentre también reconocida en el ordenamiento jurídico, por tanto, deberá tenerse en cuenta que prohibiciones impiden que la voluntad de las partes despliegue plenos efectos; y que, con carácter general, no podrá pactarse aquello que sea contrario a la ley, la moral y el orden público.

¹³⁶ Guillermo Manuel Ungo, La evolución contemporánea del derecho, 95.

¹³⁷ Ibid, 95.

CAPÍTULO 3

ADQUISICIÓN, VENTAS Y LIQUIDACIÓN DE ACTIVOS EXTRAORDINARIOS DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS

3.1 Contrataciones de Activos Extraordinarios del Sistema Financiero

Los activos extraordinarios, son bienes muebles o inmuebles que le son adjudicados o cedidos a los Bancos privados y estatales, Sociedades de Ahorro y Crédito y Bancos Cooperativos, por la vía voluntaria o judicial, como consecuencia que el deudor de un crédito ya no cuenta con la capacidad de pago para cumplir con las obligaciones que le competen por el financiamiento otorgado por el banco. Estos activos extraordinarios también son conocidos como activos improductivos, ya que no generan ingresos financieros a las instituciones bancarias.

El Art. 71 de la Ley de Bancos establece que: “los bancos podrán aceptar toda clase de garantías y adquirir bienes muebles e inmuebles de cualquier clase, cuando tal aceptación o adquisición sea efectuada en alguno de los siguientes casos: a) Como garantía complementaria, a falta de otra mejor, cuando fuere indispensable asegurar el pago de créditos a su favor, resultantes de operaciones legítimas efectuadas con anterioridad; b) Cuando, a falta de otros medios para hacerse pago, tuvieren que aceptarlos en cancelación, total o parcial, de créditos resultantes de operaciones legalmente efectuadas en el curso de sus negocios; c) Cuando tuvieren que comprarlos, para hacer efectivos créditos a su favor, o bien para la seguridad de sus derechos como acreedor; y d) Cuando les fueren adjudicados en virtud de acción judicial promovida contra sus deudores”.¹³⁸

En toda operación de crédito realizada por una institución bancaria, siempre existe el riesgo de que el capital otorgado a una persona individual o jurídica no sea devuelto en los términos y plazo pactado, como consecuencia que un crédito fue concedido incorrectamente, en el sentido que no se analizaron a profundidad todos los factores e indicadores financieros y económicos del deudor, o porque el crédito fue mal atendido o administrado durante su vigencia.

Una de las principales operaciones realizadas por las instituciones financieras es el otorgamiento de préstamos, tal como lo regula el Art. 1142 del Código de Comercio que dice: “El préstamo es mercantil cuando se otorga por instituciones bancarias o de crédito que realicen tales operaciones o por personas dedicadas a actividades crediticias”¹³⁹ y precisamente cuando los deudores tienen problemas para efectuar el pago de sus cuotas y no las hacen efectivas, el banco acreedor inicia un proceso de mora y la etapa de cobranza a su cargo tanto administrativa como judicialmente. La recuperación de los valores adeudados comúnmente se logra por medio del pago en efectivo de dichas sumas, sin embargo, también puede conseguirse a través de hacerse efectiva la garantía de los créditos, y es por medio de esta última forma que se adquieren bienes para pasar a integrar el rubro de los activos extraordinarios, produciéndose de esta manera lo que es el cambio de un activo (préstamo) por otro (activo extraordinario).

¹³⁸ Ley de Bancos de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1999), art.71.

¹³⁹ Código de Comercio de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1970), art. 1142.

Como consecuencia de ello llega el momento en que el deudor del crédito no puede pagarlo en el plazo y condiciones pactadas, por lo que las instituciones bancarias, previendo posibles pérdidas y riesgos financieros, puede recibir en pago total o parcial ya sea por adjudicación en pago o por dación en pago del deudor, diferentes clases de bienes muebles o inmuebles, que constituyen los activos extraordinarios.

Lo anterior involucra la aplicación de diferentes procedimientos, siendo necesario hacer un breve resumen sobre algunas de las condiciones previas que se dan para el registro de estos activos, como son las siguientes:

A) Otorgamiento de Préstamos

En el desarrollo de este proceso se hace uso de las líneas de crédito, consistentes en instrumentos que contienen las condiciones para el otorgamiento de los préstamos hacia cualquier destino lícito, permitiendo facilitar la producción, transformación, conservación y negociación de bienes y/o prestación de servicios, así como para satisfacer necesidades básicas de la familia; siendo elegibles como sujetos de crédito, las personas naturales o jurídicas que demuestren su capacidad de pago y solvencia moral, teniendo esta última menor relevancia sobre la primera.

Con el propósito de lograr un otorgamiento de préstamos sanos y asegurar su recuperación, los Bancos deben dar cumplimiento a una serie de políticas, dentro de las que se pueden mencionar:

a) Orientar prioritariamente el otorgamiento de créditos para el fomento y desarrollo de la micro, pequeña y mediana empresa, rural y urbana, así como a los trabajadores.

b) Conceder préstamos solamente a usuarios que demuestren capacidad de pago.

c) Otorgar créditos a usuarios hasta la edad que sean asegurables, en los casos que el usuario no pueda ser asegurado, procurar que la garantía cubra suficientemente el riesgo.

d) Cuando existan préstamos cuya amortización sea realizada por medio de órdenes de descuento, se contratará y desembolsará hasta que dichas órdenes estén debidamente aceptadas por los pagadores respectivos.

En cuanto al proceso para la concesión de préstamos, comprende una serie de procedimientos con el fin de aprobar aquellos casos que se consideren proyectos elegibles, los principales pasos que se desarrollan son los que a continuación se mencionan:

a) El cliente se presenta a la oficina, expresando a la ejecutiva de atención al cliente, su necesidad de financiamiento.

b) La ejecutiva en conversación con el solicitante obtiene información para el llenado de la solicitud de crédito, sobre aspectos como: El monto que requiere, plazo, garantías que puede presentar, destino en que utilizará los fondos, actividad a la que se dedica o de donde provendrá el dinero para el pago del préstamo, aspecto que constituye la precalificación del solicitante.

c) La solicitud es asignada a un ejecutivo de negocio para que continúe el trámite de esta, este se encarga de contactar al cliente y recabar la información necesaria para efectuar el análisis de factibilidad del crédito.

d) Se obtiene información sobre el récord crediticio del solicitante en la Superintendencia del Sistema Financiero, así como de otras instituciones financieras en particular, tal como lo establece el Art. 14 Inc. 1º letra d) de la Ley de Regulación de los servicios de información sobre el Historial de Crédito de las Personas que se refiere a los derechos de los consumidores o cliente, y al respecto dice: “Los consumidores o clientes tendrá los siguientes derechos: d) Consentir la recopilación y transmisión de la información: Los datos sobre historial de crédito, brindados por los consumidores o clientes a los agentes económicos, solo podrán ser recopilados o transmitidos a las agencias de información de datos y suministrados por éstas a los agentes económicos, con autorización por escrito y expresa de los consumidores o clientes, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 18 de la Ley de Protección al Consumidor. Dicha autorización deberá constar en un documento u otro medio individual que permitan las leyes que sea especial al efecto”.¹⁴⁰

Así también el Art. 15 de esa misma Ley, establece que: “El agente económico solo podrá tener acceso para consultar información del historial crediticio del consumidor o cliente, con la debida autorización de éste y únicamente en las condiciones en que la misma haya sido conferida”.

e) En caso de que la garantía presentada por el deudor sea hipotecaria, debe gestionarse una evaluación pericial a fin de conocer el valor de esta, así como verificar el estatus del inmueble en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas correspondiente, y asegurar que es viable la inscripción de hipoteca sobre este.

f) Con la información recopilada el ejecutivo obtiene un conocimiento sobre los diferentes aspectos del cliente y su petición de financiamiento, procediendo a revisar que se tenga toda la documentación requerida y ubica la solicitud en la línea de crédito más adecuada. En ese momento ya se tiene preparada la información para someter el préstamo al proceso de aprobación o denegación.

g) El ejecutivo de negocio presenta la solicitud ante la Junta Directiva o un comité de crédito, quienes hacen un análisis de la información expuesta por aquel, haciéndole los cuestionamientos que consideren necesarios; al final acuerdan: Aprobar el préstamo, denegarlo o dejarlo pendiente, recomendando al ejecutivo solventar algunas observaciones para luego someterlo nuevamente a este proceso.

h) Una vez aprobado el crédito, se le informa al cliente que su solicitud ha sido aprobada, indicándole la fecha que se realizará la contratación y el desembolso respectivo.

i) Se realiza en el sistema informático la digitación de la solicitud de crédito, y toda la información requerida por este para el registro y control del préstamo.

¹⁴⁰ Ley de Regulación de los servicios de información sobre el Historial de Crédito de las Personas (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2011), art. 14 Inc. 1º letra d) y 15.

j) Se tramita la inscripción de la Anotación Preventiva del inmueble en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas correspondiente para asegurar la inscripción del documento de Constitución de Hipoteca que garantizará el crédito concedido.

k) La formalización se da mediante la lectura de las condiciones estipuladas para el crédito, contenidas en un documento legal el cual es firmado por el cliente en señal de aceptación, luego se hace efectivo el desembolso haciéndose entrega del monto aprobado.

l) Posterior al otorgamiento la entidad da seguimiento a que se cumplan con los términos y condiciones en que fue pactado el préstamo, realizando las gestiones necesarias para asegurar el correcto reembolso de los fondos.

Dentro de los elementos más importantes inmersos en un crédito que ha sido contratado, se identifican los siguientes:

- a) Monto.
- b) Plazo para el cual ha sido otorgado.
- c) Tasa de interés.
- d) Valor de las comisiones (en caso de existir).
- e) La fuente de recursos de donde provienen los fondos.
- f) Destino para el cual fue desembolsado.
- g) Garantía que lo respalda.
- h) Amortización del préstamo, incluyendo el valor de la cuota y periodicidad de ésta.

B) Clasificación de los Créditos para Constituir Reservas de Saneamiento

Los Bancos para un adecuado y correcto desarrollo de sus actividades financieras aplican una serie de normativas, dentro de las cuales se encuentra la norma NCB-022 “Normas para Clasificar los Activos de Riesgo Crediticio y Constituir las Reservas de Saneamiento”,¹⁴¹ aprobado en Sesión de Concejo Directivo por la Superintendencia del Sistema Financiero el 26 de octubre de 2005, teniendo por objeto regular la evaluación y clasificación de los activos de riesgo crediticio según la calidad de los deudores y exigir la constitución de reservas mínimas de saneamiento de acuerdo con las pérdidas esperadas de los respectivos activos.

Son considerados como activos de riesgo todas las operaciones que de alguna manera signifiquen financiamientos directos o indirectos a favor de personas naturales, jurídicas o grupo de personas.

¹⁴¹ Normas para Clasificar los Activos de Riesgo Crediticio y Constituir las Reservas de Saneamiento. NCB-022 (Concejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero de El Salvador, CD-45/2005).

Entre los activos de riesgo crediticio existentes, se pueden agrupar separadamente de la siguiente forma:

a) Los Créditos para Empresas. Son la generalidad de créditos otorgados por las instituciones, con la excepción de los destinados para vivienda y consumo.

b) Los Créditos para Vivienda. Se concentran los préstamos otorgados a personas naturales para la adquisición de vivienda, así como los concedidos para adquisición de terreno, construcción, remodelación y reparación de viviendas. Los cuales generalmente reúnen las características siguientes: los inmuebles son para uso del adquirente, se otorga a largo plazo, son pagaderos en cuotas periódicas, y pueden ser garantizadas con hipoteca abierta, con primera hipoteca o con segunda hipoteca, en cuanto a estas últimas siempre que ambas hayan sido constituidas con la misma entidad financiera.

c) Los Créditos para Consumo. Se agrupan los préstamos personales cuyo objeto es financiar la adquisición de bienes de consumo o el pago de servicios. Estos poseen las siguientes características: el deudor es una persona natural, el plazo del préstamo generalmente es entre uno y seis años, y el pago del préstamo se efectúa en cuotas periódicas, normalmente iguales y sucesivas.

C) Traslado de Préstamos Vigentes a Vencidos

Cuando un deudor por diversas razones no hace efectivo los pagos de las cuotas pactadas en su crédito, inicia el proceso de mora del mismo, comenzándose a llevar el conteo de los días mora, el cual se toma en cuenta para clasificar a los deudores en una categoría de riesgo; pero además, debe vigilarse el cumplimiento de la norma contable NCB-005 “Normas para la reclasificación contable de los préstamos y contingencias de los bancos y financieras”,¹⁴² aprobado en Sesión de Concejo Directivo por la Superintendencia del Sistema Financiero el 17 de diciembre de 1993, teniendo como propósito, la regulación del traslado de préstamos de cartera vigente a cartera vencida o lo contrario, así como su tratamiento contable de la conversión de una contingencia en préstamo.

D) Reconocimiento Contable de Pérdidas en Préstamos

Los Bancos aplican regulaciones que tienen relación directa con las situaciones en las cuales se encuentren los deudores en cuanto al pago de sus créditos, condiciones que se dan previo a la adquisición de los activos extraordinarios, es por ello que se desarrollan los principales aspectos que regulan el reconocimiento de pérdidas por eliminación de saldos de préstamos y cuentas por cobrar, contenidos en la norma NCB-012 “Norma para el reconocimiento contable de pérdidas en préstamos y cuentas por cobrar de Bancos”,¹⁴³ aprobado en Sesión de Concejo Directivo por la Superintendencia del Sistema Financiero el 29 de octubre de 1998.

¹⁴² Normas para la Reclasificación Contable de los Préstamos y Contingencias de los Bancos y Financieras. NCB-005 (Concejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero de El Salvador, CD-71/1993).

¹⁴³ Normas para el Reconocimiento Contable de Pérdidas en Préstamos y Cuentas por Cobrar de Bancos. NCB-012 (Concejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero de El Salvador, CD-74/1998).

Dicha norma establece las situaciones en las cuales deben reconocerse como pérdida los préstamos, para lo cual basta que se cumpla con una de ellas; dentro de las más importantes se encuentran:

a) Los créditos con garantía real (hipotecas sobre inmuebles) que tengan más de veinticuatro meses de iniciada la acción judicial, sin que haya sido posible trabar el correspondiente embargo.

b) Cuando exista carencia de documento ejecutivo para iniciar la recuperación por la vía judicial.

c) En los casos en que se haya emitido sentencia de primera instancia a favor del deudor.

d) Cuando a juicio de la entidad financiera no exista posibilidad de recuperación.

El plazo establecido para el reconocimiento y registro de los castigos o sanciones debe ser como máximo cada seis meses, realizándose en los meses de mayo y noviembre cuando menos. Los saldos de capital e intereses de préstamos deberán castigarse contra la reserva de saneamiento hasta por la suma que se tenga constituida reservas, la diferencia no reservada, si la hubiere, se liquidará contra los castigos de activos de intermediación.

El procedimiento para aplicar las recuperaciones de préstamos que han sido reconocidos como pérdida, se aplicará en el siguiente orden:

a) Cuando estas sean en efectivo de activos, se deberán registrar así:

- Si la recuperación ocurre en el mismo ejercicio en que se efectuó el castigo, deberá revertirse éste y luego se procederá como una recuperación normal de cartera.
- En caso de que se efectúe en un ejercicio económico posterior al del castigo, causará un debito en las disponibilidades y un crédito en la cuenta de ingresos no operacionales correspondiente.

b) Las recuperaciones en especie de activos generaran los siguientes registros:

- Cuando ocurra dentro del mismo ejercicio donde se realizó el castigo, deberá revertirse éste y luego se procederá como está regulado en la norma NCB-013 “Normas para la Contabilización de los Activos Extraordinarios de los Bancos”,¹⁴⁴ aprobado en Sesión de Concejo Directivo por la Superintendencia del Sistema Financiero el 25 de febrero de 1999.
- Si el reembolso se lleva a cabo en un ejercicio posterior al del reconocimiento de la pérdida, éste originará un debito en los activos extraordinarios y un crédito en la cuenta patrimonial correspondiente.

¹⁴⁴ Normas para la Contabilización de los Activos Extraordinarios de los Bancos. NCB-013 (Concejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero de El Salvador, CD-17/1999).

El monto de los préstamos castigados más sus correspondientes intereses, deberán representarse en la cuenta de orden "Activos Castigados", por toda recuperación de éstos deberá hacerse la oportuna disminución en las cuentas de orden; los saldos recuperados se aplicarán con base al siguiente orden: Intereses de ejercicios anteriores, intereses del ejercicio en curso, cuentas por cobrar y finalmente capital.

3.1.1 Naturaleza Jurídica de los Activos Extraordinarios Financieros

Los activos extraordinarios tienen su origen en los créditos, cuando las instituciones bancarias otorgan préstamos, éstas corren el riesgo de que el crédito se convierta en incobrable, aunque es inherente, siempre se presenta por más cuidadoso que sea el análisis de crédito. Por lo tanto, la garantía que se suministra al concederse es un elemento esencial para minimizar su exposición al riesgo de crédito, aunque esto conlleve a asumir otros riesgos, como lo es la administración de activos extraordinarios.

Cuando el deudor del crédito no puede pagar en el plazo y condiciones pactadas el financiamiento que la institución bancaria le otorgó en su oportunidad, esta última puede aceptar en cancelación parcial o total de la deuda, la adjudicación o dación en pago de un bien mueble o inmueble, según sea el caso, que es lo que se le denomina activo extraordinario.

Los bancos adquieren los activos extraordinarios en defecto del dinero que se les debe, por lo tanto, la transferencia de dichos activos constituye una carga legal debidamente regulada. Los activos extraordinarios son activos recibidos en pago, los cuales deben de ser vendidos en forma obligatoria, que por efecto de impuestos hace aumentar su precio.

Las instituciones bancarias podrán recibir toda clase de garantías y adquirir bienes raíces, establecimientos comerciales, mercaderías, acciones, documentos de crédito, valores, prendas y bienes de toda clase, siempre que tal aceptación o adquisición sea hecha de buena fe. Dichos bienes se denominarán activos extraordinarios, siempre que tal aceptación sea en los casos siguientes:

- a) Como garantía adicional, a falta de otra mejor, cuando fueren indispensables para asegurar el pago de créditos a su favor, resultantes de operaciones efectuadas con anterioridad;
- b) Cuando a falta de otros medios para hacerse pago tuvieren que aceptarlos en cancelación, total o parcial, de créditos a favor del propio banco y, en su caso, las demás empresas del grupo financiero, resultantes de operaciones legalmente efectuadas en el curso de sus negocios;
- c) Cuando tuvieren que comprarlos, para hacer efectivos créditos a su favor, o bien para la seguridad de su propia acreeduría; y,
- d) Cuando le fueren adjudicados en virtud de acción judicial promovida contra sus deudores.

Los activos extraordinarios son bienes muebles e inmuebles propiedad de un banco que han sido adquiridos mediante un proceso judicial o extrajudicial como pago total o parcial de una operación crediticia mal atendida por uno o varios deudores.

Es decir, que son aquellos bienes que adquiere una institución bancaria como consecuencia de que el deudor de un crédito no puede pagar parcial o totalmente la deuda contraída. Es importante indicar que no solamente los créditos que se otorgan con garantía prendaria y/o hipotecaria generan activos extraordinarios, también lo puede generar un crédito con garantía fiduciaria, y se da cuando el deudor no cumple con su obligación en el plazo establecido y decide ceder el bien en forma voluntaria para que cubra el monto total o parcial de la deuda contraída.

Por tanto, el origen donde empieza a formarse los activos extraordinarios se puede definir en los siguientes conceptos:

Activo: “Es el conjunto de todos los bienes y derechos con valor monetario que son propiedad de una empresa, institución o individuo, y que se reflejan en su contabilidad. Las operaciones activas de un banco generan un derecho a ejercer por parte del banco contra terceros”.¹⁴⁵

Recuperación de Créditos: Las instituciones financieras deben emitir políticas que contengan los mecanismos y procedimientos de cobro que consideren adecuados para la recuperación efectiva de los activos crediticios.

La recuperación de créditos es una actividad que tiene por objeto conseguir el pago de un crédito cuando el deudor no llega a saldarlo o se niega a efectuarlo. Antes de iniciar el camino judicial de hecho los bancos que conceden préstamos personales intentan primero conseguir un pago parcial del crédito a través de tres etapas: la primera es la etapa preventiva, que se realiza antes de que venza el crédito, lo cual busca prevenir o evitar que éste caiga en mora, la segunda es la etapa administrativa que se lleva a cabo desde que vence el crédito y termina cuando no se efectuó el pago dentro del plazo ampliado que se estableció para ello; tras agotar los dos recursos anteriores, viene la tercera etapa, que sería la judicial en contra del deudor hasta llegar al pago, que se hace a través de una demanda judicial para el cobro del crédito. Se puede decir entonces que los activos extraordinarios son consecuencia de la recuperación de créditos que efectúan las instituciones con el propósito de evitar pérdidas por los créditos otorgados no pagados por los clientes.

Riesgo de Crédito: “Es simplemente definido como el potencial de que un prestatario o contraparte no cumpla con sus obligaciones de acuerdo con los términos convenidos. Para la mayoría de los bancos, los préstamos son la fuente más grande y obvia del riesgo de crédito”.¹⁴⁶

3.1.2 Adquisición de los Activos Extraordinarios Financieros

Los activos extraordinarios, son bienes muebles e inmuebles recibidos por las entidades al hacer efectiva la garantía del préstamo, y una de las formas utilizada para adquirirlos es la dación en pago, donde el deudor por mutuo acuerdo con el banco entrega los bienes que garantizan su obligación, y se formaliza al emitirse la escritura pública correspondiente.

¹⁴⁵ Miguel Estuardo Galicia Cruz, "La Auditoría Interna en la Adjudicación, Tenencia y Venta de Activos Extraordinarios (inmuebles) en un Banco privado nacional" (tesis de grado, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2011), 37.

¹⁴⁶ Ibid, 38.

Otra forma mediante la cual se adquieren estos activos es por adjudicación judicial, ésta se da después que la institución agota su gestión de cobro administrativo, procediendo a la recuperación por vía judicial, formalizándose mediante un acta de adjudicación judicial emitida por un juez. Este tipo de adjudicación ocurre cuando la institución bancaria, con el objetivo de mitigar pérdidas por el crédito que no ha sido pagado por el deudor, decide plantearle demanda a este último. El valor de la demanda consiste en el capital atrasado, intereses atrasados, gastos y costas procesales.

Previa dación o adjudicación en pago, el banco deberá observar como mínimo los siguientes aspectos:

a) Determinar que no existan otros gravámenes sobre el activo extraordinario recibido y que los documentos que soportan la propiedad del bien deben de estar emitidos a favor del banco, autorizados, legalizados, endosados e inscritos en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas correspondientes.

b) Determinar que el activo se reciba en las mismas condiciones y con las mismas características en que fue aceptado al ser adjudicado. Para lo cual debe de realizarse un inventario de todas las partes del bien. Es necesario también que se investigue si existe algún problema para la toma de posesión, tales como litigios pendientes, invasiones, usurpaciones entre otras tantas.

c) Con el valúo practicado al activo que se está adquiriendo mediante un proceso que no es el judicial, el banco deberá verificar que el mismo se haya realizado apropiadamente para que refleje el valor real del bien.

d) Que se valúe la conveniencia de asegurar el bien mientras este en poder del banco, para prevenir posibles pérdidas.

3.1.2.1 Adquisición por Dación en Pago

Cuando los deudores se ven en dificultades para cumplir oportunamente con el pago de las cuotas de su préstamo, resultan inmersos en una situación de mora con la institución que les otorgo el financiamiento; al verse imposibilitados de hacer frente a la deuda, en ocasiones deciden cancelar la misma cediendo su garantía a la entidad mediante dación en pago, ésta es una de las formas más usadas en la adquisición de activos extraordinarios por parte de los bancos.

Otra situación ocurre cuando por medio de la gestión de cobro el banco negocia con el deudor a que entregue bienes de cualquier naturaleza que permitan recuperar el valor adeudado o la mayor parte de éste. Ordinariamente el deudor luego de una negociación de este tipo solicita un finiquito de cancelación de deuda, el cual es otorgado en algunos casos.

Los bancos por su parte señalan aspectos importantes que deben ser tomados en cuenta para sus propios registros, los cuales son:

a) El valor de adquisición será el que decidan las partes contratantes, quedando establecido en el documento notarial pertinente. El monto así determinado se registrará en la cuenta 1220

bienes recibidos en pago o adjudicados que llevarán todos los bancos, y se acreditarán las obligaciones correspondientes a cargo del deudor.¹⁴⁷

b) Para establecer los saldos adeudados por el cliente, se toma como referencia la fecha que tiene la escritura pública de dación en pago.

c) Si el valor registrado del bien fuere mayor al valor razonable (determinado en valúo pericial), deberá ajustarse hacia este último valor, reconociéndose un gasto no operacional por la diferencia que resulte, dicha aplicación debe efectuarse en la misma fecha que se registre el valor de adquisición.

d) La aceptación de dación en pago deberá referirse a todos los saldos del deudor, inclusive los intereses registrados en cuentas de orden si fuere el caso.

e) Las reservas de saneamiento que el Banco tuviese constituidas sobre préstamos que hubiesen originado activos extraordinarios, no podrán revertirse, sino que deberán trasladarse como provisiones de este tipo de activos. Para efectos de la constitución gradual de reservas, deberán ser liquidados por el banco dentro de un plazo de cinco años a contar de la fecha de su adquisición, debiéndolo provisionarlos como pérdidas en su contabilidad durante los primeros cuatro años, mediante provisiones mensuales uniformes. En todo caso el primer año deberán completar el veinticinco por ciento; el segundo año completarán el cincuenta por ciento; el tercer año el sesenta y cinco por ciento y, al final del cuarto año deberán haber completado el ciento por ciento de la provisión. Si al finalizar el quinto año desde su adquisición el banco no hubiere liquidado los activos extraordinarios, deberá venderlos en pública subasta dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que expire el plazo, previa publicación de dos avisos en dos diarios de circulación nacional en la República, en los que se expresará claramente el lugar, día y hora de la subasta y el valor que servirá de base a la misma.¹⁴⁸

3.1.2.2 Adquisición mediante Adjudicación en Pago

El proceso de recuperación de los saldos en mora llevado a cabo por los Bancos en una primera fase comprende la cobranza a través de diversas gestiones administrativas, mediante el empleo de llamadas telefónicas y luego el envío de notas de cobro, al no tenerse éxito en esas diligencias la entidad se ve obligada a recurrir a una segunda fase la cual consiste en recuperar la deuda por medio de la vía judicial, para ello debe seguirse una serie de procedimientos que permitan al final obtener el reembolso de los saldos a cargo del deudor mediante la adjudicación judicial de bienes propiedad ya sea del prestatario o de los codeudores solidarios.

La recuperación por la vía judicial generalmente es llevada a cabo por un abogado independiente de la entidad, sin embargo, dentro de ésta deben manejarse controles que permitan conocer el grado de avance de los procesos y la fase en la cual se encuentran; algunas de los momentos o etapas que se dan en el desarrollo de un proceso ejecutivo son:

a) Acuerdo de Junta Directiva para iniciar la recuperación judicial de la deuda.

¹⁴⁷ Normas para la Contabilización de los Activos Extraordinarios de los Bancos. NCB-013 (Concejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero de El Salvador, CD-17/1999).

¹⁴⁸ Ley de Bancos de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1999), art.72.

b) Entrega de la documentación del cliente por parte del banco al abogado.

c) Presentación de la demanda en el proceso ejecutivo, Art. 459 CPCM,¹⁴⁹ el cual debe contener el documento base de la acción o título ejecutivo, Art. 457 CPCM, en algunos casos debe presentarse además certificación extendida por el funcionario respectivo donde conste el saldo del deudor, extendida generalmente por el contador de la institución, con el visto bueno del gerente general de la misma, lo cual hará fe en el proceso, ya que el contrato en que se haga constar el saldo con la certificación referida constituye título ejecutivo, eso dependerá de la ley que regule el caso concreto, ejemplo de ello se encuentra en el Art. 1113 C.Co. en lo que se refiere a la apertura de crédito;¹⁵⁰ asimismo deberá presentarse documento en donde conste las cesiones de crédito, a favor del banco en aquellos casos de no haberse otorgado directamente con dicho banco, Art. 1696 C.C.

d) De ser admitida la demanda se ordena decretar el embargo en bienes propios de la parte demandada, librándose para ello el mandamiento de embargo, nombrándose a un ejecutor de embargos, lo cual puede hacerse también por medio de oficio que se libraré al Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas respectivo para su correspondiente inscripción, así también puede darse la orden de descuento sobre el salario, o cualquier otra forma que regulan los Arts. 618, 622, 625 al 629 CPCM, y en caso que no se cuenta con bienes embargados, según Art. 612 CPCM se realiza la averiguación de bienes.

e) Posteriormente se ordena el emplazamiento al demandado, mediante la notificación que se hace a este del decreto de embargo, según el Art. 462 CPCM, donde el demandado tiene 10 días hábiles para contestar la demanda, y poder oponerse por los motivos regulados en el Art. 464 CPCM.

f) Si hubiese oposición se debe tramitar según lo regula el Art. 466 CPCM, de ser necesario se debe señalar audiencia de prueba y, posteriormente el juez dictará sentencia dentro del plazo legal, Art. 468 CPCM.

g) Una vez este declarada firme la sentencia, se sigue con la fase de ejecución, la cual solo podrá iniciarse a petición de parte, según Arts. 570 y 572 CPCM., y mediante una solicitud escrita.

h) De ser admitida la solicitud a trámite, se ordena tanto el despacho de la ejecución, como la notificación de este al ejecutado, quien tendrá cinco días hábiles para plantear su oposición, las cuales serán conforme lo regula el Art. 579 CPCM.

i) De no haber oposición o declarada desestimada ésta sin ser controvertida, se pasa a efectuar el valúo de los bienes embargados, cuando se trate de bienes muebles o inmueble, Art. 647 CPCM, sin embargo, se puede efectuar la realización de los bienes, Art. 649 CPCM.

j) Si se va a subastar el inmueble, para ello se debe publicar edictos en los que se describa el inmueble que se pretende vender, el cual será fijado en el tablero judicial, y publicarse en el

¹⁴⁹ Código Procesal Civil y Mercantil (El Salvador: Asamblea legislativa de El Salvador, 2008).

¹⁵⁰ Código de Comercio de El Salvador. (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1970), art. 1113.

periódico de circulación nacional, y la convocatoria se hará con al menos quince días hábiles con anticipación a la venta por subasta, todo ello según dispone el Art. 656 CPCM.

k) Según Art. 660 CPCM, se sacará a subasta, debiéndole dar lectura de la relación del bien, en caso de que el bien no sea vendido se ordenará la adjudicación en pago, siempre y cuando lo solicite el ejecutante.

l) Oportunamente se solicita la certificación del acta de adjudicación en pago emitida por el juez, la cual le sirve de título de propiedad al banco.

m) Se inscribe la adjudicación en pago en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas correspondiente del bien adjudicado y se hace la liquidación de los saldos a cargo del deudor.

En cuanto al valor de los bienes que han sido adjudicados en pago, existen una serie de elementos que deben ser puestos en práctica, dentro de los cuales se pueden mencionar:

a) Para determinar el costo del activo se considera la fecha de adjudicación judicial, emitida por el juez.

b) El valor de adquisición estará compuesto por el total de la deuda registrada en cuentas de activo, que incluye la suma del saldo de capital, intereses en cuentas de activo, costas procesales, impuestos, derechos registrales y honorarios profesionales necesarios para adquirir el bien; debe separarse en una subcuenta el valor de adjudicación y en otra el saldo restante a cargo del deudor, y se acreditarán las obligaciones correspondientes a cargo de este.

c) El bien quedará registrado con el que sea menor entre el valor de adquisición o el valor razonable, si el primero fuere mayor deberá realizarse un ajuste contra una cuenta de gastos no operacionales en la misma fecha que se transfiera el activo.

d) La reserva de saneamiento que tenga constituido el préstamo no debe revertirse, sino que se trasladará como provisión de esta clase de activos.

El bien que el banco en su oportunidad recibió en garantía no precisamente va a ser el bien adjudicado, puesto que puede ser que un crédito con garantía fiduciaria, probablemente después de un proceso judicial o a conveniencia del deudor, este entregue de manera voluntaria bienes muebles o inmuebles sin necesidad de orden de tribunal alguno. Si se tratare de una adjudicación por una garantía hipotecaria, no quedará saldo insoluto, es decir que la deuda se estará cancelando en su totalidad; si por el contrario la adjudicación se trata de bienes muebles, posiblemente todavía quede un saldo pendiente de pagarse por parte del deudor, entonces el pago sería únicamente parcial, por lo que la diferencia entre el bien adjudicado y el saldo total de la deuda generará un saldo insoluto, el cual debe de ser reclamado por el banco previa adjudicación, y se deberá observar como mínimo los siguientes aspectos:

a) Determinar que no existan otros gravámenes sobre el activo extraordinario recibido y que los documentos que soportan la propiedad del bien deben de estar emitidos a favor del banco,

autorizados, legalizados e inscritos en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas correspondiente.

b) Determinar que el activo se reciba en las mismas condiciones y con las mismas características en que fue aceptado al ser adjudicado. Para lo cual debe de realizarse un inventario de todas las partes del bien. Es necesario también que se investigue si existe algún problema para la toma de posesión, tales como litigios pendientes o usurpaciones.

c) Con el valúo practicado al activo que se está adquiriendo mediante un proceso que no es el judicial, el banco deberá verificar que el mismo se haya realizado apropiadamente para que refleje el valor real del bien.

d) Que se evalúe la conveniencia de asegurar el bien mientras este en poder del banco, para prevenir posibles pérdidas.

3.2 Tenencia de Activos Extraordinarios

Ya adjudicado el activo, este también puede generar gastos o ingresos para su tenencia y/o explotación, como lo puede ser alquiler, agua, luz, seguridad, como gastos de tenencia; e ingresos por alquiler derivado de la explotación.

Las instituciones bancarias pueden efectuar erogaciones para la mejora del activo extraordinario o bien para el mantenimiento de este. La manera de cómo se administren los mismos dependerá del tipo de activo extraordinario que esté en poder del banco.

La tenencia de activos extraordinarios no corresponde a una operación dentro del giro normal de los bancos, por lo que es prudente optimizar su administración para generar ingresos.

El banco debe de tener debido cuidado en los costos de manejo y mantenimiento, puesto que, si los gastos son excesivos, únicamente encarecería el activo extraordinario, generando que el mismo no se venda o bien sea vendido por un precio menor, creando pérdidas a la institución. No obstante, no debe de descuidarse la conservación, porque los mismos pueden deteriorarse y se produciría el mismo efecto anterior: se haría dificultosa la venta o bien se vendería por un precio sumamente menor al activo registrado.

Si se realiza una eficiente administración a través de un programa que permita un adecuado manejo y administración de los activos extraordinarios, éstos se mantendrían en óptimas condiciones de durabilidad y funcionamiento; lo cual produciría ingresos, pudiendo compensarlos con algunas pérdidas eventuales en su realización.

3.2.1 Gasto por Tenencia de Activos Extraordinarios

El banco debe de efectuar las erogaciones necesarias para la conservación y mantenimiento del activo extraordinario; las cuales vienen a incrementar el valor de este. Dichas erogaciones deben registrarse por separado, esto con el propósito de tener un control del valor total del activo y para fijar un precio de venta. El valor del mercado será menor o mayor según sea el caso, debiéndose registrar una pérdida o utilidad en el momento de su liquidación o venta.

A continuación, se detallan las erogaciones comunes que se realizan a los activos extraordinarios registrados como “Muebles”: El pago del impuesto al valor agregado originado en la adjudicación, espacio para su resguardo, mantenimiento preventivo, limpieza, impuesto de circulación en caso de vehículos, valúos, y comisión por venta.

Los gastos que generen los activos extraordinarios calificados como “Inmuebles” podrían ser los siguientes: El pago del impuesto de transferencia de bienes raíces originado en la adjudicación, Impuesto único sobre inmuebles trimestral, Pago de servicios básicos, agua, luz y teléfono, mantenimiento del inmueble como limpieza, pintura, arreglos, cuotas varias a las que están sujetos algunos inmuebles, tales como mantenimiento de calles, vigilancia, guardianes y peones en el caso de fincas o terrenos, valúos, y comisión por venta

Las erogaciones que se realizan por pago de impuestos se basan en lo siguiente: El Impuesto al valor agregado (IVA), Arts. 2 y 4 de la Ley del Impuesto sobre Transferencias de Bienes Raíces,¹⁵¹ detalla como hecho generador del impuesto, que los sujetos obligados al pago de impuestos son las personas natural o jurídica que adquiera bienes raíces, quienes deberán presentar una declaración escrita y firmada en formulario redactado y distribuido por la dirección general, dentro del término de 60 días de plazo, acompañada de un testimonio de la escritura en la que se haya realizado la enajenación, certificación del acta de remate o del auto de adjudicación en sus respectivos casos.

3.3 Administración de los Bienes Adquiridos

La etapa de administración comprende realizar constitución de provisiones de activos extraordinarios conforme los lineamientos dados por la normativa por aplicar, brindar mantenimiento y reparaciones a los bienes adquiridos, llevar a cabo diferentes actividades y estrategias que permitan al banco formalizar la venta de estos en el más corto plazo, controlar el tiempo de tenencia y en caso que este venza, debe efectuarse los procedimientos necesarios a fin de llevar a cabo la venta de los activos por medio de pública subasta no judicial.

Una vez han sido adquiridos los activos extraordinarios, es importante que la entidad cuente con procedimientos y controles que le permitan tener información actualizada sobre estos bienes, debiendo conocerse lo siguiente:

- a) Datos del juicio o proceso por el cual se adjudicó el bien o de la dación en pago.
- b) El nombre del deudor, que deudas está cubriendo el activo extraordinario y por qué monto.
- c) Valor por el cual fue adquirido.
- d) Generales del bien, documentos adjuntos.
- e) Situación legal en que se recibe el bien.

¹⁵¹ Ley del Impuesto sobre Transferencias de Bienes Raíces (El Salvador: Asamblea legislativa de El Salvador, 1986).

- f) Provisiones de reservas constituidas.
- g) Precio fijado para su venta.
- h) Bienes disponibles para la venta y la forma en que se venderán (en efectivo o con financiamiento).
- i) Contactos del personal que proporcionará información del bien, a personas interesadas.
- j) Medios por los cuales se hará publicidad para ofertar los activos.
- k) Recepción y selección de ofertas.
- l) Instancias o comités que pueden aprobar ventas.
- m) Venta y entrega de bienes, traslado al activo fijo, o bajas por pérdidas.
- n) Determinación del plan de mantenimiento para los activos.
- ñ) Registro de gastos mensuales por cada bien.
- o) Información contable en el registro, gastos, baja o venta del activo.

Mucha de la información antes mencionada se encuentra archivada en el expediente que se prepara para cada dación o adjudicación en pago, pues en él se concentra toda la documentación relacionada al bien adquirido tal como: Copias de hipoteca del préstamo cancelado, documento de dación en pago o acta de adjudicación judicial, detalle de los valores a ser liquidados, registros contables de la adquisición, valúo realizado a la propiedad, acuerdo de Junta Directiva donde se da por aceptado el bien, gestiones de venta realizadas donde se incluya copias de la publicidad que ha sido utilizada y documento de compraventa otorgado al comprador.

Para tener información más detallada de cada uno de los bienes, cuando se adquieran grupos de activos extraordinarios, deberá individualizarse el valor de estos y las provisiones que les correspondan. Así mismo, de conformidad al reglamento que regula su administración, los bancos deben llevar registros auxiliares debidamente actualizados, brindando dicha normativa el modelo de un anexo que de forma resumida muestra la información más relevante de cada uno de los activos, éste debe ser actualizado mensualmente y tener como mínimo lo siguiente:

- a) Fecha de la transacción (dación o adjudicación en pago).
- b) Descripción de la transacción, identificando las referencias del ex-deudor.
- c) Número y fecha del acuerdo de Junta Directiva o comité que aprobó la adquisición, venta, conservación o retiro por destrucción.
- d) Los datos suficientes para ubicar el bien (dirección).

- e) Forma de adquisición (dación o adjudicación en pago).
- f) Valor de adquisición.
- g) La provisión registrada en la cuenta.
- h) Gastos de mantenimiento realizados.
- i) Número y fecha de la nota que contiene la prórroga de tenencia, si la hay.
- j) Fecha de vencimiento de la prórroga.
- k) Fecha y precio base de la última subasta.
- l) Gestiones de comercialización o acciones tendientes a vender los bienes.
- m) Exponer la causa del retiro, la cual puede ser venta, conservación o destrucción.
- n) Precio de venta del activo extraordinario. En el Anexo 1 se presenta el cuadro de registros auxiliares contables de activos extraordinarios.

3.3.1 Mantenimientos de los Activos Extraordinarios

A los bienes adquiridos por los bancos ya sean estos muebles o inmuebles, es necesario establecerles a cada uno de ellos las actividades de mantenimiento que deberán realizarse, el empleado o proveedor que lo realizará y la periodicidad de cada una de ellas, controlando además los que han sido enviados fuera de la institución por mantenimiento o reparación (bienes muebles).

Debe llevarse un control detallado de todos los gastos incurridos para el mantenimiento de cada bien, permitiendo con esto contabilizar los gastos, generar órdenes de pago mensuales a los proveedores y suministrar información de los valores pagados a cada uno de estos, y así al momento de la venta se pueda establecer fácilmente la pérdida o ganancia real del mismo.

Las “Normas para la Contabilización de los Activos Extraordinarios de los Bancos”, y las “Normas para la Tenencia de Activos Extraordinarios en los Bancos” aprobados en Sesión de Concejo Directivo por la Superintendencia del Sistema Financiero el 25 de febrero de 1999, 10 y 31 de mayo de 2001 en NCB-013 y NPB4-30 respectivamente, no hace mención sobre el tratamiento que se dará a los valores pagados por las instituciones en concepto de mantenimiento o reparaciones; en la práctica pueden presentarse casos en los cuales las erogaciones pertenezcan a los conceptos antes mencionados o mejoras realizadas a los inmuebles, las cuales se efectúan con el fin de hacer más atractiva la propiedad, protegerla y/o repararla, agilizando así su venta, dicha situación al no estar normada da lugar a diversas interpretaciones y por ende diferentes formas de contabilización, puesto que pueden ser registradas como gastos de mantenimiento o revaluación al activo adquirido.

Sin embargo, como referencia sobre esta problemática, se cuenta con el criterio adoptado en México donde se establece que “el valor de los bienes adjudicados o dados en pago no se podrá revaluar en fecha posterior a su registro inicial, ni cuando previamente se haya efectuado un ajuste por decremento en su valor”,¹⁵² con lo cual se entiende que los valores pagados ya sea por mantenimiento, reparaciones o mejoras deben ser contabilizados como gastos de mantenimiento, es decir cargar esos importes a los resultados del ejercicio en el cual se realicen, teniendo presente que el control de los mismos se lleva en cuadro resumen, permitiendo ser tomados en cuenta tanto al momento de fijar el precio de venta del activo, como para establecerse el beneficio o detrimento obtenido por la entidad al liquidarse el activo extraordinario, dicha forma de operar por parte de México no se encuentra regulado en nuestro país, pero podría ser aplicable como referencia, en virtud de los gastos de mantenimiento o reparación de los activos extraordinarios que realizan los bancos hasta antes de llegado el momento de su liquidación.

El banco debe de efectuar las erogaciones necesarias para la conservación y mantenimiento del activo extraordinario; las cuales vienen a incrementar el valor de este. Dichas erogaciones deben registrarse por separado en los registros contables de los bancos, esto con el propósito de tener un control del valor total del activo y para fijar un precio de venta. El valor del mercado será menor o mayor según sea el caso, debiéndose registrar una pérdida o utilidad en el momento de su liquidación o venta.

3.3.2 Gestión de Venta

Como parte de las actividades para la administración de los activos extraordinarios que son de mayor importancia, se encuentran las gestiones de venta que el banco realice con el objetivo de vender los bienes en el menor plazo posible, ya que el mantenerlos mucho tiempo genera mayores costos para este tipo de instituciones, pues su actividad principal consiste en tener trabajando el dinero a través del otorgamiento de préstamos por medio de los cuales percibe rendimientos de intereses; al recuperar un crédito no en dinero (para ser reinvertido) sino por medio de estos activos, deja de percibir los beneficios que le genera un activo productivo (préstamo), porque éste se convierte en improductivo (bien recibido en pago o adjudicado), sumándose a lo anterior los gastos en que se incurran por el mantenimiento de los mismos.

Las entidades conforme a la reglamentación que están obligadas a dar cumplimiento deben promover la venta de estos activos durante los primeros cinco años de tenencia, haciéndolo a través de los medios que estimen convenientes, para lo cual es necesario dejar constancia de todas las gestiones realizadas en el expediente que para cada bien deberá abrirse. Sobre esto último es importante mencionar que en muchas ocasiones existen personas interesadas en que se les muestre los activos extraordinarios, actividad que es realizada por personas encargadas para ello, luego de haber mostrado la(s) propiedad(es) se solicita al cliente que llene una hoja de oferta sobre la compra de uno de los inmuebles, pero en ocasiones no lo hacen, pues quizá no les interesó el bien, sin embargo, aunque es una promoción de venta, generalmente no se deja documentado en el expediente que se dio dicha diligencia, por lo que deben buscarse mecanismos que permitan solventar tal situación, dentro de los que pueden utilizarse formatos para plasmar el hecho que tal actividad fue llevada a cabo, en el Anexo 1 se presenta el formato de carta oferta para compra de activo extraordinario, y en el Anexo 2 el formato de constancia que se mostró o exhibió dicho

¹⁵² Regla para la valuación de activos extraordinarios emitida por el Consejo Federal para la Mejora Regulatoria de México (<http://www.cofemermir.gob.mx/uploadtests/9150.59.59.26.B-3%20Bienes%20adjudicados.doc>).

activo extraordinario, los cuales al ser llenados y de ser posible firmados por el interesado, sirven de respaldo a la entidad ante la Superintendencia del Sistema Financiero, y así demostrar que se han llevado a cabo gestiones para la venta de estos bienes, debido a los plazos establecidos para su liquidación.

Dentro de las actividades encaminadas a promocionar la venta de los bienes, se establece el valor de venta, el ejecutivo encargado de proporcionar información, si tendrá descuentos especiales y por qué tiempo, la forma de venta si será al contado o con facilidades de financiamiento; se indica también las instituciones que lo promocionarán (en caso de que se use intermediarios) y el tiempo que se publicarán anuncios, así como los medios por los cuales se promocionará, tales como:

- a) Carteles dentro de las oficinas del banco, con información de todos los bienes.
- b) Rótulos que sean visibles en cada una de las propiedades.
- c) Hojas volantes repartidas en diversos lugares.
- d) Perifoneo para ofertar los activos.
- e) Publicidad sobre estos bienes en la página Web de la entidad.
- f) Anuncios en periódicos.
- g) Anuncios en redes sociales.

La gerencia de estas organizaciones debe diseñar e implementar diferentes estrategias encaminadas a lograr una pronta venta de los activos, ya que además de lo antes mencionado el tenerlos por mucho tiempo sin actividad, también implica castigar los resultados de cada uno de los ejercicios con gastos no operativos provenientes de la constitución de provisiones que se realiza mensualmente para cada uno de estos bienes, situación que afecta la rentabilidad de la entidad bancaria.

3.3.3 Plazo de Tenencia y Gestiones para Venta en Pública Subasta

El banco atendiendo disposiciones del reglamento que regula los activos extraordinarios, tiene un plazo de cinco años para la tenencia de estos, el tiempo se contará desde la fecha de adquisición o adjudicación y posteriormente a dicho plazo deberán liquidar los bienes; por tal razón es importante que previo al cumplimiento de este tiempo se realicen los esfuerzos necesarios a fin de lograr la venta, y evitar llegar a la etapa de venderlos en pública subasta, pues esto genera más gastos y la realización de una serie de actividades y trámites.

Así las cosas y luego de haber finalizado el quinto año desde la adquisición de los activos sin haberlos realizado, deberán ser vendidos en pública subasta dentro de sesenta días posteriores a la fecha en que expire el plazo, para ello la entidad tendrá que publicar un aviso en dos periódicos de circulación nacional, donde se expresará: El lugar, día y hora de la subasta, valor que servirá de

base, una breve descripción del bien, su ubicación (si es inmueble), y las condiciones de venta (al contado o con financiamiento).

Antes de llevarse a cabo la subasta, la entidad debe realizar valúo por medio de perito, en el que se plasman las condiciones actualizadas del bien, el valor allí determinado servirá como base para iniciar la venta pública, independientemente del costo de adquisición registrado; siendo importante tomar en cuenta que éste valúo debe realizarse antes de publicar el anuncio en los periódicos, por lo que inmediatamente después de vencerse los cinco años de la tenencia sería un buen momento para efectuarse dicho valúo.

La realización de subasta pública deberá ser comunicada a la Superintendencia del Sistema Financiero, con por lo menos diez días hábiles de anticipación, manifestándoles la fecha, hora y lugar en donde se realizará el evento, la no realización del mismo puede considerarse como una irregularidad en el proceso de subasta, por lo que se podría requerir la repetición de dicho proceso, siempre y cuando no se hubiese vendido el respectivo mueble o inmueble, y realizado el descargo contable correspondiente; adicional a la información antes mencionada, la comunicación deberá contener:

- a) Fotocopias de las publicaciones hechas en los periódicos sobre los avisos de la subasta.
- b) Descripción del bien a subastar.
- c) Precio base de la subasta y valor según los registros contables.
- d) Nombre del expropietario del bien.
- e) Detalle de las subastas anteriores, si las hubiere.

El proceso de subasta será efectuado a través del representante que designe el banco como responsable de los activos extraordinarios y otro de la unidad jurídica, ante la presencia de un delegado de auditoría interna, y cuando la Superintendencia del Sistema Financiero lo considere conveniente, designará un delegado para supervisar el acto; una vez finalizado el evento, la persona nombrada por la entidad levantará un acta, donde se hace constar el lugar, día, hora y demás aspectos relacionados, indicando las generales del comprador, ésta será firmada por el representante del banco y el comprador. De no haber postores, las subastas se repetirán a más tardar a los seis meses de la primera, tal como lo establece el inciso cuarto del Art. 72 de la Ley de Bancos.¹⁵³ El precio base que se tomará será el que defina la institución; sin embargo, si antes de celebrarse la próxima subasta se presenta persona interesada ofreciendo una suma igual o mayor al valor que sirvió de base, podrá venderse el bien sin más trámite al precio ofertado.

Si por alguna razón no se realiza la subasta, debe elaborarse un acta suscrita por los representantes del banco, señalándose los incidentes que impidieron su desarrollo, debiendo publicarse como mínimo por tres veces consecutivas en dos periódicos de circulación nacional, que está no se llevó a cabo y que la próxima se celebrará en un período máximo de seis meses,

¹⁵³ Ley de Bancos de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1999), art. 72.

siempre y cuando no se presente en ese lapso comprador ofreciendo una suma igual o mayor al precio de la última subasta.¹⁵⁴

3.4 Venta o Liquidación de los Activos Extraordinarios Financieros

La tenencia de activos extraordinarios no es operación del giro normal de una institución bancaria, por lo que la adjudicación y tenencia, son dos pasos de los activos extraordinarios que conllevan a una tercera, y que se puede decir que es la más importante, es decir la venta o liquidación de activos extraordinarios, porque es acá donde se determina si el banco ha obtenido ganancias o pérdidas.

La venta de los activos extraordinarios puede darse de forma voluntaria a través de la venta directa, sea esta al contado o hipotecaria, o bien en pública subasta.

a) **Venta Directa.** Los activos extraordinarios que posean y los que adquieran los bancos, deberán ser vendidos dentro de un plazo de cinco años, contado a partir de la fecha de su adquisición.

b) **Pública Subasta.** Si la venta de los activos extraordinarios no fuere realizada dentro del plazo establecido, que son de cinco años, los bancos estarán obligados a ofrecerlos en pública subasta, cuyo procedimiento deberá iniciarse inmediatamente después de la expiración de dicho plazo, dentro de los sesenta días siguientes, previa publicación de dos avisos en dos diarios de mayor circulación nacional. En caso de que no hubiere postores, la subasta deberá repetirse a más tardar cada seis meses.

Con la subasta, el banco incrementa riesgos en sus operaciones, así como gastos administrativos (tenencia), debido a que la venta por subasta implica gastos de publicaciones y disminución del valor del activo extraordinario en un diez por ciento cada seis meses si no se logra vender.

El valor de la venta es de suma importancia, en el sentido que, al momento de vender el bien, tiene que considerarse el precio del mercado, puesto que en el caso de los bienes inmuebles puede incrementarse su precio debido a la plusvalía de la zona donde se encuentren ubicados, o en todo caso pueden disminuir su valor de acuerdo con el peritaje elaborado previamente antes de la puesta en venta de estos. Por otra parte, cuando se trata de bienes muebles, se debe tomar en cuenta que los mismos con el pasar del tiempo, pueden deteriorarse y por lo tanto disminuir su valor; o bien el mercado puede ofrecer los mismos bienes muebles a un precio mucho más favorable al comprador que un activo adjudicado.

La última etapa que se presenta en el tratamiento contable y administrativo de los activos extraordinarios es el retiro, donde los bienes pueden obtener esa calidad ya sea por haberse realizado la venta, traslado al activo fijo o destrucción del bien.

La entidad debe esforzarse por realizar las gestiones de venta necesarias para lograr que el precio de venta del bien al menos cubra el valor por el cual fue recibido en pago o adjudicado más

¹⁵⁴ Normas para la Tenencia de Activos Extraordinarios en los Bancos. NPB4-30 (Concejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero de El Salvador, CD-22/2001 y CD- 27/2001).

el importe de los gastos incurridos para el mantenimiento y venta de este. Sin embargo, cuando se presenten casos en los que la venta deba realizarse por debajo del valor contable bruto, sin restar el valor de las provisiones que se hubiesen constituido, se tendrá que agregar al expediente abierto para el control de la documentación del activo, lo siguiente:

a) Una certificación del punto de acta donde la Junta Directiva tomó el acuerdo de efectuar la venta a ese precio (menor al valor contable bruto), el cual debe contener los razonamientos que justificaron esta decisión.

b) Copia de las ofertas que se hallan recibido.

c) Opinión de un perito acerca de las condiciones en las cuales se encuentra el inmueble, previo a ser sometidas las ofertas a consideración de la Junta Directiva; para ello es necesario que se realice un estudio pericial a la propiedad, donde se exprese lo antes requerido.

Cuando el precio de venta con el que se liquidará el activo fuere menor al valor bruto en libros del banco, la diferencia resultante al comparar ambas cifras deberá ser registrada en la cuenta de pérdida en venta de bienes recibidos en pago o adjudicados; si, por el contrario, se vendiera a un precio mayor del valor bruto en libros su tratamiento contable dependerá de si la venta es al contado o al crédito, desarrollándose cada uno de ellos en los apartados que se presentan más adelante.

Siempre que se lleve a cabo venta de un bien dado en pago o adjudicado, en la que al activo se le hubiese constituido provisión, ésta debe ser liquidada como un ingreso por liberación de reservas, realizándose la aplicación contable mediante un cargo a la cuenta de provisiones por bienes recibidos en pago o adjudicados, contra abono a la cuenta de liberación reservas de saneamiento de activos extraordinarios.

3.4.1 Venta al Contado

La forma de venta de los bienes que puede generar más beneficios al banco es la que se realiza al contado o en efectivo, pues de esta manera se recibe de inmediato el dinero para ser reinvertido en el otorgamiento de nuevos créditos.

Al efectuarse retiro de activos extraordinarios por motivo de venta al contado, éste causará un incremento en las disponibilidades de la entidad, y una disminución en la cuenta de bienes recibidos en pago o adjudicados, por el valor en libros correspondiente; es decir, que, en caso de haberse realizado ajuste al importe registrado en la adquisición del bien, la transacción de liquidación se materializará conforme al total ajustado de este.

Si la operación es al contado y su precio es mayor al valor bruto en libros, la diferencia que resulte al comparar las dos cifras deberá ser registrada en la cuenta contable de utilidad en venta de bienes recibidos en pago, dicha aplicación debe realizarse junto con los registros que se realicen para la liquidación del activo.

3.4.2 Venta con Financiamiento

Otra forma de realizar los activos extraordinarios es la venta a través de financiamiento otorgado por el banco al comprador, esta es una facilidad ofrecida a los clientes para que puedan adquirir los bienes, la cual puede agilizar la comercialización de estos, pues los interesados quizá no cuenten con el dinero suficiente para hacer la compra al contado, pero sí tengan la capacidad de pago con la que les sea aprobado un préstamo a fin de obtener el activo en el que estén interesados.

Para el establecimiento de la relación crédito garantía al otorgarse financiamiento destinado a la compra de inmuebles que tengan la calidad de activos extraordinarios de la misma entidad, se procederá de la siguiente manera:¹⁵⁵

1) Si el valor de venta es superior al valúo pericial, el comprador deberá aportar una prima de por lo menos el 5% del valor de la transacción.

2) Cuando el precio de venta es menor al valúo en más del 5%, el financiamiento podrá ser hasta por el valor de la venta.

3) Conforme al análisis costo - beneficio de cada caso, se puede financiar la venta de activos sin la exigencia de la prima respectiva.

La liquidación de los bienes adquiridos en pago o adjudicados por medio de venta con financiamiento, generará un incremento en la cartera de préstamos y en las disponibilidades por el valor de la prima que aportó el comprador, si fuere el caso, y una disminución en la cuenta de bienes recibidos en pago o adjudicados, por el valor en libros correspondiente.

Cuando la venta sea realizada con financiamiento y su precio es mayor al valor bruto en libros del activo, la diferencia resultante deberá ser registrada en la cuenta de ingresos percibidos no devengados; para cada uno de los casos, el saldo de esta cuenta será amortizado en la proporción que se recupere el capital prestado, lo que causará un cargo en esa cuenta y un crédito a la utilidad en venta de bienes recibidos en pago. En caso de que el comprador haya aportado una prima para adquirir el bien, debe establecerse el porcentaje de ésta con relación al importe de la compra total, luego este será multiplicado por la diferencia obtenida al comparar el precio de venta con el valor en libros del bien, la cifra que resulte de la operación anterior será registrado como utilidad en la cuenta.

3.4.3 Traslado al Activo Fijo

Los bienes que componen los activos extraordinarios pueden perder esa calidad al ser trasladados al activo fijo de los bancos, pero para que esto suceda, la entidad debe seguir el procedimiento destinado a la conservación de bienes, este es:

¹⁵⁵ NCF-001 Lineamientos generales de crédito para las Cajas de Crédito y Banco de los Trabajadores, numeral 13. (En relación con los bancos, cuando la venta de dichos bienes se realiza con financiamiento, se reconocerá como superávit realizado el diferencial positivo entre el precio de venta y el costo, menos el saldo de capital e intereses del crédito otorgado).

1) Debe presentarse solicitud por escrito suscrito por el presidente o representante legal de la entidad financiera dirigido a la Superintendencia del Sistema Financiero con al menos treinta días de anticipación al vencimiento del plazo legal para la tenencia (5 años), a la cual se anexarán los antecedentes relativos al bien y la justificación del uso que se dará al mismo, pudiendo ser para: Fines culturales, beneficio de la comunidad, provecho a su personal, entre otras.

2) La institución deberá demostrar que la inversión en activos fijos netos al fin del mes anterior a la solicitud, restando el veinticinco por ciento del valor de las revaluaciones, no excede el setenta y cinco por ciento de su fondo patrimonial, tal como lo regular el Art. 236 de la Ley de Bancos.

3) Las peticiones dirigidas hacia la conservación de los activos extraordinarios, serán resueltas por el Consejo Directivo del banco en un período no mayor a sesenta días, contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud, dicho plazo solo tendrá efecto en caso de que la solicitud haya sido recibida a entera satisfacción de la Superintendencia del Sistema Financiero.

4) Si se resuelve favorablemente lo solicitado, debe procederse al traslado contable del bien, acreditando la cuenta en la que se encontraba contabilizado el activo extraordinario con cargo a la cuenta de activos para uso de la institución, según corresponda y de acuerdo con el Manual de Contabilidad.

Cuando una institución traslade un activo extraordinario a su activo fijo, previa autorización de la Superintendencia del Sistema Financiero, éste se registrará en la cuenta de activo fijo que corresponda por el valor bruto en libros a la fecha del traslado. Si tiene provisión creada deberá ser liberada como un ingreso por liberación de provisión, en la cuenta de liberación reservas de saneamiento de activos extraordinarios.

3.4.4 Destrucción del Activo Extraordinario

La última forma y la más inusual mediante la cual pierden su calidad los activos extraordinarios, es a través del registro contable mediante destrucción del activo, cabe mencionar que la misma es aplicable principalmente a los bienes muebles recibidos en pago o adjudicados, pues rara vez puede ocurrir que un inmueble sea destruido.

En caso de ocurrir la destrucción de un bien, teniendo conocimiento la institución de tal situación deberá constituirle una provisión de activo extraordinario igual al cincuenta por ciento de su valor, si éste se encuentra asegurado; de lo contrario debe la entidad reconocer la pérdida total inmediatamente haya sido informada de los hechos ocurridos. Si el activo estaba asegurado, una vez recuperado el seguro tendrá que eliminarse la provisión, y si la recuperación fuere por un valor menor al del valor en libros, se reconocerá la pérdida correspondiente, caso contrario habrá que registrar la utilidad generada.

3.5 Contratos Bancarios

Los contratos celebrados entre los usuarios del sistema financiero y las entidades financieras son los llamados contratos bancarios, entre los cuales se tienen los contratos de compraventa de activos extraordinarios, por lo que es necesario avocarse al estudio de los mismos

para determinar si en realidad estos constituyen verdaderos contratos, o por el contrario, son en cierta forma unilaterales y como tales, desprovistos de las reglas de discusión que preceden y caracterizan en la normativa de los contratos, es así como se hace necesario determinar primeramente la forma en como adquieren los activos extraordinarios, como los venden o liquidan según las condiciones generales de contratación.

En primer lugar, se debe decir que no existe un concepto legal de los contratos bancarios. Sin embargo, la doctrina entiende por contrato bancario toda convención destinada a constituir o regular una relación que tenga por objeto la mediación o intermediación en servicios conexos, realizados por un banco. Son necesarios, entonces, dos elementos para configurar la operación de banco. Por un lado, un elemento sustancial representado por la mediación o intermediación en la circulación de los inmuebles que pueden ser al contado o con financiamiento en la circulación del dinero; y, por otro lado, un elemento formal, representado por la necesaria intervención de un banco.

El contenido de estos contratos está determinado por las cláusulas que la doctrina denomina predisuestas o de carácter abusivas, llamadas así porque también son establecidas de antemano por el banco contratante; estas cláusulas constituyen la característica usual de las contrataciones en condiciones generales, pues es una consecuencia de la necesidad de uniformar el contenido de contratos cuya celebración se ofrece al público en general en número casi ilimitado dentro de sus activos extraordinarios. La interpretación del contrato bancario tiene que realizarse de forma objetiva; los criterios señalados por la doctrina para tal efecto obedecen: al que indica que debe existir la mayor reciprocidad posible de intereses entre las partes; el de compatibilizar la finalidad objetiva del contrato desde el punto de vista social y económico en general; y la interpretación según la buena fe.

En los contratos bancarios celebrados entre el banco y sus clientes, es usual que esta se celebre a partir de cláusulas predisuestas o de carácter abusivas, en donde ya contienen formatos definidos con anterioridad por el banco, en los cuales como se ha sostenido el cliente no tiene participación en la discusión del contenido contractual como correspondería a la naturaleza de todo contrato. De esta forma, la participación del usuario bancario se limita a aceptar el clausulado a través de su firma.

Hoy es un hecho cierto que el incremento de la población y, en consecuencia, la producción de los bienes y servicios hace que en el diario vivir se establezcan constantemente relaciones contractuales con otros individuos. Sin embargo, la modalidad contractual que los miembros de una sociedad utilizan para vincularse jurídicamente no es el contrato tradicional o paritario, donde cada una de las partes contratantes, en ejercicio de su autonomía privada, decide libremente contratar y con igual libertad determinan el contenido de su contrato. Por el contrario, en el tráfico patrimonial de los contratos o relaciones jurídicas contractuales se desarrollan bajo otro esquema, otro sistema de contratación distinto al tradicional. Este sistema contractual tiene carácter estandarizado, donde uno de los contratantes que se denominará predisponente, predispone íntegra o parcialmente el contenido del contrato y la otra parte que se denominará el adquirente, acepta contratar en las condiciones preestablecidas por el otro contratante.

Este sistema de contratación estandarizado o predispuesto es potencialmente utilizado por el sector empresarial y por regla general, es la forma de contratación por excelencia del sistema financiero, con el fin de abaratar costos y reducir el riesgo jurídico que implicaría desarrollar un contrato según las especificaciones y necesidades de cada uno de sus clientes.

CAPÍTULO 4

CLÁUSULAS GENERALES Y CLÁUSULAS ABUSIVAS IMPLEMENTADAS EN LOS CONTRATOS DE ACTIVOS EXTRAORDINARIOS FINANCIEROS

4.1 Cláusulas que se implementan dentro de los Contratos

Los contratos celebrados entre sujetos con igual poder de negociación deben atenerse a la autonomía privada de los contratantes, al *pacta sunt servanda*, correspondiendo al Estado garantizar plenamente la libertad de contratación. Pero, en los contratos donde no existe una igualdad en la negociación y celebración del contrato, producto de la asimetría de información que poseen cada uno de los contratantes, se hace necesaria la intervención del legislador a efecto de garantizar un equilibrio en la relación contractual, sin que ello signifique una revisión autoritaria del contenido de todos los contratos, sino únicamente en los casos en que el sujeto activo perjudique al contratante que no pudo ejercer totalmente su autonomía privada al momento de celebrarlos.

Si el operador del derecho tiene conciencia de la existencia de ambos sistemas de contratación privada y la necesidad de aplicar reglas distintas en cada sistema contractual, logrará una verdadera justicia, ya que no es lo mismo celebrar un contrato entre dos sujetos que pueden diseñar el esquema contractual, incorporando las cláusulas y condiciones que consideren que tutelarán de una mejor forma sus intereses; que celebrar un contrato donde una de las partes se encuentra muchas veces en la disyuntiva de aceptar o rechazarlo, en virtud que la teoría general del contrato será válida y eficaz en la medida que refleje la realidad negocial.

Se debe tener presente que el contrato crea una relación jurídica contractual entre los sujetos participantes, la cual los obliga a cumplir las obligaciones asumidas por el contrato celebrado, pero para que ese vínculo jurídico sea válido y exigible, se requiere el pleno consentimiento de ambos contratantes. Este consentimiento debe ser pleno, pues no habrá contrato mientras las partes contratantes no estén de acuerdo sobre todas sus estipulaciones. Del mismo modo, deberá ser libre, ya que las personas tienen la facultad de poder celebrar los contratos que deseen sobre la base de su libertad de contratación. En consecuencia, en la contratación no pueden ni deben ser vinculantes y menos exigibles los pactos o acuerdos contenidos en cláusulas que desnaturalicen tal consentimiento, pues se estaría atentando contra la naturaleza misma del contrato.

El problema se da cuando se incorporan cláusulas de carácter abusivas, lo cual es una realidad que los ordenamientos jurídicos no pueden dejar de lado; por el contrario, deben enfrentar tal problemática y plantear soluciones que eviten el abuso de unos contratantes sobre otros; obviamente, sin obstaculizar el tráfico de bienes y servicios.

Resulta evidente que la ventaja fundamental estriba en la rapidez y eficiencia en el intercambio de los bienes y servicios a un menor costo, debido a la reducción de estos. Y respecto a los riesgos que conlleva la celebración de estos contratos, la frecuente incorporación de cláusulas abusivas o vejatorias por uno de los contratantes que unilateralmente es quien elabora el contenido de las cláusulas generales. En efecto, debido a que en este tipo de contratación bancarias no existe la etapa de la negociación o de tratativas previas, ni tampoco la colaboración de una parte

contratante en el diseño del contenido del contrato, se presentan casos en los que la parte contratante que ha elaborado el contrato o las cláusulas generales de contratación, abusa de su posición jurídica de predisponer, total o parcialmente el esquema contractual, e incorpora condiciones que exclusivamente lo benefician o que perjudican únicamente al contratante que acepta el bien. Una forma usual, en nuestro medio, es la exoneración o el traslado de la responsabilidad de los proveedores hacia los usuarios que aceptan el contrato, generando un desequilibrio en la relación contractual

Al respecto, la doctrina calificada ha expresado su rechazo a la incorporación de cláusulas abusivas, manifestando que, permitir a uno de los contratantes el poder causar perjuicios sin ser responsables, debido a la exoneración o limitación de su responsabilidad; resolver unilateralmente el contrato; suspender arbitrariamente la ejecución de sus prestaciones; o prorrogar o renovar tácitamente la relación contractual creada por el contrato, es desnaturalizar la esencia del contrato.

4.1.1 Características de las Cláusulas Generales y las Cláusulas Abusivas

Las cláusulas generales de contratación son un conjunto inmutable de cláusulas o condiciones redactadas en forma previa y generalmente de una forma unilateral por una persona natural sea por si o en representación de una persona jurídica, con la finalidad de fijar las condiciones de una serie indefinida de futuros contratos generales, cada uno de los cuales tendrá sus propios elementos. Lo cierto es que estas cláusulas generales constituirán parte integrante del contrato y tendrá eficacia, únicamente cuando cumpliendo con los requisitos previsto por la ley, se celebre un contrato específico entre dos partes.

La doctrina califica las características de las cláusulas generales de contratación de la siguiente forma:¹⁵⁶

a) La predisposición o preformulación: Que es el acto por el cual una persona natural por si o en representación de una persona jurídica, concibe intelectualmente y redacta en forma previa y unilateral las cláusulas generales;

b) La generalidad: Está referida al hecho de que “las cláusulas generales se formulan sin tener relación con un contratante específico” por lo tanto, están dirigidas al público en general, a la masa humana;

c) La uniformidad: Se presenta cuando “las cláusulas generales son comunes a una serie indefinida de contratos particulares”;

d) La abstracción: Significa que “las cláusulas generales son concebidas independientemente de una concreta relación jurídica”; y

e) La inmutabilidad: Es otro elemento esencial de las cláusulas generales, “se faculta a las partes contratantes a pactar que determinadas cláusulas generales no se apliquen a un contrato en

¹⁵⁶ Véase Carlos Cárdenas Quirós, “Las Cláusulas Generales de Contratación y el Control de las Cláusulas Abusivas”, Editorial Ius Et Veritas, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año VII, (Lima, Perú No 13, 1996): 19-35; Juan Carlos Rezzónico, Contratos con Cláusulas Predispuestas: Condiciones Negociales Generales, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1987; y Carlos Gustavo Vallespinos, “El Contrato por Adhesión a Condiciones Generales”, Editorial Universidad, (Buenos Aires, Argentina, 1984): 231.

particular”. Sin embargo, las cláusulas generales pre-formuladas por el predisponente “deben ser un conjunto único e indiscutible y como tales, no pueden ser modificadas”.

Al respecto, De la Puente señala que permitir a las partes contratantes la modificación de las cláusulas generales de contratación es atentar contra su naturaleza y destruir la verdadera finalidad de su utilización, consistente en facilitar la contratación masiva de bienes y servicios. El mismo autor señala que las cláusulas generales de contratación no son normas de orden público y menos normas imperativas, por tanto, la inmutabilidad de estas cláusulas es necesaria dadas las exigencias del tráfico masivo. No obstante, “si se modifican las cláusulas generales estaríamos ante un contrato paritario y no ante uno celebrado sobre la base de cláusulas generales de contratación”.¹⁵⁷

Sin lugar a dudas, existe la posibilidad de que se puedan modificar algunas o aun todas las cláusulas generales, pero en este caso, como se ha señalado, no se estaría ante un contrato celebrado sobre la base de dichas cláusulas, sino frente a uno paritario o negociado, donde existen las tratativas previas o la negociación al acuerdo final y por lo tanto, tal contrato no podrá estar sujeto a las reglas de la contratación masiva, debiendo en este caso aplicarse las reglas del contrato negociado y la teoría general del contrato.

En cuanto a las características de las cláusulas abusivas Rubén Stiglitz señala las siguientes:¹⁵⁸

- a) Que no hayan sido negociadas individualmente;
- b) Que al usuario le sea presentada dicha cláusula, redactada previamente por el proveedor de bienes o de servicios;
- c) Que el usuario no haya podido participar o influir en su contenido, particularmente en los contratos por adhesión;
- d) Que de su contenido resulte infracción a las exigencias de la buena fe;
- e) Que cause, en detrimento del usuario un desequilibrio relevante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato;
- f) Que debe considerarse el principio de prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales;
- g) Que el usuario no haya tenido la posibilidad de negociarla, redactarla o modificarla en forma independiente con el responsable de su redacción;
- h) Que, aunque previsible o conocida por el usuario al momento de contratar no deje de ser abusiva;
- i) Que conlleve inequidad o afecte la buena fe del usuario; y
- j) Que sea contraria a lo razonablemente suscrito.

¹⁵⁷ Véase Manuel de la Puente y Lavalle, *El Contrato en General*, Tomo. III, Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2007; asimismo, Carlos Cárdenas Quirós, “Las Cláusulas Generales de Contratación y el Control de las Cláusulas Abusivas”. Editorial Ius Et Veritas, Revista de Derecho, editada por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año VII, (Lima, Perú, No. 13, 1996): 19-35; de igual parecer es Juan M. Farina, *Contratos Comerciales Modernos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2005.

¹⁵⁸ Rubén Stiglitz y Gabriel Stiglitz, *Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor*. Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1995, 342.

4.1.2 Naturaleza Jurídica de las Cláusulas Generales de Contratación

Sobre la naturaleza jurídica de las cláusulas generales de contratación, es necesario preguntarse si dichas cláusulas son equiparables a normas jurídicas y, por ende, obligatorias para las partes, o por el contrario constituyen una simple forma de contratación.

Para responder esta pregunta han surgido fundamentalmente dos teorías: la normativista y la contractualista.

La Teoría Normativista o anti contractualista: Los representantes de esta teoría, que son los alemanes Grossmann-Doerth (1933), Kohler (1934) y Hildebrant (1937), consideran que las cláusulas generales forman parte del ordenamiento legal y deben ser consideradas como normas vinculantes, por lo tanto, son obligatorias tanto para quien las predispone como para quienes se vinculan con él.¹⁵⁹ En 1962 Joaquín Garrigues expresó que las condiciones generales merecen la calificación de “usos mercantiles” y, como tales, constituyen fuente objetiva de derecho.¹⁶⁰ Igualmente, en 1981, María Constanza ha manifestado que ante la carencia de normas dispositivas que regulen las relaciones contractuales masivas, la difusión y uso de las condiciones generales de contratación van creando contratos atípicos que posteriormente se convierten en normas dispositivas.¹⁶¹ En síntesis, para la teoría normativista las cláusulas generales de contratación son equiparables a normas positivas y, por lo tanto, no tienen una naturaleza contractual.

Por el contrario, para la Teoría Contractualista: Las cláusulas generales de contratación forman parte del contrato y constituyen una expresión de la autonomía privada. Empero, las cláusulas generales sólo adquieren fuerza obligatoria, como estricto contenido contractual,¹⁶² cuando se celebra un contrato en particular y ellas se incorporan al mismo.

La teoría contractualista entiende que las condiciones generales no tienen valor normativo ni contractual antes de ser aceptadas, solo obligan cuando devienen cláusulas de cada uno de los concretos contratos celebrados con arreglo a ellas.¹⁶³

Por otro lado, habría que referirse a la naturaleza jurídica de las condiciones generales de contratación, lo cual es una cuestión en la que aún, no se ha encontrado una respuesta definitiva y que sigue existiendo debate en el ámbito doctrinal, debido a que para algunos juristas no es lo mismo las condiciones generales de contratación que los contratos predispuestos; ya que las primeras se dan en una etapa a priori, es decir, en la elaboración de las condiciones por el proveedor, y el segundo, se da en la etapa de aceptación de las condiciones generales por parte del usuario.

¹⁵⁹ Manuel de La Puente y Lavalle, *El Contrato en General*, Tomo III, 101-102.

¹⁶⁰ Joaquín Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, reimpresión de la 7ª Edición, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1987, 128; Luis Díez Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen I, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1983, 250- 251; Manuel García Amigo, *Condiciones Generales de los Contratos*, Editorial Revista de Derechos Privado, Madrid, España, 1969, 1-2; Manuel de La Puente y Lavalle, *Estudios sobre el Contrato Privado*, Tomo. I, Editorial Cultural Cuzco, Lima, Perú, 1983, 315-316.

¹⁶¹ Véase María Constanza, “Il contratto atípico”, Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1981, 274; asimismo a Cesare Massimo Bianca, “Natura normativa delle condizioni generali di contratto”, e: *Le condizioni generali di contratto*, Dott. A. Giuffrè, Editore, Tomo I, Milano, 11.

¹⁶² Luis Díez Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen I, 251.

¹⁶³ Carlos Alberto Soto Couguila. “Las Cláusulas Generales de Contratación y las Cláusulas Abusivas en los Contratos Predispuestos”. *Revista Vniversitas* No 106, Pontificia Universidad Javeriana, (Bogotá, Colombia, diciembre, 2003): 582-583.

La jurisprudencia nacional o extranjera regula como sinónimos las figuras anteriores, manifestando que: “las contrataciones comerciales se llevan a cabo actualmente por medio de contratos de adhesión o, como modernamente se denominan, mediante condiciones generales de contratación”.¹⁶⁴ Por lo que en la legislación salvadoreña las condiciones generales de contratación se toman como contratos de adhesión, no haciendo distinción alguna.

4.2 Diferencias entre Cláusulas Generales y Cláusulas Abusivas

La figura jurídica “cláusula” tiene su origen del latín *clausus* y se define como una disposición particular que forma parte de un tratado, edicto, convención, testamento y cualquier otro acto o instrumento, sea este público o privado; y se puede concebir por cláusulas cada uno de los periodos que constan en los actos y contratos.¹⁶⁵

4.2.1 Cláusulas Generales

Se distingue lo que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación.¹⁶⁶

a) Una cláusula es condición general cuando está incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos particulares.

b) Las condiciones generales se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de estos con los particulares. En todos los casos, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o en ciertos casos de contratación no escrita, exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un particular, que no sean abusivas. El concepto de cláusula contractual abusiva tiene su ámbito propio en la relación con los particulares. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas abusivas para un contrato particular al que una de las partes se limita a someterse. Es decir, en todos aquellos casos en los que no ha existido negociación individual de la cláusula.

4.2.2 Cláusulas Abusivas

Este tipo de cláusulas se han entendido como previsiones particulares que discontinúan el equilibrio justo de las partes cuyo efecto en principio es la ineficacia de pleno derecho.¹⁶⁷

Las cláusulas abusivas no se encuentran reguladas en el Código Civil salvadoreño, únicamente la Ley de Protección al Consumidor en su Art. 17 las define como: “todas aquellas

¹⁶⁴ Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, Sentencia Definitiva, Referencia: 240/2011 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012).

¹⁶⁵ Guillermo Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico Elemental, 11ª Edición, Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos aires, Argentina, 1993, 56.

¹⁶⁶ Federico Arnau Moya. Lecciones de Derecho Civil II. Obligaciones y Contratos. Universitat Jaume I, 2008/2009.

¹⁶⁷ Maximiliano Arango Grajales, “La Causa Jurídica de las Cláusulas Abusivas”, Estudio Socios Jurídicos (Colombia, 2016): 244.

estipulaciones que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes”.¹⁶⁸

El inciso final del mismo Art. 17 presenta criterios de evaluación para determinar la procedencia de las cláusulas abusivas, siendo estos: el analizar la naturaleza del bien o servicio, las circunstancias en las cuales se perfeccionó el contrato y las demás cláusulas del mismo contrato o de otro documento anexo al mismo.

Sobre este punto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que según la doctrina, se puede entender por cláusulas abusivas las impuestas unilateralmente por el empresario y que perjudique a la otra parte o determinen una posición de desequilibrio entre los derechos y deberes de los contratantes, en perjuicio de los consumidores y usuarios.¹⁶⁹ Aunado a lo anterior, la Sala explica que el carácter abusivo de una cláusula, se evaluará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios del contrato, las circunstancias que concurren en el momento de su celebración y de las demás cláusulas del mismo o de otro del que este dependa;¹⁷⁰ ya que este tipo de cláusulas generan un desequilibrio injustificado convirtiéndose en abusivas por cuanto se está enfrente de una violencia económica, razón por la cual deben ser eliminadas.

Las consecuencias de la regulación de las cláusulas abusivas en una ley especial y no en el Código Civil es que el ámbito de aplicación se restringe, gracias a elementos de carácter subjetivo y objetivo. En cuanto al elemento subjetivo, el acto jurídico se refiere a distribución, depósito, venta, arrendamiento comercial o cualquier otra forma de comercialización de bienes o contrataciones de servicios, y respecto al elemento objetivo, las partes que intervienen son los usuarios o consumidores y proveedores, por lo que su regulación se encuentra direccionada prácticamente para los contratos de adhesión, en donde una de las partes (el ofertante) decide unilateralmente las condiciones esenciales del contrato, dejándole como únicas opciones al adherente, el aceptar o rechazar la misma.

Existe diversidad de contrataciones que efectúan las instituciones del sistema financiero entre ellas se encuentran los contratos de adhesión que está regulada su aplicabilidad en cuanto a cláusulas se refiere en la Ley de Protección al Consumidor, pero también se encuentran las contrataciones bajo condiciones generales, que son reguladas exclusivamente por las leyes secundarias como el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley de Bancos.

Una de las principales situaciones que ha afectado la imagen del sistema bancario, tiene que ver con la aplicación de cláusulas en las cuales las entidades de esta clase abusan de su posición dominante en el mercado e imponen a los clientes o usuarios disposiciones que atentan contra el equilibrio contractual que debe prevalecer en las relaciones jurídicas. Por lo anterior, en este capítulo se estudiará las cláusulas abusivas en el sistema bancario, con el fin de que los usuarios puedan entender y conocer que significa la misma y lograr de esta manera establecer los casos más frecuentes en los cuales se configura un abuso bancario.

¹⁶⁸ Ley de Protección al Consumidor de El Salvador, 2005, art. 17.

¹⁶⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia Definitiva, Referencia 484-2013, del 2017.

¹⁷⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia Definitiva, Referencia 317-2010, del 2013.

Para comenzar, se acudirá a diversas definiciones aceptadas comúnmente de lo que significa una cláusula abusiva:

Se considerarán abusivas todas las cláusulas o condiciones de los contratos que han sido elaboradas unilateralmente por una de las partes, en donde atribuyen a la otra parte, derechos y facultades exorbitantes o que introduzcan limitaciones o restricciones en los derechos y facultades de los usuarios. Igualmente, serán abusivas las cláusulas que supriman o reduzcan las obligaciones y responsabilidades del adquirente o cuando aumenten las obligaciones y cargas de este, trayendo como consecuencia una desnaturalización o desequilibrio en la relación jurídica creada por el contrato. En tales supuestos, no habrá, desde luego, un respeto al principio general de la buena fe, entendido éste, como un faro rector en la negociación, celebración y ejecución del contrato, así como fuente de la voluntad contractual.¹⁷¹

Entonces, una cláusula será abusiva cuando en la relación contractual exista:

- a) Una desviación del principio de la buena fe contractual.
- b) Una desnaturalización o desequilibrio de la relación contractual.
- c) Un detrimento o perjuicio en contra del adquirente al esquema contractual.
- d) Una atribución exorbitante en favor de una de las partes del esquema contractual.¹⁷²

En el sistema financiero concretamente, “se consideran cláusulas abusivas aquellas que otorgan a la entidad financiera o banco, facultades exorbitantes sobre el contrato, tales como modificación unilateral en cualquier momento del contrato, facultad unilateral de interpretación, exigencia de sobre garantías, resolución de la relación contractual por motivos insignificantes, incluso que no ha llegado a incidir en el contrato, como el retraso en el pago de una sola cuota cuando estamos en presencia de venta de activos extraordinarios con financiamiento, o que el banco entienda que ha disminuido la solvencia del cliente (solo puede hacerlo como en cualquier relación contractual, cuando haya un incumplimiento grave), o sanciones excesivas por incumplimiento del usuario en forma de intereses, comisiones, o resolución, así como la renuncia a derechos irrenunciables, supuestas declaraciones del cliente de recepción de documentos o de conformidad con hechos ficticios”,¹⁷³ y en fin, son muchos los eventos en los cuales se configura una cláusula abusiva, con la proliferación actual de contratos entre entidades bancarias y usuarios de las mismas.

Sin embargo, es importante aclarar que, si bien es cierto que los bancos casi siempre utilizan una diversidad de tipos de contratos, pueden presentarse cláusulas abusivas en otros contratos que no se desarrollen bajo esta modalidad contractual.

En cada cláusula celebrada entre la entidad financiera y el usuario, será necesario comprobar el desequilibrio entre las partes, es decir, la ventaja excesiva, por una parte, o el cargo excesivo para la otra. Al fin de cuentas lo que caracteriza la cláusula abusiva es la falta de

¹⁷¹ Jorge Pinzón Sánchez, “Las Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas en el Derecho Privado Colombiano”, Editorial Civitas, Fundación BBVA, Revista 17, (Madrid, España): 72.

¹⁷² Carlos Alberto Soto Coaguila, “Las Cláusulas Generales de Contratación y las Cláusulas Abusivas en los Contratos Predisuestos”. Revista Vniversitas No 106, Pontificia Universidad Javeriana, (Bogotá, Colombia, diciembre, 2003): 588.

¹⁷³ José Antonio Ballesteros Garrido, Artículo “El Consumidor ante los Préstamos en un mar de duda”, (2 de marzo 2006): 10. www.Rancia.com/articulos

equivalencia entre las situaciones de las partes contratantes, una de las cuales se encuentra en una situación desventajosa frente a la otra. Lo que debe evitarse a toda costa es el abuso de la posición dominante de los bancos frente a los usuarios, dado que algunas entidades financieras con situaciones fácticas de equilibrio contractual, han demostrado que pueden suscribir contratos con sus usuarios, respetando sus derechos.

Ahora bien, la consideración de un desequilibrio en la situación de hecho de las partes en el momento de contratar es totalmente irrelevante para el Código Civil, diseñado a partir del supuesto de la igualdad y libertad de los contratantes. De ahí que el legislador actual debe preocuparse por crear leyes que regulen específicamente esta materia de las cláusulas abusivas de los bancos de acuerdo con las necesidades actuales de los usuarios.

Para explicar mejor el párrafo anterior, se puede afirmar que el Código Civil y el Código de Comercio salvadoreño, no desarrollan las cláusulas abusivas, y se limitan a proteger a las partes de un desequilibrio económico relevante mediante la lesión enorme, pero desconocen las situaciones de hecho iniciales de las partes que pueden dar origen a un abuso no solo desde el punto de vista económico sino también en función de cargas desproporcionadas o a partir de una vulneración de los derechos en virtud de una posición dominante de una de las partes. En el Código Civil no se encuentra una definición sobre cláusulas, pero se hace referencia a ellas y confirman su existencia; porque en el Art. 1314 inciso segundo establece: “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales”.¹⁷⁴

Según dicho artículo, cada contrato cuenta con características que le son muy propias, es decir, de su esencia, donde la falta de alguna de esas características pueden tornar la voluntad de los contratantes en otro contrato, así por ejemplo es necesario consignar el precio en la compraventa; también existen características que son de la naturaleza del contrato y las cuales no necesitan consignarse por encontrarse implícitas, citando el mismo ejemplo de la compraventa, es un elemento de su naturaleza el saneamiento; por último se encuentran las cosas accidentales, las cuales no son ni de la esencia ni de la naturaleza del contrato, y que le dan al contrato un efecto distinto, como se ha mencionado al hablar de la autonomía de la voluntad en el capítulo II, puesto que son las partes quienes modifican el contrato incorporando las cosas accidentales, conocidas también con el nombre de cláusulas especiales, estableciendo con ello el modo, plazo o condición de todo contrato.

En materia de contratos no pueden modificarse las cosas que son de la esencia, únicamente las de la naturaleza, y para que las cláusulas especiales surtan sus respectivos efectos, necesitan ser estipuladas y solo en virtud de esta estipulación quedan comprendidos en los contratos,¹⁷⁵ por lo que no puede alegarse una cláusula que no esté contenida en el contrato.

Para evitar este tipo de abusos de las partes no consagradas en los códigos tradicionales, el autor Crithian Larroumet plantea que se “compare la cláusula que una parte pretende abusiva, con el conjunto de los derechos y obligaciones generados por el contrato, en beneficio y en detrimento de cada una de las partes contratantes. De hecho, una cláusula aisladamente contemplada no puede ser abusiva, de una manera abstracta. Podrá aparecer como tal solo después de un análisis del

¹⁷⁴ Código Civil, art. 1314.

¹⁷⁵ Código Civil, ejemplo de ello puede citarse el art. 1902.

conjunto de las disposiciones del contrato en el que está estipulada. El carácter abusivo de una cláusula se aprecia con referencia al momento de la conclusión del contrato, a todas las circunstancias que rodean su conclusión, así como a todas las otras cláusulas del contrato”.¹⁷⁶

Lo reprochable de las condiciones generales es únicamente cuando se presenta un desequilibrio económico, causado en la mayoría de los casos por el abuso de la posición dominante, pues de lo contrario, las cláusulas elaboradas unilateralmente por la parte fuerte constituyen una forma lícita de contratación que también tienen aspectos positivos, tales como la agilidad en el contrato. Por esta opinión se da una inclinación, pues de entrada no se debe rechazar la posibilidad de suscribir contratos, ya que solo se debe sancionar el abuso de la posición dominante por parte de la entidad financiera.

Ahora bien, es importante diferenciar entre cláusula ambigua y cláusula abusiva, definiciones que a veces tienden a confundirse pero que obedecen a supuestos de hecho muy diferentes. Podemos entender la cláusula ambigua, como aquella que no es redactada de manera clara y se presta para varias interpretaciones. La cláusula abusiva se presenta cuando una de las partes, prevaliéndose de la posición dominante, consigna textos que implican o conllevan una situación de desventaja en perjuicio del adquirente.

La cláusula ambigua se interpreta a favor del deudor si se trata de un contrato de libre discusión y a favor del adquirente si estamos frente otro tipo de contratos, con independencia de quien es deudor o acreedor;¹⁷⁷ en cambio la consecuencia de la cláusula abusiva es la ineficacia o la nulidad de la cláusula o la nulidad o ineficacia de todo el contrato si este no puede subsistir sin dicha cláusula.

Si se centra el análisis en el desequilibrio de las prestaciones que ellas producen, una cláusula abusiva confiere a uno de los contratantes una ventaja desmesurada y, por consiguiente, implica un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes, y de manera general, condiciones generales que agravan la posición de uno de los contratantes respecto de la disciplina general del contrato.

Las cláusulas abusivas encuentran cabida en aquellos contratos redactados unilateralmente, los celebrados por medio de cláusulas generales de contratación por una de las partes, que ostenta generalmente una posición ventajosa o de predominio en el mercado, o posee mayor poder económico, informativo o de negociación en comparación con la otra.

Las cláusulas abusivas se incorporan al contrato de manera arbitraria, en flagrante violación del principio de buena fe, entendido en su vertiente objetiva. Si bien fortalecen la posición contractual de quien elaboró el conjunto de estipulaciones, su finalidad última es la obtención de ventajas o beneficios desmedidos, atribución excesiva de prerrogativas, que de otro modo circunscribiendo su actuación al principio antes referenciado no se hubieran obtenido.

¹⁷⁶ Larroumet, Christian. “La Protección de los Consumidores contra las Cláusulas Abusivas estipuladas en los Contratos en Derecho Comunitario Europeo y en Derecho Francés, en: Política y Derecho de Consumo”, Editorial El Navegante, (Bogotá, Colombia, 1998): 176.

¹⁷⁷ Código Civil, art. 1437.

Aquellas pueden consistir, en una limitación o exclusión de responsabilidad, en facultades para modificar el contrato, suspenderlo, o dejarlo sin efecto en cualquier momento; imponer una vía distinta a la natural para la solución de conflictos; o supeditar los compromisos asumidos al cumplimiento previo de formalidades onerosas. En otras palabras, cuando su inclusión provoca un detrimento importante en el equilibrio que debería existir entre los derechos y obligaciones asumidos por los contratantes.

“No todas las condiciones generales ni las cláusulas impuestas por un contratante unilateralmente ostentan, por sí mismas, la condición de abusivas, que sólo lo serán en la medida en que involucren facultades o atribuciones que, en general, desmejoren la situación del contratante más débil, o que limiten el ejercicio de las acciones para hacer efectivo las prestaciones estipuladas a su favor, o que restrinjan el reconocimiento de las indemnizaciones a que tiene derecho por incumplimiento de la parte dominante”.¹⁷⁸

4.3 Implementación de Cláusulas Abusivas en las Contrataciones del Sistema Financiero

Las cláusulas abusivas pueden llegar a entenderse también como cláusulas predisuestas, que consisten en que la totalidad de su contenido es dispuesto anticipada y unilateralmente por una de las partes, en donde la otra parte únicamente acepta las mismas. Lo que se dispone anticipadamente es el contenido del contrato constituido por cláusulas o condiciones generales, sin que medie participación de otro contratante.

Si bien es cierto, nos hallamos en presencia de una declaración de voluntad común destinada a reglas, los derechos de las partes que se manifiesta por medio de una oferta y de una aceptación, ese esquema predisuesto tiene como destinatario final al usuario que adquiere el bien, recientemente se individualiza con el perfeccionamiento de cada contrato particular.

Debido a que en las contrataciones financieras no existe la etapa de la negociación ni la colaboración del usuario como parte contratante pasiva en el diseño del contenido del contrato, se pueden presentar casos en que la parte contratante activa que ha elaborado el contrato o las cláusulas generales de contratación, abuse de su posición jurídica de predisponer íntegra o parcialmente el esquema contractual e incorpore condiciones que exclusivamente lo beneficien o que perjudiquen únicamente al contratante pasivo, que es quien al final acepta. Una forma usual de representar dicha situación se observa que en nuestro medio es la exoneración o el traslado de la responsabilidad de los bancos hacia los usuarios o adquirentes en el contrato predisuesto, con lo cual existe un claro desequilibrio en la relación contractual.

La incorporación de cláusulas abusivas en los contratos generales financieros es una realidad que los ordenamientos jurídicos y los legisladores no pueden dejar de lado, por el contrario, deben plantear alternativas de solución que eviten el abuso de unos contratantes sobre los otros, sin obstaculizar el tráfico de bienes y servicios que prestan. Sobre la existencia de abusos en la contratación, Atilio Aníbal Alterini enfáticamente señala que: “Permitir al predisponente que pueda dañar sin ser responsable, o que pueda rescindir unilateralmente el contrato, o que pueda demorar la entrega de la cosa cuyo precio ya le fue pagado, o que no preste garantía por evicción

¹⁷⁸ Jorge Santos Ballesteros, “Instituciones de Responsabilidad Civil”, Tomo II, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Colección Profesores No. 21, (Bogotá, Colombia, 2005): 116.

o por redhibición, cambia la normalidad del ser del contrato, y cambiar el ser de algo es mutar su naturaleza, es desnaturalizarlo”.¹⁷⁹

No debemos olvidar que el contrato crea una relación jurídica entre las partes contratantes, no obstante, para que ese vínculo jurídico sea válido se requiere el consentimiento libre y pleno de ambos contratantes, es decir, la declaración de la voluntad común de ambas partes. Por lo tanto, en la contratación no pueden ni deben ser vinculantes ni evidentemente exigibles los pactos o acuerdos contenidos en cláusulas que desnaturalicen dicho consentimiento, expresado en un desequilibrio de la relación contractual.

Ahora bien, el ámbito de protección en lo que se refiere a las cláusulas abusivas, en nuestro país solo está orientado en el desarrollo jurisprudencial, el cual ha permitido la efectiva protección de los usuarios. Sin embargo, aunque este mecanismo puede proteger a los adquirentes de bienes inmuebles, lo cierto es que presenta muchos vacíos y se hace necesaria una consagración legal, con el fin de dar un trato igualitario a todos los usuarios del sistema financiero, sin depender totalmente de la interpretación judicial.

Las reglas que controlan el abuso de las condiciones de contratación pretenden preservar el equilibrio contractual, de manera que su objetivo no consiste en crear una igualdad material inexistente entre los contratantes, sino en asegurar la existencia de una relación equitativa entre el predisponente y el adquirente, esto es, que haga referencia a una proporción justa, de acuerdo con los límites legales. Y siendo, así las cosas, “también los empresarios, por aquello de la igualdad, precisamente, tienen derecho a la equidad contractual bien sea en sus relaciones con los usuarios, la cual suele darse por sentada o con otros empresarios. Por parte de los empresarios más fuertes de un sector, también pueden darse abusos en contra de los empresarios más débiles, creándose así verdaderas restricciones indebidas a la libre competencia”.¹⁸⁰

La verdadera razón de ser de la protección contra las cláusulas abusivas se encuentra en una relación de fuerza que es desfavorable a una de las partes contratantes, ya sea profesional o usuario. En otras palabras, hay que privilegiar la ausencia de negociación de la cláusula o del contrato que contiene aquella a través de la protección del usuario del sistema financiero.

4.3.1 Fundamento de la Teoría de las Cláusulas Abusivas

En relación con el fundamento jurídico de la teoría de las cláusulas abusivas encontramos que existen dos posiciones al respecto: la primera considera que la teoría de las cláusulas abusivas está edificada sobre la teoría del abuso del derecho, entendido como el ejercicio abusivo de la libertad contractual.¹⁸¹ Es decir, son consideradas como abusivas todas las cláusulas, impuestas por la parte fuerte en ejercicio de su libertad contractual a la parte débil, en cuanto que alteran, de manera injustificada y en perjuicio de los intereses de la parte débil, el equilibrio jurídico del

¹⁷⁹ Atilio Aníbal Alterini, et al., “Las Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas Argentina – Paraguay, en: Las Condiciones Generales de la Contratación y las Cláusulas Abusivas”, AA.VV., Editorial Civitas, Fundación BBV, (Madrid, España, 1996): 89.

¹⁸⁰ Jorge Pinzón Sánchez, “Las Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas en el Derecho Privado Colombiano”, Editorial Civitas, Fundación BBVA. Revista 17 (Madrid, España): 93.

¹⁸¹ Ernesto Rengifo García, “Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante”, reimpreso de la 2ª Edición, Universidad Externado de Colombia, (Bogotá, Colombia, 2009): 190 y 191.

contrato, entendiéndose que la libertad contractual ha sido ejercida de manera abusiva en perjuicio de los intereses del usuario.

Esta primera posición ha sido criticada porque se considera que la teoría del abuso del derecho fue creada con el único propósito de evitar que el titular de un derecho subjetivo lo ejerciera en perjuicio de los intereses de terceros;¹⁸² de manera que ella no tiene razón de ser cuando se trata del desarrollo de una actividad en ejercicio de la libertad de actuar, tal y como sucede con el ejercicio de la libertad contractual, en virtud de la cual se diseña y elabora el contenido del contrato que será impuesto a los interesados en adquirir el bien.

Ahora bien, la segunda posición sostiene que el fundamento de la teoría de las cláusulas abusivas se encuentra en el principio de la buena fe, de acuerdo con el cual los contratantes no solo deben actuar con la intención de no vulnerar ningún interés tutelado por el derecho,¹⁸³ sino que adicionalmente, deberán comportarse con lealtad, honestidad, probidad, diligencia y responsabilidad en todas las relaciones jurídicas que establezcan y durante todas las etapas del *iter contractus*, para que el contrato se elija como el medio idóneo para la satisfacción de los intereses individuales de las partes.¹⁸⁴

La doctrina ha dado muchos argumentos al respecto, que se pueden considerar como una premisa general en la contratación, ya que se afirma que las cláusulas abusivas son contrarias al principio de la buena fe, el cual impone a los contratantes un deber de cooperación, donde el banco debe colaborar con la satisfacción de los intereses individuales del usuario, y en aquellos casos en que se incluyan cláusulas abusivas en el contenido del contrato, alterando con ello el equilibrio jurídico, se debe asumir que no está contribuyendo a la satisfacción de los intereses individuales de la parte débil del contrato, y es por eso precisamente, que el principio de buena fe contractual impone al banco a honrar la confianza que se ha depositado en él, con respecto a la elaboración de un contenido contractual justo, que no impida ejercer sus derechos, es decir que no le imponga de manera desmedida obligaciones que lo mantengan en una posición de inferioridad y que le permita satisfacer eficientemente los intereses individuales a los usuarios.

En estos contratos, el principio de la buena fe impone al banco obrar con corrección, lealtad y honestidad tanto en el momento de elaborar y diseñar el contenido del mismo como durante su ejecución, para desestimularlo de cara a la eventual comisión de abusos contra el usuario, mediante la inclusión de cláusulas que le brinden beneficios jurídicos y/o económicos a costa de la satisfacción de los intereses de la parte débil, o a través del ejercicio abusivo de los derechos que adquiere como consecuencia del perfeccionamiento del contrato; casos en los cuales se atenta contra el mencionado principio que obliga a las partes a ejecutar el contrato de buena fe, esto es, que ambas partes deben cooperar dirigiendo su comportamiento a la realización de los intereses individuales de una y otra parte.¹⁸⁵ Porque de obrar en contrario, se colocaría al usuario en una situación de desigualdad e inferioridad, en virtud que dichas cláusulas entrañan un desequilibrio

¹⁸² Louis Josserand. “Del Abuso de los Derechos y otros Ensayos”, Editorial Temis, (Bogotá, Colombia, 1999), 3 y 4.

¹⁸³ Carlos Alberto Soto Couguila y Jorge Mosset Iturraspe, El Contrato en una Economía de Mercado, 2ª. Edición, Colección Internacional No 5, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2009, 91 y 92.

¹⁸⁴ Gustavo Ordoqui Castilla, Buena Fe Contractual, 2ª. Edición, Colección Internacional No 35, Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Católica de Uruguay, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2009, 316.

¹⁸⁵ Emilio Betti, “Teoría General de las Obligaciones”, traducida por José Luis de los Mozos, Revista de Derecho Privado, (Madrid, España, 1969): 102.

jurídica del contrato injusto e injustificado, que le impediría ejercer el derecho de obtener una indemnización que repare los perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento de alguna de las obligaciones que la ley o el contrato le imponen.

Por otro lado, la buena fe exige a la parte fuerte respetar la confianza que el usuario ha depositado legítimamente en ella respecto al contenido justo o equilibrado del contrato que le será impuesto; de manera que, en los eventos en que el banco inserta cláusulas abusivas en el contenido del contrato con el propósito de obtener ventajas adicionales, estaría defraudando la confianza que la parte débil ha depositado en él, situación que constituye una violación al principio de la buena fe.

4.4 Clasificación de las Cláusulas Abusivas en las Contrataciones

Estas se pueden clasificar en cláusulas generales y particulares, las primeras se refieren a aquellas que son redactadas para una generalidad de sujetos de forma anticipada y no son modificable mediante la negociación; en cambio las segundas, se refieren a cláusulas que pueden ser modificadas, ampliadas en la negociación entre el agente económico y el usuario; además estas cláusulas pueden interpretar la cláusula general. En caso de que exista una incompatibilidad en estos dos tipos de clausula, prevalecerá la cláusula particular porque estas realmente demuestran el acuerdo que fue objeto en la negociación de ambas partes.¹⁸⁶

Se puede señalar que además de la clasificación anterior también existen las cláusulas ambiguas, dudosas, oscuras, y abusivas; las primeras son aquellas prediseñadas de forma unilateral por una de las partes, con sentido de interpretación contraria a la voluntad de la otra parte; la segunda es incorporada con diversos sentidos, lo cual se deberá interpretar de la forma más favorable al usuario; las terceras son incorporadas con la finalidad de favorecer al predisponente del contrato, lo cual la ley debe expresamente prohibirlas.

Esta última clasificación nos señala que existen “cláusulas abusivas directas, y cláusulas abusivas indirectas”.¹⁸⁷

a) Cláusulas Abusivas Directas: son aquellas mediante las cuales en forma inmediata se solucionan los posibles conflictos en su favor, tales como la colocación del lugar de jurisdicción de imposible acceso para los usuarios, un interés exorbitante por la mora, la renuncia del usuario a determinados derechos esenciales como el de apelar, y otros.

b) Cláusulas Abusivas Indirectas: son aquellas con los cuales los objetivos generales de la empresa se cumplen, pero en forma de previsión mediata, por ejemplo, estado de necesidad o la interpretación futura de cláusulas bajo condiciones extremadamente favorables a la empresa por su ambigüedad, en el tramo de la ejecución contractual.

¹⁸⁶ Amanda Estela Kees, Contratos Civiles y Comerciales: en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Argentina, 2015.

¹⁸⁷ Eduardo Garbier y otros. Contratos Civiles y Comerciales. Tomo II, 5ª Edición, Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 2002, 29.

Asimismo, existe otra clasificación que obedece al momento en el cual comienza a funcionar su abusividad, clasificándose en cláusulas abusivas de la génesis del contrato y cláusulas abusivas de aparente situación igualitaria y respetuosa de derechos del usuario:¹⁸⁸

a) Cláusulas Abusivas de la Génesis del Contrato: Son aquellas cláusulas por las cuales se cuantifica el incumplimiento del usuario, y no el de la empresa en la misma situación, dejando a aquél en clara situación de desigualdad.

b) Cláusulas Abusivas de Aparente situación igualitaria y respetuosa de derechos del usuario: son aquellas que en un principio no se presentan como abusivas, pero el tiempo determinará su abusividad, ejemplo de estas se encuentran en el aumento de intereses discriminados, es decir, aparecen genéticamente como de aparente situación igualitaria y respetuosa de los derechos del usuario, pero con el transcurrir del tiempo, se vuelve vejatoria para el usuario, surgiendo el desequilibrio para este último.

El tema de las cláusulas abusivas, al parecer pasa desapercibido, a pesar de su importancia, por eso la necesidad de su estudio, y de la participación de las diferentes partes involucradas en el sistema económico y contractual para que estas no sigan creando los perjuicios que como tal traen a los que contratan bajo esta modalidad.¹⁸⁹

4.5 Límites a la Consideración de Abusividad en los Contratos

En el ámbito contractual, la defensa del principio de autonomía de la voluntad privada como mecanismo generador de obligaciones y contratos, es cuestionada ante una realidad incontestable: la diferencia de poder de negociación entre la gran empresa y el destinatario final de los bienes, entendido como la parte débil en esta relación negocial. Indudablemente que esta diferencia de poder de negociación empezó a traducirse en la realidad de la negociación en una abierta imposición de las condiciones contractuales que podrían incluso llegar a cuestionar la real existencia de un auténtico consentimiento, que es la base fundamental para la creación de obligaciones y contratos.¹⁹⁰

Esta diferencia en el poder de negociación se ha multiplicado en varios sectores de la actividad comercial, y si bien el propio ordenamiento jurídico privado ya cuenta con mecanismos como el principio de buena fe contractual y la regulación en los contratos que permiten equilibrar situaciones en la contratación, estas figuras resulta aún insuficiente para proteger los intereses de la parte débil en un ámbito de negociaciones generalizadas ante la incorporación de cláusulas abusivas en los contratos.

Es por lo tanto imperativo, en términos de justicia, para proteger la competencia y el desarrollo del mercado, el establecimiento de una normativa detallada y completa que ampare a la parte débil en la contratación civil y mercantil, con la finalidad de establecer un mecanismo de protección al usuario, considerado como la parte débil en esta relación.

¹⁸⁸ Eduardo Garbier y otros. Contratos Civiles y Comerciales. Tomo II, 29.

¹⁸⁹ David Alexander Díaz Hernández, Noemy Ester Gómez Alvarado e Ingrid Johanna Guerrero González. "Cláusulas Abusivas en el Contrato de Apertura a Crédito, Tarjetas de Crédito". (Tesis de Grado, Universidad de El Salvador, 2010), 158-160.

¹⁹⁰ Fernando Jiménez Valderama. "Aproximación a un estudio de las Cláusulas Abusivas de la Contratación en el nuevo Estatuto del Consumidor. Revista Iustitia. (enero-diciembre 2012): 372.

Es de tomar en consideración que una intervención ilimitada por parte del legislador en la voluntad de los contratantes, a tal punto de suplirla en su totalidad so pretexto de amparar a la parte más débil en la contratación, no resultaría conveniente por el principio de la autonomía de la voluntad, además de que no sería aceptable por los operadores económicos tanto locales, como de manera principal, internacionales, cuyas negociaciones se basan al menos en el momento actual en el respeto al principio de libertad de contratación. Por el contrario, un respeto absoluto por el principio de disposición entre las partes y de libertad de contratación, entre otros, conlleva, como se puede comprobar, a que se presenten situaciones claramente abusivas en contra de la parte débil de la contratación.

Son múltiples los puntos que podrían examinarse, pero nos centraremos en la protección del contratante pasivo frente a las cláusulas abusivas en la contratación.

El primer punto de análisis se refiere a los tipos contractuales que podrían contener cláusulas abusivas. Si partimos de la base de la necesidad de una especial vigilancia y eventual corrección de los pactos establecidos cuando se presentan situaciones de abuso causado por el desequilibrio de poderes de negociación entre las partes, parecería que sólo “los contratos de adhesión” podrían contener este tipo de cláusulas.

4.5.1 Protección al Contratante Pasivo frente a las Cláusulas Abusivas

En el amplio campo comercial de venta de bienes con las características particulares de provenir de activos extraordinarios del sistema financiero, las relaciones del tráfico civil y mercantil se han dotado de soluciones rápidas y efectivas a fin de garantizar la respuesta a problemas que requieren prontas soluciones por la legislación. Esto sucede por las transformaciones sociales que ocurren con mayor prontitud que las soluciones que ofrece el ordenamiento jurídico del Estado; sin embargo, la creciente tendencia hacia la comercialización en el mundo entero conlleva, como causa y consecuencia, a la búsqueda de formas de convivencia que presentan nuevos desafíos para la solución de los conflictos sociales, incluyendo la toma de decisiones y el rediseño de mecanismos antiguos, así como el descubrimiento de nuevas modalidades.

La praxis social, como toda operación volitiva, desencadena una reflexión transformadora de las normas jurídicas que la regulan. A ello no escapa el conjunto de reglas valorativas del quehacer humano en el ámbito comercial de la sociedad. Las relaciones en el ámbito comercial, dado el continuo quehacer del individuo, tienden a acentuarse por lo cual, de una u otra forma, han sido objeto de preocupación al ser incursionado en el campo del comercio jurídico. Así, en el ámbito del derecho civil y mercantil se observa el auge que han tenido las contrataciones que se ofrecen en la sociedad.

Resulta ante ello imprescindible, analizar las regulaciones jurídicas de los casos que con aumentada frecuencia en la actualidad se presentan y que tocan los aspectos relacionados con el tráfico comercial de inmuebles provenientes de activos extraordinarios.

Las cláusulas abusivas, al encontrarse insertas en los contratos bajo condiciones generales en donde el poder de negociación de una de las partes es nulo, debería de llevar al legislador a que

prohíba su inserción en los contratos en tanto que generan un detrimento en los derechos de la parte débil.

El desequilibrio significativo o manifiesto se explica en los hechos, en el abuso del poder de negociación que ostenta el profesional sustentado en su poder técnico, en la información y en el conocimiento del que dispone sobre el alcance, en ocasiones enigmático, del contenido contractual propuesto o, en la mayor parte de las ocasiones, predispuesto al particular.

Es importante resaltar que cuando se habla de desequilibrio significativo, el mismo se presenta en las cláusulas que no hacen parte de los elementos esenciales del contrato, es decir, no se presenta cuando hay una gran diferencia entre el precio y la cosa o el servicio que se está adquiriendo, puesto que estos son elementos definitivos que el contratante ha de tener en cuenta cuando presta su consentimiento para la formación del contrato. Por el contrario, hace alusión a las cláusulas complementarias que el particular ha debido aceptar, porque si no tendría que haber renunciado a la posibilidad de adquirir el bien o servicio que anhelaba.

No obstante, no solo es el poder de negociación de una de las partes lo que debería de justificar la prohibición de las cláusulas abusivas, que se traduciría en una transgresión al equilibrio entre las partes, sino que también hay una vulneración al principio de buena fe.

El principio general de buena fe, que se encuentra establecido en nuestro ordenamiento jurídico, consiste en que las partes, en sus relaciones negociales, incluyendo las tratativas preliminares, la formación y la ejecución del contrato, se deben comportar con honorabilidad, honradez, rectitud y sin ánimo de engañar o lesionar al otro, lo que posibilita que el contratante, a su vez, pueda legítimamente confiar en que su comportamiento es leal, correcto y ajustado a derecho.

Por ello, que una de las partes, teniendo pleno conocimiento de la inclusión de una cláusula que genere perjuicio en el ejercicio de los derechos de la otra parte constituye una transgresión a la buena fe contractual. En tal sentido, se debería de regular expresamente en nuestro ordenamiento jurídico que son reprimibles las estipulaciones de una parte (parte fuerte, que en el derecho sería el vendedor) en atención a sus intereses, pero en detrimento de los derechos de la otra parte (parte débil, que para el derecho sería el comprador) y contrarias a los principios generales del derecho, específicamente a la buena fe.

Las cláusulas abusivas son una manifestación del abuso, por lo cual se debería de exigir que se implementen medidas de control por el sistema jurídico, bien sea mediante intervenciones administrativas, legislativas o judiciales, ya que las cláusulas abusivas generan un desequilibrio jurídico en el contrato. El equilibrio jurídico de aquel consiste en que las partes, como consecuencia del perfeccionamiento del contrato, adquieran derechos y contraigan obligaciones recíprocas y equivalentes entre sí.

Para que se pueda hablar de cláusulas abusivas, estas tienen que generar un desequilibrio jurídico en el contrato, entendido como una alteración que rompa el equilibrio que debe existir en relación con los derechos, las obligaciones contraídas así como también responsabilidades asumidas por las partes con ocasión del perfeccionamiento del contrato, en consecuencia, cuando

una cláusula rompa el equilibrio contractual alterando tanto el equilibrio jurídico del mismo como el equilibrio económico de las prestaciones contractuales, estamos frente a una cláusula abusiva en razón de la alteración del equilibrio jurídico del contenido contractual.

Ante dicha situación, se deberá evaluar el contenido del contrato a efecto de identificar si la cláusula considerada de carácter abusiva ocasiona una desventaja al particular, así también, se deberá cuestionar si la cláusula en cuestión se encuentra inserta en un contrato que, interpretado en conjunto, no justifica la desventaja impuesta al particular. Para establecer en qué eventos el desequilibrio jurídico producido por una cláusula es injustificado, el ordenamiento jurídico debería de imponer que para decidir sobre su eventual abusividad debería realizarse la valoración de las circunstancias que estuvieron presentes al momento de adoptarse una determinada cláusula; valoración que se adelantará a partir de la existencia o no de una razón legítima que permita justificar el desequilibrio jurídico del contrato.

Se deberá además analizar si la cláusula en mención genera una desventaja significativa, de tal manera que desequilibre la relación entre las partes. Ahora bien, este requisito hace referencia a que no cualquier desequilibrio jurídico que sufra el contrato implica la existencia de cláusulas abusivas, pues para que esta se pueda predicar es necesario que se trate de un desequilibrio relevante que altere el equilibrio que debe existir entre los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas por las partes como consecuencia de la celebración y perfeccionamiento del contrato.

4.6 Control de las Cláusulas Abusivas en las Contrataciones Bancarias

Para controlar el uso de cláusulas abusivas en los contratos bancarios, las personas pueden defenderse mediante el ejercicio de su propia libertad de contratación o autonomía privada, o agrupándose en asociaciones de consumidores, a fin de adquirir mayor fuerza, reconocimiento y liderazgo en la comunidad, en donde se pueden organizar para capacitarse y defender sus derechos para la protección de sus intereses, tal como dice el Art. 162 de la Ley de Protección al Consumidor, que regula este tipo de asociaciones de personas jurídica cuyo objetivo es la protección de los derechos de los consumidores, por ello el primer control que se puede dar es *inter-partes*, es decir, propiamente en la voluntad de estas y cuando una de ellas, administra sus propios intereses, o no acepta la incorporación de una o varias cláusulas dentro del contrato. El poder de una de las partes en el contrato, que es capaz de imponer condiciones generales a la otra parte, es preciso que de alguna manera sea controlado, para evitar situaciones de flagrante injusticia, por eso el Estado a su vez, también puede controlar los abusos en este sistema de contratación a través de mecanismos de tipo administrativos, legislativos y/o judiciales.¹⁹¹

4.6.1 Protección Autónoma

El remedio contra las cláusulas abusivas puede provenir del ejercicio de la autonomía privada de los propios contratantes, quienes son los que deciden si contratan o no bajo determinadas condiciones, ya que por regla general nadie está obligado a contratar.

¹⁹¹ Carlos Alberto Soto Couguila, "Las Cláusulas Generales de Contratación y las Cláusulas Abusivas en los Contratos Predispuestos". Revista Universitas No 106, Pontificia Universidad Javeriana, (Bogotá, Colombia, diciembre 2003): 589.

También pueden contrarrestarse las cláusulas abusivas de los contratos cuando las personas actúan de manera colectiva, bajo la conformación de asociaciones de consumidores y usuarios. Estas entidades colectivas tienen por finalidad proteger a los consumidores, obteniendo información sobre los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, como precios, garantías, intereses y responsabilidad, información que difundirán entre sus asociados, así como todo el público consumidor, a efecto de que puedan celebrar los contratos con los empresarios que les ofrezcan mejores condiciones negociales, dejando de adquirir los bienes o solicitar los servicios en los establecimientos bancarios o empresas que incorporen cláusulas leoninas que perjudiquen a los consumidores o usuarios.

En esta medida, las estipulaciones abusivas incorporadas por determinadas empresas o instituciones financieras pueden llevar a que los usuarios, una vez que se encuentren adecuadamente informados, decidan no adquirir los productos, bienes o servicios ofrecidos, pues sabrán que tales condiciones son perjudiciales a sus intereses.

Mediante este mecanismo son las personas quienes deciden si contratan, pues nadie mejor que ellos para elegir el bien o servicio que le conviene, para lo cual tendrá muy en cuenta el precio, la calidad y garantías.¹⁹²

4.6.2 Control Administrativo

El control administrativo de las condiciones generales tiene especial trascendencia por su actuación a priori, es decir que dicho control “se realiza de forma previa cuando a las entidades gubernamentales de cada país, se les confiere autoridad para vigilar determinadas actividades que se consideran de utilidad pública o de gran trascendencia dentro del mercado, como lo son las actividades bursátil, aseguradora, financiera o la de servicios públicos domiciliarios. En esos casos, los contratos que se han de presentar al público de manera predeterminada deben ser previamente aceptados por las mismas. Aquí, se establece de manera previa qué cláusulas no deben siquiera ser pactadas. El control administrativo también se puede presentar como “posterior”, cuando las entidades gubernamentales tienen facultades sancionatorias con respecto a aquellos contratantes que predispongan cláusulas abusivas”.¹⁹³

Al respecto, para que dicho control se produzca, deben concurrir tres peculiaridades: en primer lugar, que se refiere más a contratos de adhesión que a condiciones generales; en segundo lugar, que afecta más a contratos mercantiles que a los pertenecientes al Derecho Civil; en tercer lugar, que alcanza sólo a determinados contratos. Así, son objeto de control administrativo los contratos de seguro, los bancarios y los relativos a servicios públicos.

Dicho control es ejercido por el Estado, a través de la administración pública. La delegación de ese mecanismo de control puede recaer en un ente único de control o, indistintamente, en órganos administrativos de los diferentes sectores que ameriten un control administrativo, como el sector financiero. En cualquiera de los supuestos anteriores, sea el órgano único o cada instancia en su sector respectivo, ejercen iguales atribuciones en relación con el empleo de los mecanismos

¹⁹² Carlos Alberto Soto Couguila, “Las Cláusulas Generales de Contratación y las Cláusulas Abusivas en los Contratos Predisuestos”. Revista Vniversitas No 106, 590.

¹⁹³ Verónica María Echeverría Salazar, “El control de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores”, opinión jurídica, Universidad de Medellín, Volumen 10 No. 20, Colombia, julio-diciembre 2011, 137.

que proporciona este control, depurando las cláusulas que a su criterio se estimen abusivas. En el caso del sector financiero, existe un órgano regulador como lo es la Superintendencia del Sistema Financiero, quien en la actualidad tiene el deber de atender reclamos y denuncias de estos, así como de promover una cultura de prevención e información en el mercado.

En atención a lo último, por un lado, la Superintendencia del Sistema Financiero cuenta en su estructura organizacional con la Defensoría de Protección del Consumidor, ente rector que coordina y dirige el funcionamiento del sistema, y preside el Consejo Consultivo de la Defensoría del Consumidor que está conformado por miembros del Estado, los consumidores y el empresariado. El objetivo de la Autoridad mencionada es brindar una mayor y eficaz protección de los derechos de los consumidores, promoviendo y difundiendo información sobre cómo se deben ejercer los derechos y deberes como consumidor o usuario. Además, se encarga de velar por la seguridad de estos al momento de comprar productos o contratar servicios en establecimientos comerciales o plataformas para la venta en línea en todo el país. Pero dicha entidad no cubre en su totalidad todo tipo de transacciones que realizan las instituciones del sistema financiero.

El control administrativo se materializa en forma previa, cuando las instituciones gubernamentales de cada país le facultan a una autoridad determinada vigilar las actividades que se consideran de utilidad pública o de gran trascendencia dentro del mercado, es decir que se realiza antes de la celebración del contrato. Es un control *ex ante*. Mediante él se otorga a la administración pública la facultad de redactar directamente las cláusulas generales de contratación, actividad que puede lograrse mediante un acto normativo general (dación de un reglamento), o mediante un acto normativo concreto (imponiendo las normas particulares que regularán los contratos celebrados por una determinada empresa). Asimismo, la autoridad administrativa puede controlar las cláusulas abusivas mediante la aprobación de las cláusulas generales de contratación formuladas por una empresa o persona natural que desea ofrecer sus bienes o servicios a la masa consumidora mediante la concertación de contratos predispuestos.

Por ejemplo, las del mercado bursátil, aseguradora, financiera o de servicios públicos domiciliarios. Los contratos que se presentan al público deben ser aprobados por las mismas, creando seguridad jurídica a los consumidores; este control se refleja posteriormente a través de instituciones gubernamentales que tienen la potestad de imponer sanciones a aquellos proveedores que incluyan cláusulas abusivas en el contenido del contrato.

Con la aprobación de la autoridad administrativa, las cláusulas generales de contratación se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas, pues cuando menos en teoría, la aprobación por la autoridad administrativa significa un filtro que evitará el abuso del contratante poderoso frente al débil.

4.6.3 Control Legislativo

Esta clase de control también se efectúa *ex ante* de la celebración del contrato, es decir que el control legislativo es, por naturaleza, previo. La forma en que dicho control se realiza en la legislación comparada es a través de la implementación de: a) Los listados de cláusulas negras, los cuales enuncian determinados tipos de cláusulas que se consideran abusivas. En caso de presentarse una de ellas, el juez deberá declararla nula, inexistente, ineficaz o tenida por no escrita, (dependiendo de la sanción que haya previsto el legislador) sin mayores consideraciones; b) Los

listados de cláusulas grises que enuncian supuestos que son presuntamente abusivos, los cuales en caso de presentarse entrarán “con un manto de sospecha” al proceso judicial, pero que dependiendo de las circunstancias del caso y del contexto contractual en el que se encuentren, el juez puede considerar que no son abusivas, es decir, que quien las redactó tendría la carga argumentativa y probatoria para demostrar que su inclusión estaba justificada, o c) Con la inclusión de una cláusula abierta que le da la potestad al juez de que en cada caso haga una valoración de los supuestos de hecho para verificar si la cláusula es abusiva o no, dependiendo de criterios generales, como por ejemplo, que sea atentatoria contra la buena fe y/o que sea atentatoria contra el justo equilibrio de las prestaciones. Asimismo, se presentan casos en los cuales se mezclan los diferentes tipos de controles.¹⁹⁴

En la legislación salvadoreña el control legislativo se identifica a partir del Art. 101 de la Constitución de la República, debido a que el Estado debe promover el desarrollo económico y social, mediante el incremento de la producción, la productividad y la racionalización de los recursos y defensa de los intereses de los consumidores. Sobre esta base, el Gobierno de la República, creó la Defensoría del Consumidor como institución descentralizada, con autonomía en lo administrativo y presupuestario, y es la entidad encargada de aplicar la ley y coordinar acciones conjuntas con las instituciones de la administración pública para el cumplimiento de esta, tal como lo señalan los Art. 56 y 57 de la Ley de Protección al Consumidor.

Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia han enfrentado el problema de las cláusulas abusivas desde estas dos ópticas: mediante la inclusión de una “regla general” o de una “lista negra”, o de ambas, las mismas que disponen en qué supuestos serán nulas determinadas cláusulas por considerarse vejatorias.

El sistema de una regla general está referido a una norma de contenido abstracto y de alcance general que comprende a todas las cláusulas del contrato que desnaturalicen la relación jurídica obligatoria, es decir, que alteren el normal equilibrio contractual. Rezzonico¹⁹⁵ expresa que la cláusula general o norma abierta configura un precepto amplio, una estructura de tipo que comprende, con gran generalidad, un determinado campo de hechos a los que alimenta; de tal manera que todas las cláusulas que se encuentran comprendidas dentro de esa estructura son abusivas o vejatorias. Entonces, en la inclusión de una cláusula abierta, se le faculta al juez para valorar los supuestos de hecho para examinar si la cláusula es abusiva o no, tomando en consideración los criterios generales como la buena fe y que viole el justo equilibrio de las prestaciones.

El camino de una lista negra consiste en la enumeración taxativa de una relación cerrada o abierta, de supuestos en los que determinadas cláusulas o estipulaciones contractuales podrían declararse nulas. Esta lista es cerrada cuando los supuestos enunciados son los únicos, es decir, estamos ante una lista de *numerus clausus*. En cambio, es abierta cuando se permite, además de los supuestos establecidos, otros no contemplados expresamente, lo que doctrinariamente se denomina *numerus apertus*.¹⁹⁶ En esta lista se permite identificar las cláusulas abusivas, en donde

¹⁹⁴ Verónica María Echeverría Salazar, “El control de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores”, 138.

¹⁹⁵ Juan Carlos Rezzónico, *Contratos con Cláusulas Predispuestas: Condiciones Negociales Generales*, 459.

¹⁹⁶ Carlos Alberto Soto Couguila, “Las Cláusulas Generales de Contratación y las Cláusulas Abusivas en los Contratos Predispuestos”, 592-593.

el juzgador al observar algunas cláusulas dentro del contenido del contrato deberá declararlas nulas, inexistente, ineficaz o tenida por no escrita y resolverá sin mayores consideraciones, en razón que el legislador estableció un listado determinado de cuáles son las cláusulas que considerarán abusivas.

A ello debemos agregar que también serán ineficaces las cláusulas contrarias a las normas legales de carácter imperativo incorporadas por el legislador en cada contrato típico o nominado como refiere el Código Civil.

En la legislación salvadoreña, se aplican ambos controles; el control legislativo se identifica a partir del Art. 101 de la Constitución de la República, debido a que el Estado promoverá el desarrollo económico y social, mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos y defenderá el interés de los consumidores.

Con base en lo anterior, el Gobierno de la República, creó la Defensoría del Consumidor como institución descentralizada, con autonomía en lo administrativo y presupuestario, y es la entidad encargada de aplicar la ley y coordinar acciones conjuntas con las instituciones de la administración pública para el cumplimiento de esta.¹⁹⁷

4.6.4 Control Judicial

La intervención judicial en el control de las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos es un control *ex post*. Mediante este control los jueces pueden declarar la nulidad e ineficacia de determinadas cláusulas abusivas, aun de todo el contrato, con posterioridad a la celebración del contrato.¹⁹⁸

En principio, todos los contratos, negociados, se rigen por las reglas de la teoría general del contrato regulada en la Título XII del efecto de los Contratos y de las Obligaciones del Libro IV del Código Civil salvadoreño, destinado a las Fuentes de las obligaciones. En tal sentido, son correctamente aplicables a los contratos las figuras jurídicas de la lesión, la excesiva onerosidad de la prestación, la teoría de la imprevisión, el abuso del derecho y los vicios ocultos. Como es sabido, estas instituciones tienen por finalidad tutelar la justicia contractual y la seguridad jurídica entre los particulares.

Un control judicial preventivo implicaría que los Jueces y Tribunales tienen el poder de homologar o controlar así las condiciones generales de los contratos. No existe este control en el ordenamiento salvadoreño, ya que el órgano jurisdiccional interpreta y aplica al caso concreto, las previsiones contractuales, pero no las controla a priori; es lo que establece el Art. 172 de la Constitución y el Art. 1 de la Ley Orgánica Judicial que atribuye al órgano jurisdiccional la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.¹⁹⁹

La revisión judicial de las condiciones generales se da cuando se plantea en un proceso, en que se interpreta y aplica el caso concreto, lo que conlleva el análisis de su legalidad. El auténtico

¹⁹⁷ Ley de Protección al Consumidor, art. 56 y 57.

¹⁹⁸ Carlos Alberto Soto Couguila, "Las Cláusulas Generales de Contratación y las Cláusulas Abusivas en los Contratos Predispuestos", 594-595.

¹⁹⁹ Ley Orgánica Judicial de El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1984, art. 1.

control judicial se da en la interpretación del contrato celebrado con condiciones generales. Frente al contratante que las impone se utiliza la regla *contra proferentem*, que significa que, en la duda sobre el significado, la interpretación se hará de modo que no favorezca al que las ha impuesto. Lo cual se apoya en dos textos legales: el Art. 1437 CC. dispone que: “las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedor o deudora, se interpretarán en contra suya, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”.²⁰⁰

Y el Art. 17 inc. Final de la Ley de Protección al Consumidor dice: “El carácter abusivo de una cláusula se evaluará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias que concurran en el momento de su celebración y las demás cláusulas del mismo o de otro de que éste dependa. Se tendrá por no escritas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se determine el carácter abusivo”.²⁰¹

Entonces, en lo que respecta al control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos, en el derecho salvadoreño no existe norma expresa o regla general que autorice la intervención judicial en los contratos generales, únicamente lo hay en aquellos contratos predispuestos que regula la Ley de Protección al Consumidor, a diferencia de lo establecido en Estados Unidos de América, Israel, España o Argentina.

El *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos de América, publicado en 1952 y que constituye una transacción entre el sistema del *common law* y el *civil law*, ha reconocido en el párrafo 352 de la sección segunda, titulada *General obligation and construction of contract*, la facultad de los tribunales de revisar el contenido de los contratos. La norma dispone que, si el Tribunal considera que un contrato o una cláusula contractual ha sido excesivamente onerosa al momento de celebrarse el contrato, puede negar la ejecución de este o ejecutar el resto del contrato, en fin, limitar la cláusula inequitativa en la medida necesaria para impedir un resultado excesivamente perjudicial.²⁰²

Israel, mediante la Ley 5724/1964, también permite la revisión del contenido contractual por los jueces. El Artículo 14 de la citada ley establece que: “cuando el juez del litigio inter partes llega al convencimiento de que una cláusula restrictiva (excesivamente onerosa), considerada, formando parte del conjunto de todas las circunstancias del contrato, es perjudicial para uno de los contratantes o reserva al predisponente una ventaja no equitativa que perjudica a los clientes, puede considerar nula la cláusula en su totalidad o en parte, así como ordenar la restitución de lo que éste haya entregado ya en cumplimiento de dicha cláusula. La norma establecida en este precepto es aplicable también cuando en el contrato particular no se haya mencionado la aprobación de las condiciones generales del contrato efectuada por la comisión encargada al efecto, aunque dicha aprobación haya existido realmente” (Artículo 13.2 de la ley especial).²⁰³

En el derecho español Alfaro Águila-Real ha manifestado que: “Constituye un lugar común en la literatura jurídica sobre condiciones generales señalar que la ‘interpretación’ se ha utilizado

²⁰⁰ Código Civil, art. 1437.

²⁰¹ Ley de Protección al Consumidor, art. 17, inc. Final.

²⁰² Manuel García Amigo, *Condiciones Generales de los Contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1969, 181-182.

²⁰³ *Ibid*, 182.

en ocasiones por los jueces para efectuar un control encubierto del contenido de los contratos celebrados sobre la base de condiciones generales”.²⁰⁴

En esta medida, bajo el rostro de una interpretación de cláusulas dudosas y so pretexto de proteger al contratante débil, que es quien acepta al contrato, se está permitiendo una auténtica revisión del contenido de los contratos celebrados sobre la base de cláusulas generales de contratación.

Por otro lado, en aplicación del principio general de la buena fe contenido en el Art. 1417 del Código Civil, se considera que el juez puede revisar el contenido del contrato. Si bien el artículo mencionado no faculta expresamente al juez para que revise el contenido contractual, ello no es óbice para que la parte perjudicada por el contrato solicite al poder judicial su intervención a efecto de equilibrar el contenido contractual en aplicación del viejo e importante principio de la buena fe, que consiste en que las personas están obligadas a actuar honesta y lealmente en toda la fase de la contratación (negociación, celebración y ejecución), lo que debe medirse con una regla de conducta, un estándar jurídico de un prototipo de conducta social media dentro de un contexto determinado. Esta regla se ha aplicado a nivel práctico en nuestro medio, ya que el principio de buena fe ha sido utilizado de manera concreta en diversas disposiciones del Código Civil intentando generar mayor certeza en su aplicación que se ha estandarizado a nivel judicial, para solucionar casos concretos, pero en todo caso, opera como directriz de orientación a tomar en cuenta en cada caso específico, para evitar que las negociaciones jurídicas realizadas en ejercicio de autonomía de la voluntad envuelvan actuaciones contrarias a la equidad, velando por el justo equilibrio de prestaciones y evitando perjuicios a las partes del contrato o a terceros originados en comportamientos contrarios a la buena fe.

En suma, mediante la buena fe el juez puede controlar el uso de cláusulas abusivas en los contratos, porque no existe aquella en el contratante de las cláusulas generales de contratación que, por ejemplo, incorpora condiciones que perjudican al otro contratante o desnaturalizan la relación jurídica contractual, limitando o exonerando su responsabilidad. En este sentido, nada impide al perjudicado por el contenido contractual, solicitar al juez que según el principio de la buena fe declare nulas o ineficaces las cláusulas que sean abusivas en una concreta relación contractual e inclusive de todo el contrato si la cláusula constituye el núcleo de este, tal es el caso de la renuncia al tribunal competente, o la exoneración al vendedor en cuanto a la responsabilidad por defectos de calidad o por vicios de construcción.

4.7 Consecuencias Jurídicas aplicable a la estipulación de Cláusulas Abusivas

La consecuencia jurídica que “produce una cláusula abusiva lo puede señalar el legislador, y es la solución más pacífica y recurrente en el derecho comparado, el cual es la nulidad parcial de la cláusula respectiva cuando ella no constituye la parte sustancial del acuerdo. En este orden de ideas, cuando el control al contenido del contrato es posterior o judicial, el juez ordenará la exclusión de la cláusula desproporcionada o exorbitante del contenido del contrato, sin que tal “nulidad parcial” produzca una metástasis invalidante en el resto del contenido del negocio; este se mantiene y con ello se le da aplicación al principio de la preservación del contrato. Cuando se

²⁰⁴ Manuel de La Puente y Lavalle, El Contrato en General, Tomo III, Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2007, 263.

habla de nulidad parcial, se le encarga una función adicional al juez y es que debe integrar el contrato sin la cláusula que se ha declarado nula, si ello fuera posible”.²⁰⁵

Lo primero que debe hacer el juez cuando se encuentre frente a una cláusula de carácter abusiva, es ver si hay sanción específica en alguna norma y, en tal caso, aplicarla; si, por el contrario, el supuesto no está reglamentado de manera expresa, aun así se podría descartar su aplicación en un caso determinado, ya que se pueden encontrar supuestos aislados de cláusulas que no son toleradas por el ordenamiento jurídico, pudiendo aplicar otras sanciones según la valoración del juzgador en cuanto a la intención del porqué de esa cláusula, cuando contradiga las exigencias de la buena fe, implique un desequilibrio en los derechos y obligaciones en perjuicio de una de las partes, el abuso o aprovechamiento que se determine de analizar las circunstancias que concurran en el momento de su celebración, y la interpretación integral de todas las cláusulas que componen el contrato, pudiéndose dar la inexistencia, la ineficacia, la nulidad o que se tengan por no escritas, dependiendo de las razones que se den para estipular su carácter de abusiva, por considerarlas en contra de la buena fe, contraria al orden público y, en consecuencia conteniendo objeto y causa ilícita.

Entonces, la sanción aplicable a la cláusula abusiva puede tener origen legal o judicial, dependiendo del sistema que se acoja.

En algunos ordenamientos, tales como el español, es la Ley la que define la cláusula abusiva, así como su consecuencia jurídica o sanción aplicable. En otros casos, como en el ordenamiento jurídico salvadoreño no hay una definición legal de la cláusula abusiva en los contratos generales ni tampoco hay una sanción legal para ella, y, por lo tanto, su tratamiento dependerá del operador jurídico, acudiendo a los criterios de interpretación, a la aplicación de principios y el desarrollo jurisprudencial. En otros casos, como el alemán, la posición es intermedia, es decir, hay una definición de cláusula abusiva, y partiendo de la misma, corresponde al juez controlar directamente su aplicación y establecer la consecuencia para cada caso concreto.

La intervención judicial está dotada de más flexibilidad que la legal, ya que el juez puede apreciar el carácter abusivo a la luz de numerosos elementos, lo que no podría hacer un decreto o una ley. Sin embargo, se considera que debe haber una consagración legal flexible y su correspondiente desarrollo jurisprudencial.

Las consecuencias o sanciones a la incorporación de cláusulas abusivas por parte de la entidad financiera dentro de un contrato dependerán de la posición que se asuma, ya que si se piensa que son cláusulas que afectan el orden público, la consecuencia será la nulidad absoluta, la cual tiene efectos retroactivos, es decir, la cláusula produce sus efectos hasta la declaratoria de nulidad y el juez ordenará aquella y las restituciones a que haya lugar. En cambio, si se piensa que estas cláusulas por sí solas pierden su eficacia y no producen efectos, sin necesidad de declaratoria judicial, la consecuencia de pactar una cláusula abusiva sería la ineficacia.

Cuando se dice que un acto jurídico o un contrato es ineficaz de pleno derecho, se entiende por este concepto que es una valoración negativa o sanción legal con que el ordenamiento castiga a los actos o contratos que violan sus normas imperativas, el orden público o las buenas

²⁰⁵ Verónica María Echeverría Salazar, “El control de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores”, 138.

costumbres, borrando de esta manera automáticamente el acto de la realidad o mundo jurídico, por lo que se tendrá como si no se hubiese realizado, sin necesidad de pronunciamiento jurisdiccional alguno. Por lo tanto, cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita, salvo en los casos específicos a los que se refiere la misma ley.

Sin embargo, no debemos confundir los conceptos de “nulidad” e “ineficacia” en derecho sustancial, pues el primero de los mencionados a diferencia del segundo, traduce en una sanción de invalidez que el ordenamiento jurídico otorga a los actos y contratos que cumplen con ciertos requisitos de leyes especiales y para que haga plena operancia, requiere obligatoriamente de sentencia judicial. Puede decirse válidamente que la “nulidad”, es una especie de “ineficacia”.

Ahora, si bien es cierto que la consecuencia jurídica principal de la implementación de las cláusulas abusivas dentro de cualquier contrato que realice un usuario sin lugar a dudas es la ineficacia de pleno derecho (y no la nulidad, pues el legislador quiso atribuirle la sanción más grave a este tipo de conductas por ser violatorias de normas de orden público), eso no quiere decir que en caso de configurarse presuntamente dentro de algún contrato (cualquiera que sea su objeto) alguna de estas estipulaciones antijurídicas, el usuario deba quedarse inactivo en consideración de que la ineficacia de pleno derecho como sanción opera sin necesidad de declaración judicial.

Entonces el juez es quien tendrá que decidir si aplica la sanción de nulidad o de ineficacia, aunque en la práctica ambas figuras protegen al usuario de los abusos. En la nulidad se parte de que la cláusula existió, pero está viciada de nulidad, y tiene efectos retroactivos. En cambio, en la ineficacia se entiende que la cláusula no produce sus efectos desde que ésta se pacta.

Se considera que la sanción jurídica que más se ajusta a los principios de la contratación, para este tipo de cláusulas abusivas, es la nulidad absoluta de la cláusula abusiva y no la ineficacia, ya que una cláusula de este tipo va en contravía del principio de orden público y, por lo tanto, la cláusula está viciada de nulidad absoluta por objeto ilícito, tal como lo encontramos en el Art. 1552 C.C.

Así también se considera que las causales de ineficacia son taxativas en el Código de Comercio y esta sanción se aplica sólo en los casos en los cuales la ley establece expresamente dicha sanción.

Otra de las razones para desvirtuar la sanción ineficacia, tiene que ver con la naturaleza de esta, teniendo en cuenta que la ineficacia no tiene efectos retroactivos y por lo tanto, no permite que la práctica abusiva o la cláusula de similar denominación regrese a su estado anterior, simplemente deja de producir sus efectos y se considera que cuando se está en presencia de un abuso bancario, lo que debe presentarse es un efecto retroactivo con el fin de que se restituya a las partes al estado anterior y el banco responda por las devoluciones a que haya lugar en virtud de su abuso.

En consecuencia, el juez tendrá que analizar si se encuentra en presencia de una cláusula que exima de responsabilidad a la entidad financiera, o de una cláusula que lleve implícito el rompimiento del equilibrio económico en la relación contractual en perjuicio de los derechos del usuario, lo que implicaría que la misma carece de validez por ir en contra de las normas de orden

público, ya que esta tiene por finalidad proteger a las personas naturales o jurídicas en la medida en que ellas están en una posición de enorme desventaja frente a las entidades financieras.

Es decir, la consecuencia para la entidad financiera que establezca cláusulas o prácticas abusivas es entonces la nulidad absoluta de la cláusula o conducta viciada con el abuso de posición dominante por parte del banco y la continuidad del contrato cuando este puede subsistir sin la cláusula sin desnaturalizar dicho contrato. En caso contrario, si el contrato no puede subsistir sin la cláusula anulada, se tendría que declarar la nulidad absoluta de todo el contrato.

4.8 Cláusulas Abusivas más comunes en los Contratos de Venta de Activos Extraordinarios

En la práctica la venta inmobiliaria de activos extraordinarios, son contratos que promueven las instituciones financieras, cuyo contenido ha sido elaborado previa y unilateralmente por una de las partes considerado como sujeto activo, sin que el sujeto pasivo tenga oportunidad alguna de intervenir en su redacción. Las contrataciones con cláusulas bajo condiciones generales que también pueden ser de contenido predispuestas generan el riesgo típico de que en la redacción del contenido del contrato se atiendan únicamente a los intereses y riesgos del vendedor, haciendo abstracción de los intereses del adquirente del bien. Este peligro no se disipa por la posibilidad que tiene el comprador de elegir entre las diferentes alternativas existentes en el mercado del bien a adquirir, porque respecto de las condiciones generales de la contratación, el mercado no funciona correctamente, ya que la demanda no atiende a ellas a la hora de seleccionar el banco con el que contratar.

Cuando un comprador decide adquirir un bien inmueble, fundamenta su elección entre las distintas ofertas de inmuebles existentes en el mercado, en atención al precio y a las condiciones que esté presente. Son los aspectos económicos del contrato y no los jurídicos los que son tomados en consideración a la hora de contratar, y, por tanto, sólo respecto a esta relación de precio-inmueble puede considerarse que ha habido autentico consentimiento.

Entre las condiciones jurídicas del contrato se encuentran: renuncia a la elección del notario, renuncia al juzgado competente, limitaciones de la responsabilidad propia del banco en caso de incumplimiento total, defectuoso o tardío, las mismas no son tomadas en consideración por los adquirentes, porque en la mayoría de los casos ni tan siquiera se conocen e incluso cuando se conozcan, su carácter secundario o accesorio no puede fundamentar una renuncia a contratar. En anexo 4 se presenta ejemplos de compraventas donde se establece este tipo de cláusulas.

Estas circunstancias son tomadas en cuenta por parte de las instituciones financieras para imponer el contenido contractual que más les interese, sabiendo que esta reglamentación perjudicial para los intereses del comprador, no le hará perder clientela.

Entre las cláusulas abusivas más comunes que típicamente se pueden encontrar en los contratos de compraventa de inmuebles que forman parte de los activos extraordinarios financieros están:

1. Cláusula que imponga los costes de contratación.

Esta cláusula es la que se coloca a cargo del adquirente el pago de los gastos y honorarios derivados de la preparación y otorgamiento de la escritura pública, reservándose el banco, el derecho de designar los profesionales encargados de las mismas (notario, agrimensor e ingeniero), en la comercialización de inmuebles a través del contrato de compraventa u otros tipos análogos, habitualmente se acuerda que los adquirentes deben soportar todos los gastos que se devenguen con motivo de la obtención de permisos y/o autorizaciones tales como calificaciones de lugar, permisos de construcción o remodelación, permiso de parcelación, la realización de los planos de mensura y subdivisión como las erogaciones y honorarios que se originen a raíz del otorgamiento del reglamento o su modificación de copropiedad y administración y de la escritura traslativa de dominio, acordándose que éstos últimos actos habrán de pasar por el agrimensor, ingeniero o notario impuesto por el transmitente. Esta cláusula encierra básicamente dos cuestiones, a saber: a quien o a quiénes corresponden dichas erogaciones y a quien concierne a la designación de los profesionales intervinientes.

En cuanto a la primera de ellas, cabe mencionar que el Código Civil ha procurado distribuir equitativamente las cargas resultantes del contrato de compraventa, imponiendo al vendedor la obligación de satisfacer los gastos de la entrega de la cosa vendida, Art. 1628 C.C., haciendo pesar sobre el comprador el pago del instrumento de la venta, Art. 1610 inc. 2º C.C.

Sobre la base de tales lineamientos la jurisprudencia ha considerado como gastos de entrega de la cosa vendida, los de mensura, amojonamiento y subdivisión en cuanto esta fuere necesaria en atención a la modalidad convenida; asimismo los honorarios del agrimensor o ingeniero intervinientes en dichas operaciones, los de cancelación de una hipoteca o de cualquier otra naturaleza para entregar la cosa libre de gravámenes, los de diligenciamiento de certificaciones necesarios para escriturar, los originados en los actos relativos a la entrega de la posesión, así como los gastos y honorarios correspondientes a la redacción del reglamento o modificación de copropiedad y su inscripción en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas correspondientes cuando se trate de la venta de un inmueble sometido al régimen de la propiedad inmobiliaria. En tanto se ha dicho que integran los gastos de instrumentación de la venta los derivados del estudio de títulos, los honorarios de quien otorga la escritura traslativa de dominio, los gastos de la escritura pública, y los de anotación preventivas en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas correspondiente.

Si bien las disposiciones legales aludidas y las decisiones judiciales elaboradas en torno a ellas, admiten en principio la licitud de aquellas cláusulas que se aparten de las soluciones consagradas, pero las normas contractuales que ponen a cargo del comprador los gastos de entrega de la cosa pueden resultar descalificadas por abusivas, por cuanto no sería legítimo apartarse de las normas supletorias en detrimento de la relación de equivalencia que debe presidir los negocios de consumo, máxime cuando el abandono del derecho dispositivo no se equilibre mediante otra cláusula en favor del adquirente.

La segunda cuestión planteada se origina en la circunstancia que la cláusula comentada se integra usualmente con la facultad que se reserva el vendedor de designar los profesionales encargados de redactar los referidos instrumentos, adquiriendo el tema particular interés en torno

de la designación del notario a cargo de la titulación. Es abusivo incluir en el contrato de compraventa una cláusula que limite el derecho del adquirente a elegir el notario actuante, a través de fórmulas como “el comprador está obligado a comparecer en el lugar, fecha y hora designada por la parte vendedora”. El comprador tiene el derecho a elegir un notario de su confianza, y este derecho es irrenunciable.

En muchos precedentes, la jurisprudencia se ha pronunciado desestimando su eficacia cuando el vendedor no haya justificado tener motivos legítimos para imponer el nombramiento del referido profesional como condición de la venta, criterio que actualmente se vería confirmado por el estatuto de defensa del consumidor que como ya se señaló, considera como abusivas aquellas cláusulas que afecten inequitativamente al adquirente en la distribución de las cargas y beneficios resultantes del negocio, puesto que quien tiene a su cargo los gastos de preparación y otorgamiento de la escritura estaría excluido de participar en la elección del profesional encargado de aquél acto.

2. Cláusula que no fijen con precisión la fecha de entrega.

Tratándose de una compraventa la obligación principal del vendedor es la entrega de la cosa o bien, lo cual debe quedar configurado, al igual que la del comprador de pagar el precio, respecto a un momento temporal concreto, cuando ambas no deban cumplirse inmediatamente tras el perfeccionamiento contractual. La determinación del tiempo de la entrega adquiere gran relevancia para el comprador, máxime si va a destinar aquel bien a residencia habitual en él, pues ha de hacer previsiones de considerable trascendencia económica en relación con la disponibilidad del inmueble a comprar.

Es obligación del vendedor el indicar con precisión la fecha de entrega del bien que promoció, como información previa que proporciona al adquirente. Haciéndose constar con toda claridad la fecha de entrega y la información previamente dada al adquirente sobre la fecha en que el vendedor se compromete a entregar los bienes, lo cual es de gran relevancia en el negocio jurídico.

La fecha prevista de entrega debería ser el mismo día del contrato de compraventa, pero dicha fecha es meramente indicativa, condicionadas a la voluntad de la parte vendedora, pudiendo variar en función de la evolución del proceso de entrega, siempre que se cumpla con los compromisos de pago, debiéndose exigir que el inmueble se entregue en la fecha consignada en el contrato, aunque se indique que es una fecha meramente orientativa. Cualquier retraso que no sea por fuerza mayor permitirá exigir responsabilidad a la parte vendedora. Serán inadmisibles las cláusulas que dejen totalmente indeterminada la fecha de entrega, siendo objeto de polémica aquellas cláusulas que fijen la fecha de entrega por referencia.

3. Cláusula que permita al vendedor realizar cambios en el inmueble.

Evitar cláusulas del tipo “el comprador autoriza a que el vendedor realice aquellos cambios que vinieran justificados por motivos técnicos, jurídicos o comerciales”. Aunque puede haber factores que exijan pequeños cambios, no debe el adquirente aceptar cambios en las características del inmueble comprado, salvo que éstas se justifiquen por causa de fuerza mayor. Podemos impugnar dichas modificaciones, aunque parezca que el contrato no lo permite. En caso de que la

impugnación no fuera posible, siempre se puede reclamar por la depreciación que haya sufrido el inmueble.

4. Cláusula que exonere de responsabilidad por vicios en la construcción.

Es abusiva y de forma ilegal exonerar al vendedor de su responsabilidad con cláusulas del tipo que: el vendedor no otorga garantía del inmueble y sus construcciones, por lo que no asume ninguna clase de responsabilidad en la compra del mismo, en cuanto a la calidad de materiales utilizados, o defectos de construcción, de cálculo de especificaciones o de diseño o mano de obra utilizada, o calidad de suelo o subsuelo en donde se haya edificado lo que aplica tanto a la urbanización o desarrollo habitacional del cual forma parte, como a los componentes o integrantes de estos, en consecuencia el comprador sabe, conoce, acepta y comprende por sí las especificaciones del inmueble que adquiere a su cuenta y riesgo, renunciando expresa y voluntariamente a las acciones que establece el Código Civil Capítulo VIII del Título XXIII del Libro Cuarto, especialmente la renuncia a la acción redhibitoria y a la acción para pedir rebaja del precio, por lo que declara libre de responsabilidad al banco.

También será abusiva la cláusula donde contrario a la publicidad, se venda un inmueble desmantelado, y que el banco se exima de responsabilidad manifestando que no se encuentra obligado al saneamiento de los vicios ocultos que estén relacionados directa o indirectamente con la condición físicas, estructural y de funcionamiento del inmueble.

5. Cláusula que imponga al adquirente los gastos por impuestos fiscales o municipales.

Es abusiva la cláusula donde se establezca que será por cuenta del comprador los gastos en los que tenga que incurrir para la activación y mantenimiento de servicios que correspondan al inmueble, incluyendo recargos por mora, pagos tardíos y activación o reconexión de servicios, así como impuestos o tasas municipales.

El comprador no debe abonar a la parte vendedora “el pago correspondiente por los gastos de impuestos sean estos fiscales o municipales” que anterior a la adquisición del bien, se tenían pendientes de pago con el Estado o la municipalidad. Al contrario, el inmueble debe entregarse en condiciones de habitabilidad y al precio establecido en el contrato, Art. 1610 inc. 1º C.C., por lo que es la parte vendedora quien debe asumir estos gastos de forma previa para entregarla en plenas condiciones.

Los impuestos constituyen una parte importante del desembolso económico total que deberá realizar el adquirente de un bien, por eso el comprador tiene gran interés en conocer el tipo de impuestos que gravarán la compraventa, su cuantía concreta y la persona legalmente obligada a su pago (el comprador o vendedor). Por eso es necesario que en la información previa al contrato se haga referencia al precio completo, incluidos los impuestos. Es obligación que se le haga del conocimiento al comprador de brindarle toda la información en cuanto al pago de los tributos de todas las clases que graven la propiedad o utilización del inmueble, lo cual abarca todos los impuestos directos e indirectos.

6. Cláusulas que Limitan la Responsabilidad del vendedor por defecto de calidad.

Las condiciones contractuales que alteren las calidades contenidas en la publicidad sólo serán abusivas en cuanto se puedan considerar sorprendente, por suponer una frustración de las expectativas legítimas del comprador sobre las características del inmueble. Cuando la sorpresa se ha evitado mediante una conveniente información previa a la celebración del contrato, se está prestando el consentimiento a la oferta final, con las alteraciones incluidas y no a la inicial oferta publicitaria.

Cuando en el contenido de contrato contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerían sobre el contenido de la publicidad, de lo contrario será exigible por parte del adquirente del bien el cumplimiento de lo publicado, ya que las condiciones contractuales que empeoren las calidades o condiciones del inmueble descritas en la publicidad o en la memoria de calidades, deben considerarse nulas. Sin embargo, esta afirmación requiere algunas matizaciones, porque la buena fe impide pretender exigir el contenido de la publicidad, cuando el vendedor ha informado convenientemente, antes de la celebración del contrato, sobre las modificaciones que el inmueble final incluye respecto de la oferta publicitaria.

Las cláusulas de conformidad con el inmueble entregado también deben considerarse abusivas por excluir la responsabilidad del vendedor en caso de vicio oculto o defecto de calidad y por implicar la conformidad con hechos ficticios, tanto si la cláusula se encuentra en el mismo documento contractual como en cualquier otra declaración que se realice con posterioridad, donde existan convenciones exonerativas de responsabilidad debido a la culpa, que afectan al orden público, la moral y las buenas costumbres, o los principios de la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones.

Igualmente, debe considerarse abusiva la cláusula que atribuya al vendedor la potestad de verificar en caso de discrepancia si el cumplimiento ha sido correcto o no.

7. Cláusulas abusivas por imponer renunciaciones a los derechos del comprador.

Resulta abusiva la cláusula de sumisión a un juzgado distinto del que corresponda al domicilio del adquirente, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el inmueble. Igualmente, debe considerarse abusiva por suponer la renuncia de un derecho legalmente atribuido al comprador.

Se puede notar el carácter abusivo de la imposición de la cláusula cuando el domicilio especial señalado no tenga ningún tipo de conexión con las partes (el adquirente no vive en el lugar señalado como domicilio especial, no tiene parientes en esa localidad y no trabaja en ese lugar), habiendo sido concebido únicamente por el vendedor bajo la creencia de que el Juez de esa competencia territorial resuelva rápidamente por estar desahogados del trámite de expedientes o porque en dicha localidad el banco tiene su asiento.

La falta de libertad de elección auténtica conlleva a un menoscabo del principio de buena fe, ya que, al momento de la firma del contrato, el adquirente no tiene posibilidad real alguna para modificar el clausulado, más bien espera que la entidad bancaria únicamente ponga las cláusulas

elementales relativas al negocio jurídico de que se trate en detrimento suyo, es decir, espera que sea leal. Si el adquirente disiente con la cláusula de sumisión expresa a un domicilio especial, tendrá que valorar entre renunciar al goce de ser demandado en su domicilio a fin de someterse a uno especial a cambio de adquirir el bien esperado o simplemente desistir del contrato en su integridad, a pesar que únicamente está inconforme con una cláusula no esencial al contrato, y es por ello que no es posible creer que exista una real libertad de contratación, ya que al no corresponder la competencia al domicilio del adquirente por designación de un domicilio especial, se provoca que el adquirente incurra en gastos económicos mayores a los que sufragaría si se hubiera determinado el domicilio del mismo, de modo que se provoca un perjuicio en el patrimonio de una de las partes, dándose la presencia de una cláusula abusiva.

Renunciar anticipadamente a los derechos que la ley reconoce a los compradores o que, de alguna manera limiten su ejercicio o amplíen los derechos de la otra parte, con la cláusula de sumisión expresa de un domicilio especial en el contrato, cuyo vendedor es una entidad bancaria, es de tipo considerado por la doctrina salvadoreña como abusiva. El bien objeto del contrato constituye un instrumento idóneo para que una entidad negocie a su favor las condiciones contractuales que le favorecen, en definitiva, tienen el poder en sus manos.

El establecimiento de un domicilio especial eventualmente puede provocar una falta de acceso a la justicia, porque su existencia constituye un requisito más para el ejercicio del derecho de la defensa del adquirente al figurar como demandado, el cual es un derecho fundamental que no es negociable, por lo que obligar al adquirente mediante una cláusula de sumisión expresa a un domicilio especial a litigar en un lugar lejano de su domicilio provocaría que el mismo desista del ejercicio de la defensa de sus derechos, situación que se encuentra regulada en el Art. 17 Lit. d) de la Ley de Protección al Consumidor, ya que produciría como consecuencia un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, y es ello que dicha cláusula no debe tener aplicabilidad.

La falta del acceso a la justicia tiene su efecto negativo en el derecho privado, en el patrimonio del usuario. El acceso a la justicia mediante la eliminación de la cláusula abusiva de sumisión expresa, también persigue evitar un daño por no conferirse facilidad al adquirente, a fin de que haga uso de su derecho de defensa.

Es de considerar que el domicilio legal puede ser especial, tal como lo establece la Ley del Banco de Fomento Agropecuario (Sala de lo Constitucional, Ref. 62-2006/16-2007), y en vista que la Sala de lo Constitucional ha declarado que esa disposición es constitucional, esa norma pertenece al ordenamiento jurídico salvadoreño, aunque la estipulación vía legislativa de un domicilio especial no deja lugar a la autonomía de la voluntad. Por tanto si la cláusula que señala un domicilio especial distinto del correspondiente al juez natural del adquirente ha sido impuesta, es decir, fijada sin el consentimiento del adquirente, predispuesta por el vendedor, es abusiva, ya que la competencia se debe determinar por el domicilio del adquirente, y en ese orden de ideas, el Juez competente para ventilar y sentenciar en razón del territorio, debe ser el Juez del domicilio del comprador; al menos que su inclusión obedezca a una Ley Especial que lo autorice (Artículo 65 Ordinal 9º Ley del Banco de Fomento Agropecuario) y que haya sido declarada constitucional.

8. Cláusulas de apoderamiento al banco para la inscripción del instrumento.

Se considerará abusiva aquellas cláusulas en donde en el mismo instrumento de venta se le confiera facultades amplias, expresas e irrevocables al banco para que pueda designar a las personas que crea conveniente, para presentar cuantos documentos privados o subsanación fueren precisas para que en su nombre y representación realice las gestiones necesarias para asegurar la correcta inscripción del documento en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas, es decir, revisar, corregir, sustituir folios, retirar sin inscribir y retirar inscrito el instrumento objeto de la venta, obligando al comprador a renunciar del derecho y facultad de retirar el documento inscrito o sin inscribir, o autorizar a persona ajena al banco a hacerlo, obligándolo además a su cumplimiento, y quedando sujeto a las responsabilidades que pudieren surgir de su inobservancia.

Con dicha cláusula se vulnera el principio de libertad contractual, por reservar al banco la facultad de interpretar o modificar unilateralmente el contrato, aunque con ello solo se persiga la posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas, que resulta jurídicamente imprescindible para que dicho contrato surta efecto ante terceros.

9. Cláusula que exoneren de Responsabilidad por ocupación de inmueble.

Es considerada abusiva la cláusula en donde se exonere de responsabilidad al vendedor, en caso de que el inmueble que vende se encuentre ocupado por terceros, y se le traslade al comprador sanear por cuenta propia y a su costo la desocupación del inmueble, así como cualquier otra circunstancia y/o acción propiciada por terceros.

4.9 Situación Normativa en materia de Cláusulas Abusivas

El Código Civil es el que se encarga de normar las relaciones privadas, es decir, entre particulares, y por ende, en él se encuentran reguladas todas las instituciones civiles reconocidas, principalmente en lo relativo al derecho de propiedad, mientras que el Código de Comercio se encarga de regular las relaciones que se dan entre comerciantes, éstos con los particulares, y los actos de comercio; es por ello que a continuación se mencionarán las disposiciones que se encuentran en cada uno de ellos referente a cláusulas de carácter general y de carácter abusivas.

El Código Civil entre otras normativas, se encarga de regular todo lo concerniente a los contratos, y en cuanto a éste, se encuentra un variado número de requisitos y reglas que se deben de tener en cuenta al momento de materializar el acuerdo a que se ha llegado por las partes contratantes, y es precisamente en el contrato, donde se encuentran cláusulas, por ser éstas las que integran dicha convención, por lo que para hablar de cláusulas abusivas, primeramente era pertinente analizar lo relativo a los contratos dentro del Código Civil, tal como se expuso en el capítulo II de esta investigación.

En cuanto a las cláusulas abusivas, no se encuentra expresamente la terminología en el Código Civil, aunque se puede encontrar indicios de este concepto al estudiar y hacer un análisis de ciertas disposiciones.

En primer lugar no se encuentra expresamente el concepto de cláusulas abusivas, porque el Código Civil establece el deber ser en las relaciones privadas, por lo que enumera cuáles son los requisitos que se deben de tener en cuenta si se quiere celebrar un contrato y que éste produzca efectos, enumerando cuáles serán dichos efectos, así como las reglas que se deben de observar al contratar, para evitar que se comentan abusos o que la parte dominante en la relación contractual, se aproveche de ésa situación perjudicando a la otra.

Además, en materia de contratos el Código Civil reconoce una presunción *iuris tantum*, la cuál es la buena fe, así como lo establece el Art. 751 que dice: “La buena fe se presume, excepto en los casos en que la Ley establece la presunción contraria. En todos los otros la mala fe debe de probarse”.²⁰⁶

En virtud de esa presunción, los actos de las partes se realizan y se ejecutan de buena fe, de lo contrario debe de probarse; pero a pesar de ello, en el Código Civil se pueden encontrar algunas disposiciones en las que se puede decir que se están regulando la no inclusión de cláusulas abusivas en el contrato, así por ejemplo se encuentran:

El Art. 1531 que establece: “La compensación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos de tercero”.²⁰⁷

El Art. 2093 regula: “El fiador no puede obligarse a más de lo que debe el deudor principal, pero puede obligarse a menos”.²⁰⁸

El Art. 2094 dice: “El fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el principal deudor, no solo con respecto a la cuantía sino al tiempo, al lugar, a la condición o al modo del pago, o a la pena impuesta por la inexecución del contrato a que acceda la fianza; pero puede obligarse en términos menos gravosos”.²⁰⁹

Y a medida se estudia el Código Civil, se pueden encontrar disposiciones de la misma clase, es decir, que contienen una regulación expresa para evitar que se cometan abusos en un acuerdo, como lo podría ser someterse a una obligación demasiado desventajosa o tener un aumento del patrimonio injustamente, o se procure un aprovechamiento de la necesidad de las personas, por lo que de alguna manera trata de evitar que se incorporen este tipo de cláusulas de carácter abusivas en el contrato.

De cualquier manera, si en el contrato se insertan cláusulas ambiguas, demasiado genéricas, vagas, oscuras o de difícil aplicación, con la intención de perjudicar a la otra parte, o aprovechándose de la condición de la persona, el Código Civil establece reglas de interpretación de los contratos, entre las cuáles se encuentran cómo se interpretarán este tipo de cláusulas.

En primer lugar y como regla general establece que un contrato debe de privar la intención de los contratantes, antes de su contenido escrito, y en caso de darse problemas de aplicación del

²⁰⁶ Código Civil (El Salvador: Órgano Ejecutivo de El Salvador, 1860), art. 751.

²⁰⁷ Ibid, art. 1531.

²⁰⁸ Ibid, art. 2093.

²⁰⁹ Ibid, art. 2094.

contrato, ésta regla sería de mucha utilidad, porque la intención de los contratantes también deviene del objeto del contrato, por lo que no se podrá invocar una intención que desvirtúe la razón de dicha convención.

En cuanto a los efectos que puede producir una cláusula incluida de mala fe, se establece que se deberá de preferir la interpretación en la que dicha cláusula no es capaz de producir efecto alguno.

Las cláusulas ambiguas se interpretarán a favor del deudor, pero si dichas cláusulas han sido incluidas por el deudor o acreedor, éstas se interpretarán en contra suya, por no haber explicado el sentido de dicha cláusula.

Pero éstas reglas de interpretación se tomarán en cuenta al iniciar alguna acción derivada del contrato, esto, porque el Código Procesal Civil y Mercantil, no contempla ninguna acción a iniciar para alegar la terminación o nulidad del contrato por la razón que éste contenga una cláusula insertada de mala fe, o para que se pueda controvertir el contenido de una cláusula, para demostrar la mala fe inmersa en ella, o el engaño en que se quiere hacer caer a través de ella, solamente en los casos expresamente determinados en el Código Civil, éstas cláusulas se tendrán por no escritas, por lo que en los demás casos que se puedan dar, no contemplados en el Código Civil, se está en total indefensión, y en ello tiene que ver el consentimiento, alegándose que si una persona hubiese tenido conocimiento de una cláusula de éste tipo, no hubiese consentido, y al dar su voluntad para obligarse, lo está haciendo sometiendo y aceptando los términos del contrato, y la única forma de alegarse la mala fe, es a través de una excepción al momento de contestar la demanda en toda clase de proceso.

El problema de establecer la pena de tener por no escritas ciertas cláusulas que la Ley expresamente lo establezca es que el término de mala fe y cláusulas abusivas es muy amplio y subjetivo, por lo que pueden enmarcarse muchos casos, y en ese sentido la Ley no puede cerrarse a solamente determinados casos.

En cuanto al tratamiento de cláusulas abusivas en el Código de Comercio, se debe remitir a las disposiciones relativas a los contratos mercantiles, encontrándose el Art. 945 que dice: “Las obligaciones, actos y contratos mercantiles en general, se sujetarán a lo prescrito en el Código Civil, salvo las disposiciones del presente título”.²¹⁰

Por lo que de igual manera que en el Código Civil, no se encuentra el concepto de cláusulas abusivas en el Código de Comercio, pero a medida se estudian las disposiciones, se pueden encontrar algunas que prohíben la inserción de determinadas circunstancias abusivas en el contrato; también es de recordar que por ser el Código de Comercio una ley sustantiva, solamente se encuentra el deber ser de la contratación.

Entre las disposiciones que podemos destacar tenemos el Art. 955, que dice: “Se tendrá por no escrito el pacto que excluya o límite de antemano la responsabilidad de una empresa mercantil

²¹⁰ Código de Comercio (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1970), art. 945.

por dolo o culpa de su personal, o de terceros a quienes en el cumplimiento de las obligaciones propias de su giro”.²¹¹

Se puede observar que, al igual que el Código Civil, se encuentran disposiciones que señalan la sanción de no tener por escrita una determinada cláusula, pero siempre cuando expresamente lo señale el Código.

En conclusión se puede afirmar que no existe en los Códigos Civil ni en el de Comercio, un expreso tratamiento de las cláusulas abusivas, por la razón que en primer lugar no se encuentra dicho concepto en las leyes en mención, pero a pesar de ello, se encuentran indicios del reconocimiento de dichas cláusulas, porque señala una sanción específica a la inclusión de cláusulas que signifiquen un abuso o aprovechamiento, o un enriquecimiento injustificado o engaño, pero solamente en los casos determinados en la ley.

Por otro lado, en la Ley de Protección al Consumidor si se han incluido algunos artículos que tratan de regular o evitar la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos en que una de las partes se encuentra en desventaja, pero esta ley generalmente se refiere a los contratos de adhesión.

El objeto de la Ley es la de proteger a los consumidores porque cuando adquieren bienes y servicios pueden encontrarse en una posición desigual frente a los proveedores, como cuando no obtienen la información adecuada o no tienen la oportunidad de discutir o negociar las condiciones en las que contratan. Y para lograr la protección crea una institución denominada “Defensoría del Consumidor” que tiene como misión “Promocionar, proteger, vigilar y hacer valer los derechos de los consumidores, y coordinar el Sistema Nacional de Protección al Consumidor, mejorando el funcionamiento del mercado, la convivencia social y el ejercicio de ciudadanía”; y como visión “Ser una institución confiable para todos los sectores y reconocida a nivel nacional e internacional por proteger los derechos de los consumidores, procurando el equilibrio, certeza y seguridad en sus relaciones con los proveedores”.

La Ley de Protección al Consumidor es una norma secundaria que establece una política de protección a los derechos de la población consumista. En relación con la contratación de servicios, dicha ley establece algunas prácticas o circunstancias que pueden ocasionar perjuicios a los consumidores, siendo una de ellas la introducción de cláusulas abusivas en los contratos, lo cual atenta contra la confianza en las relaciones personales, donde se tiene la creencia que la persona con quien contrata, en verdad cumplirá la obligación que ha asumido, tal y como se ha estipulado en el contrato; el Código Civil es el que se encarga de regular esa relación contractual para que la obligación pactada sea cumplida, y se respeten ambas condiciones en las que se encuentran las partes, pero a pesar de ello, las partes siempre se encuentran expuestas a que no se cumpla lo acordado, o que se introduzcan en el contrato cláusulas que abusen de esa confianza, la cual ocasiona un perjuicio para la otra parte.

Esta Ley puede ser aplicada al caso en estudio, ya que las partes contractuales están obligadas a respetar el vínculo jurídico a que se han sometido por su libre voluntad, obrando de buena fe, cada uno frente al otro, es decir, están sometidos a la observancia de una conducta moral,

²¹¹ Código de Comercio, art. 955.

esto porque es una relación contractual, y no es aplicable solo a los contratos, sino a todos los actos jurídicos y, lo que, es más, a todas las obligaciones, cualesquiera que sean sus fuentes.

4.9.1 Propuesta de Reforma en la Legislación Civil y Comercial Salvadoreña

El interés fundamental de esta investigación es hacer una reflexión acerca de la necesidad de presentar una propuesta de reforma del Código Civil, con el propósito de ajustarlas a las teorías modernas de los contratos y a las necesidades reales de cada contexto jurídico.

El Código Civil salvadoreño data de 1860 y, más allá de algunas reformas parciales que poco han modificado lo esencial de las instituciones jurídicas contenidas y desarrolladas en su seno, a lo que se suman algunas reformas introducidas por vía constitucional, el texto permanece sin modificaciones sustanciales. Se sabe que nuestra codificación se tomó del Código Civil chileno de 1855, redactado por el ilustre jurista y humanista Andrés Bello, el texto ha sufrido modificaciones parciales en su vigencia, pero mantiene su esencia de manera general hasta la fecha.

La jurisprudencia y la doctrina son el espacio ideal para llevar a cabo esta discusión, lo cual debe ser parte de un consenso amplio de los sectores jurídicos involucrados, en el que las universidades, el órgano judicial, los litigantes y, en general, toda la comunidad jurídica participe. Un Código Civil es un sistema de pensamiento y no un simple *collage* de normas, por eso dejárselo de manera exclusiva al poder legislativo es riesgoso. No son pocos los aspectos que la doctrina ha destacado a lo largo de los años como falencias del sistema codificado de derecho privado salvadoreño. Entre estas encontramos las que atañen a la presente investigación, las cuales se enlistan a continuación.

a) Múltiples figuras del derecho civil salvadoreño están en desuso y otras no han encontrado una aplicación práctica, por tanto, es preciso interrogarnos acerca de las causas de este fenómeno. Ejemplo de ello lo encontramos en el error y el dolo como vicios del consentimiento, o la causa en cuanto requisito para la validez de un contrato. Una verificación de la utilización de estas figuras en los estrados judiciales en más de siglo y medio de aplicación del Código Civil arroja un balance desolador.

b) Las contradicciones y vacíos en materia civil y comercial son evidentes en temas tales como la teoría del riesgo, el carácter consensual o solemne de la promesa de contrato en materia mercantil y la aplicación de la lesión enorme en materia comercial, entre otros.

c) Contratos como la compraventa tienen una multiplicidad de regímenes en el derecho interno, conviven así reglas disímiles entre compraventa civil, comercial, bancaria y de consumo reguladas por diferentes normas.

d) Figuras modernas del derecho privado que es precisamente el tema central de la presente investigación como, por ejemplo, el desequilibrio significativo, cláusulas abusivas en contratos entre iguales, la teoría de los actos propios, la obligación de información o el incumplimiento esencial no hacen parte de nuestro panorama jurídico de derecho positivo.

Esto solo por mencionar algunos temas que podrían ser objeto de reforma, pues el mismo régimen del derecho comercial se encuentra descodificado en la actualidad.

Tal y como se observa, esas inconsistencias se pueden resumir en tres ejes: lo obsoleto de algunas normas y figuras del derecho civil, la falta de adecuación del derecho privado salvadoreño a las teorías modernas de los contratos, y las obligaciones y la falta de armonía entre el régimen civil y comercial en materia de temas que son generales a los contratos. Sobre este último punto debe existir un régimen unificado en materia civil y comercial, pues en relación con las obligaciones y sus fuentes -incluida la teoría del acto o negocio jurídico- no puede haber diferencia en esta materia.

La reforma al Código Civil salvadoreño es una necesidad palpable, aunque algunos juristas se muestren reacios a la codificación, así como otros cultores del Código de Andrés Bello, piensan que el derecho privado es un sistema de pensamiento que debe tener como hilo conductor una codificación que marque la pauta y el espíritu de las normas. De igual forma, en pleno siglo XXI, luego de la vigencia de casi siglo y medio de esas normas, es necesario reformular algunas de ellas y, sobre todo, dar un paso adelante con la creación de un Código Civil mejor integrado al ordenamiento jurídico y a tono con los postulados constitucionales, adaptado a las necesidades locales y globales de nuestra realidad actual.

Lo importante de una posible reforma al Código Civil es que este sea el fruto del consenso de juristas salvadoreños, donde se recoja lo más selecto de la jurisprudencia patria sobre los diversos temas de reforma y así torne regla de derecho estos importantes aportes, se tenga en cuenta la doctrina salvadoreña la cual, por fragmentada que sea, tiene grandes aportes en muchos temas.

A nivel de doctrina es tan evidente a veces que ciertos autores citan más autores extranjeros que a sus propios connacionales, por motivos que parecieran caprichosos, porque en los ordenamientos jurídicos en los que existe escuela y una verdadera academia prima la citación nacional frente al derecho comparado. Sin embargo, no se ha llegado realmente a un punto en el que pensemos en un derecho privado propio, concebido por los salvadoreños para los salvadoreños. Es necesario un derecho a la medida de la realidad nacional y no un traje importado que nunca se nos verá bien. Por más que algunos se esmeren en negarlo, así es, y la culpa es generalizada porque muchos sectores y juristas son apáticos frente a cualquier esmero de consenso.

Si no se supera ese estadio de pensamiento medieval no hay esfuerzo que valga para sacar adelante y aprovechar la oportunidad que se deslumbra hoy de discutir un proyecto de reforma al Código Civil a la altura de los desafíos del siglo XXI. Además, hoy el desafío es mayor, porque se debe pensar en un derecho privado local con alcance global. Seguramente, algunos juristas realizarán propuestas interesantes y bien fundadas, dirigidas a reformar el Código, pero se habrá perdido una oportunidad de oro para que, alrededor de tan importante labor, por fin el derecho privado salvadoreño dé ese paso adelante que no se ha dado.

CONCLUSIONES

Con esta investigación se busca señalar la falta de regulación en las leyes sustantivas pertinentes de las cláusulas abusivas en las contrataciones generales, es por ello que se pretende incentivar a que los usuarios del sistema financiero puedan exigir los derechos que les son vulnerados cuando en ocasión de celebrar un contrato general con un banco, se les incorporen cláusulas de carácter abusivos que les causen perjuicio a sus intereses, volviéndose necesario que se regulen mecanismos de protección en la legislación para este fenómeno, con el fin de que no se suscriban dichas cláusulas o eviten la efectividad de esas estipulaciones cuando ya suscribieron un contrato en el cual se observe un abuso de la posición dominante de la entidad financiera, pues en estos casos, la normativa salvadoreña no lo regula para los contratos generales, y por tanto en la actualidad no existe una sanción para tales comportamientos abusivos.

Es importante resaltar que, a través del principio de la autonomía de la voluntad en las contrataciones, los particulares utilizan este mecanismo al momento de optar por el medio más idóneo para satisfacer sus necesidades económicas o de cualquier otra índole, manifestándose de dos formas: la libertad contractual y la libertad de contratación. El primero se refiere a la libertad para constituir o no relaciones contractuales, mientras que el segundo es la facultad de determinar libremente los términos y condiciones de un contrato. Mientras que la libertad de contratación opera de manera anterior a la formación del contrato, la libertad contractual actúa durante el inicio, la vida y el fin de la relación contractual. Por ello puede decirse que este principio justifica la existencia del contrato.

A través del ordenamiento jurídico se debe garantizar la libertad y la autonomía de la voluntad de las personas al contratar y, en consecuencia, respetar los contratos celebrados con base a ellas, pero también se debe evitar las conductas arbitrarias por medio de fórmulas que desincentiven tales comportamientos, como sanciones para los contratantes que abusen de su posición jurídica para perjudicar a los contratantes más débiles, así como también, imponiendo el deber de información de parte de los contratantes del esquema contractual. En este sentido, es indispensable tutelar cuando exista, a la parte jurídicamente más débil de la relación contractual.

En consecuencia, los contratos celebrados entre particulares con igualdad de poder de negociación deben atenderse a la autonomía de la voluntad de los contratantes, correspondiendo al Estado garantizar plenamente la libertad de contratación, pero por el contrario, en los contratos donde no exista una igualdad en la negociación y celebración, producto de la asimetría de información, es necesaria la intervención del legislador a efecto de garantizar un equilibrio en la relación contractual, sin que ello signifique una revisión autoritaria del contenido de todos los contratos, sino únicamente en los casos en que se perjudique al contratante que no pudo ejercer totalmente su autonomía de la voluntad al momento de celebrarlo.

Se necesita por tanto de una regulación especial sobre condiciones generales que, entre otras medidas, posea control sobre los derechos y obligaciones diferentes de los controles que poseen las legislaciones tradicionales. Se necesita un control que actúe sobre el fondo de las condiciones generales, y no sólo en la forma. Uno que provea herramientas para invalidar las

cláusulas abusivas que se encuentran presentes a menudo en las condiciones generales. Es decir, un control específico que tenga como fin asegurar objetivamente el equilibrio de todos esos aspectos que son típicamente irrelevantes a los sujetos en su toma de decisión de contratar, ya que los sujetos no ejercen su autonomía de la voluntad a plenitud. Debe ser una medida que no haga más lento el proceso de contratación, la cual es por definición muy rápida.

El legislador debe intervenir para regular las condiciones generales de aspectos que se puedan considerar irrelevantes en el contrato, a raíz de la imposibilidad de las fuerzas del mercado para garantizar su equilibrio, ya que los particulares se encuentran en una situación de vulnerabilidad, en virtud que las cláusulas que se incorporan al contrato no son fruto de un ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad del particular. Los bancos pueden aprovecharse de esta situación, introduciendo condiciones generales desequilibradas a favor exclusivamente de sus intereses, sin temor a que esto produzca rechazo de los particulares a la adquisición de sus bienes, por lo que el Estado debe proteger a los particulares ante esta situación de vulnerabilidad.

En nuestro país no se le ha dado la importancia debida a los contratos bancarios, y se evidencia en la práctica bancaria salvadoreña, la fijación de condiciones unilaterales desproporcionadas y abusivas por parte de las entidades financieras, sin que exista la más mínima posibilidad de negociación individual por parte de los particulares, ya que los contratos se hallan preredactados en formatos o fórmulas que manejan únicamente dichos bancos, sin la participación o asentimiento previo del particular en la determinación de las condiciones contractuales, existiendo con ello una evidente disparidad en la negociación.

La falta de iniciativas serias y actuales para desarrollar una ley o reformar las leyes sustantivas pertinentes que abarquen de manera amplia y eficiente las problemáticas actuales en cuanto a abusos bancarios, hace necesaria una mayor vigilancia por parte de las entidades encargadas del control y regulación del sistema financiero, en especial, por parte de la Superintendencia del Sistema Financiero, ya que si la entidad bancaria recibiera sanciones económicas considerables por sus actuaciones abusivas y contrarias a derecho, se pudiera evitar muchos abusos continuados de los bancos.

Dicho lo anterior, se puede concluir que la incorporación de cláusulas abusivas por parte de las entidades financieras frente al usuario o cliente provoca un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de ambas partes, lo que compromete seriamente el principio de equivalencia y máxima reciprocidad en todo estado de derecho y se constituye en un abuso de la posición dominante por parte del banco frente a los usuarios del sistema, ya que los precarios mecanismos de protección existentes en nuestro país para hacer valer los derechos de los usuarios bancarios y en la poca legislación desarrollada sobre la materia, se evidencia claramente la debilidad actual del usuarios del sistema financiero frente a los bancos que operan en el país.

RECOMENDACIONES

- Las cláusulas abusivas han sido de uso frecuente en la práctica comercial de venta de activos extraordinarios por las instituciones financieras, por lo cual se requiere de una regulación de estas en las leyes sustantivas pertinentes, y su prohibición mediante normas imperativas que tiendan a proteger al débil jurídico, aun cuando se afirme la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad de las partes en la suscripción de los contratos.
- Cuando se incorporen cláusulas abusivas en los contratos bancarios, se exija la indemnización de los perjuicios que se logren determinar previa declaratoria judicial, y con ello reestablecer los derechos de los usuarios del sistema financiero, a partir de la declaratoria de ineficacia o nulidad sea esta relativa o absoluta de las cláusulas contractuales afectada por el abuso y en el caso más grave, la inaplicación de todo el contrato cuando este ya no tiene sentido sin la cláusula.
- Que se busque la generación de un mecanismo de protección para aquellos usuarios del sistema financiero a quienes se les vulnera sus derechos fundamentales, como consecuencia de la falta de legislación en materia civil y comercial de las cláusulas abusivas, ya que la misma genera que las decisiones judiciales no sean uniformes y dependan de la capacidad de los abogados del proceso y de los medios probatorios de las partes, con el agravante de las altas limitaciones económicas de los usuarios.
- Que la entidad financiera sin importar su denominación ni clase cuente siempre con un departamento jurídico especializado en la legislación civil y comercial, que tenga amplia experiencia y trayectoria, con la finalidad de dar una verdadera, legal y eficiente asesoría y con ello evitar la incorporación de cláusulas de carácter abusivas en los contratos generales que otorguen con los particulares.
- Los bancos deben actuar de buena fe respecto a las contrataciones que realizan de sus activos extraordinarios, en virtud que son los particulares los que aceptan las condiciones impuestas en el contrato para adquirir un bien, existiendo un desequilibrio en la relación jurídica que establecen.
- Los bancos al elaborar los contratos de venta de activos extraordinarios ya sea al contado o con financiamiento, deben establecer que todas las cláusulas y condiciones incluidas en ellos, se encuentren claramente determinadas y no dejen espacios para actuar de forma unilateral perjudicando al usuario.
- Que el Estado a través de la Superintendencia del Sistema Financiero además de ejercer una vigilancia preventiva de riesgo y mantenimiento de una economía equilibrada y desarrollada, ejerza una vigilancia especializada, es decir ejerza un mayor control en las operaciones de los bancos y sus relaciones con los usuarios
- Que se analice la posibilidad de crearse un procedimiento administrativo ágil y eficiente por parte del Estado a través de la Superintendencia del Sistema Financiero, para imponer sanciones y multas a aquellas instituciones del sistema financiero, a las que se le compruebe el abuso de su

posición dominante y los perjuicios causados a los usuarios del sistema financiero, para evitar que el afectado tenga que acudir a un proceso judicial, dejándose este tipo de procesos como último recurso.

- Que por medio de asociaciones de consumidores y usuarios como entidades de derecho privado formadas por individuos que se asocian para defender sus intereses comunes, se obtenga información sobre los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, como precios, garantías, intereses y responsabilidad, cuya información difundirán entre sus asociados, así como todo el público consumidor, a fin que se pueda ejercer mecanismos de protección, tales como medios de comunicación o denuncia ante las entidades que vigilan la actividad bancaria, con el ánimo de proteger al usuario y hacer que el banco desista de sus pretensiones abusivas, tal como lo establece el Art. 162 de la Ley de Protección al Consumidor, que regula este tipo de asociaciones de personas jurídica cuyo objetivo es la protección de los derechos de los consumidores.

ANEXO 2

FORMATO DE CARTA OFERTA PARA COMPRA DE ACTIVO EXTRAORDINARIO.

San Salvador, _____ de _____ de _____.

SEÑORES DE LA
JUNTA DIRECTIVA Y GERENTE GENERAL
DEL BANCO _____
PRESENTE.

Respetables señores:

Yo _____,
mayor de edad y del domicilio de _____, departamento de
_____, con mi Documento Único de Identidad No. _____,
ofrezco la cantidad de \$ _____ por la propiedad que tiene en venta y que está ubicada en
_____, bajo las siguientes condiciones

_____.

Atentamente,

Firma: _____

Nombre: _____.

ANEXO 3

FORMATO DE CONSTANCIA QUE SE MOSTRO ACTIVO EXTRAORDINARIO.

San Salvador, _____ de _____ de _____.

SEÑORES DEL
BANCO _____
PRESENTE.

Respetables señores:

Por medio de la presente se hace constar que en esta fecha le ha sido mostrada al Sr. (a) (ita) _____ la propiedad que tiene en venta esta institución y que se encuentra ubicada en _____

_____.

Comentarios: _____

_____.

Atentamente,

F. _____

F. _____

Encargado de Activos Extraordinarios
o Empleado que mostró el bien

Cliente

NOTA: Este documento únicamente servirá a la institución para constancia de que fue (ron) mostrado (s) activo (s) extraordinario (s), por lo que no le genera compromiso alguno al cliente.

ANEXO 4
EJEMPLOS DE COMPRAVENTAS CON CLÁUSULAS DE CARÁCTER ABUSIVAS.
LICDA. DANIELLA MARIA RIVAS MADRIGAL

PAPEL PARA PROTOCOLO

TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO



DOS COLONES



M. DE H.

SESENTA Y CINCO

Nº 19200865

Fines Didácticos



17	NÚMERO CIENTO TREINTA.- En la ciudad de San Salvador, a las catorce horas y veinte minutos del día uno de junio del dos mil
18	diecisiete.- Ante mí, DANIELLA MARIA RIVAS MADRIGAL , Notario, del domicilio de Santa Tecla, departamento de La Libertad,
19	comparece el Licenciado _____ de cincuenta y ocho años de edad, Economista, de
20	este domicilio, de nacionalidad Nicaragüense, persona que conozco, portador de su Carnet de Residencia CA-Cuatro con Número de
21	Identificación Migratoria _____, expedido por la Dirección General de Migración y Extranjería, el
22	día once de julio de dos mil trece, con vencimiento el día veintitrés de julio de dos mil diecisiete, quien actúa como Director
23	Presidente y Representante Legal de la sociedad BANCO _____ que se abrevia
24	BANCO _____ Institución Bancaria, de este domicilio, con Número de Identificación Tributaria _____



DOS COLONES



M. DE H. TRESCIENTOS SESENTA Y SEIS

Nº 19200866

que en adelante se denominará "BANCO

1 o simplemente "EL BANCO", personería que más adelante diré; quien en adelante se llamara "EL VENDEDOR" y ME

2

3 **DICE: I)** Que su representado es dueño y actual poseedor de un inmueble de naturaleza Urbana identificado como LOTE NÚMERO

4 VEINTICUATRO, POLÍGONO CINCO "C" DE LA URBANIZACIÓN JARDINES DE LA SABANA, correspondiente a la ubicación geográfica de

5 SANTA TECLA, LA LIBERTAD, de un área de OCHENTA Y NUEVE PUNTO DIEZ METROS CUADRADOS, se localiza de la manera

6 siguiente: Partiendo de la intersección del eje de avenida "A" y el eje de calle la Sabana, se mide sobre este mismo rumbo Sur

7 ochenta y seis grados cero dos punto dos minutos Oeste, una distancia de once punto noventa metros desde este punto, con

8 deflexión izquierda de noventa grados y distancia de seis punto cincuenta metros se define el esquinero Nor-este del lote que se

9 describe y a partir del cual mide y linda: **AL ORIENTE:** línea recta de dieciséis punto cincuenta metros y rumbo sur cero tres grados

10 cincuenta grados cincuenta y siete punto ocho minutos Este, linda con lote numero veintitrés del polígono cinco "C"; **AL SUR:** línea

11 recta de cinco punto cuarenta metros y rumbo Sur ochenta y seis grados cero dos punto dos minutos Oeste, linda con lote numero

12 dos del polígono cinco "C"; **AL PONIENTE:** línea recta de dieciséis punto cincuenta metros y rumbo Norte cero tres grados

13 cincuenta y siete punto ocho minutos Oeste, linda con lote numero veinticinco del polígono cinco "C"; **AL NORTE:** línea recta de

14 cinco punto cuarenta metros y rumbo Norte ochenta y seis grados cero dos punto dos minutos este, linda con lote numero dos del

15 polígono seis "C", calle la Sabana de por medio con derecho de vía de trece metros; llegando al vértice Nor-este, de donde se inicio

16 y termina la presente descripción.- Dicho Inmueble aun no se encuentra inscrito a favor del vendedor pero es inscribible por estarlo

17 su preantecedente bajo el Sistema de Folio Real Automatizado Matricula TRES CERO UNO UNO SEIS UNO UNO CERO-CERO CERO

18 CERO CERO CERO del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas de la Cuarta Sección del Centro.- **II)** Continúa manifestando el

19 vendedor por medio de su representante que libre de todo gravamen y por el precio de **AREINTA Y SEIS MIL CIENTO**

20 **CUARENTA Y UN DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS DE DÓLAR**, que

21 tiene recibido a su entera satisfacción de parte de la Señora vende a esta, el inmueble

22 descrito en el numeral I) de este Instrumento, haciéndole por medio de este Instrumento la tradición del dominio, posesión, uso y

23 demás derechos reales y personales que sobre el inmueble vendido le corresponde, entregándose materialmente y obligándose al

24 saneamiento de Ley.- **III)** Presente desde el inicio de esta escritura la señora de

cuarenta y ocho años de edad, Comerciante en Pequeño, del domicilio de la Ciudad y Departamento de San Miguel, persona que no

1	conozco pero identifico por medio de su Documento Único de Identidad Numero	con
2	Numero de Identificación Tributaria	quien en adelante se
3	llamara "LA COMPRADORA", y ME DICE: Que acepta la venta que se le hace del inmueble descrito en el numeral primero de este	
4	instrumento, aceptando la tradición del dominio, posesión, uso y demás derechos reales que sobre dicho inmueble se le transfere	
5	por medio de este instrumento, del cual se da por recibido materialmente.- IV) DECLARACION NOTARIAL: El Suscrito Notario	
6	hace constar: a) Que por medio del presente instrumento delego a Banco para que pueda designar a las	
7	personas que crea conveniente, para presentar, Revisar, corregir, sustituir folios, Retirar sin inscribir, y retirar Inscrito el presente	
8	instrumento, renunciando por este medio, a la facultad de retirarlo Inscrito o sin inscribir, o autorizar a personas ajenas a Banco	
9	que me confiere el artículo doce de la Ley de Procedimientos Uniformes para la presentación, tramite y	
10	registro o deposito de instrumentos en los Registros de la Propiedad Raíz e Hipotecas, Social de Inmuebles, de Comercio y de	
11	Propiedad Intelectual, siendo de mi conocimiento todas las obligaciones que me impone dicha Ley, obligándome a su cumplimiento,	
12	y quedando sujeto a las responsabilidades que pudieren surgir de su inobservancia; b) Que me obligo a prestar toda la colaboración	
13	que fuere necesaria al Banco para subsanar cualquier error de Forma o Fondo que pudiere impedir la	
14	inscripción de este instrumento en el Registro correspondiente, en el momento que me sea solicitado.- Y yo el suscrito notario doy	
15	fe: a) De haber advertido a los comparecientes el contenido a que se refiere el Artículo Treinta y nueve de la Ley del Notariado; b)	
16	De haber indicado la necesidad que tiene la compradora de presentar a la Delegación fiscal correspondiente una copia del	
17	Testimonio de la presente escritura, de acuerdo a los artículos siete y ocho de la Ley del Impuesto de Transferencia sobre Bienes	
18	Raíces; c) Que la presente obligación no esta exenta del pago del Impuesto de Transferencia de Bienes Raíces, por lo tanto	
19	agregare al legajo de anexos de mi protocolo el recibo de pago de derecho de Impuestos.- Los comparecientes en las calidades ya	
20	expresadas para los efectos legales de este Instrumento señalan como domicilio especial el de esta ciudad, a cuyos tribunales	
21	judiciales se someten expresamente en caso de acción judicial; d) Que advierte a los otorgantes: Que para la inscripción del	
22	presente Instrumento en la forma en que se ha otorgado, se requiere estar solvente o autorizado, según el artículo	
23	número doscientos veinte, del código Tributario; e) y yo el suscrito Notario DOY FE: De ser legítima y suficiente la	
24		

Notaría S.A. de C.V. Tel. 2122-4160 Trabajo del 15,024,051 al 15,326,800



DOS COLONES



M. DE H.
SESENTA Y SIETE

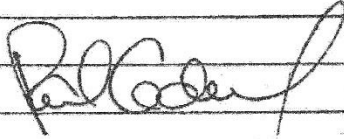

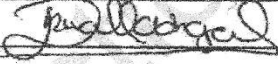
Nº 19200867

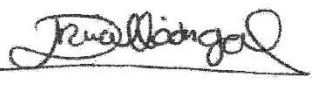
1 personería con que actúa el Licenciado

para representar a la Sociedad BANCO

2	, por haber tenido a la vista los siguientes documentos: a) El Testimonio de la Escritura Pública de
3	Modificación al Pacto Social del "BANCO otorgada en esta ciudad, a las nueve
4	horas del día diecisiete de agosto del año dos mil dieciséis, ante los oficios del Notario ., inscrita en el
5	Registro de Comercio el día siete de Abril de dos mil diecisiete, bajo el Número del Libro
6	del Registro de Sociedades y de la cual constan todas las Clausulas que rigen al Banco: Que su
7	naturaleza es una Sociedad Anónima, de capital fijo y de nacionalidad Salvadoreña, que girará bajo la denominación de "BANCO.
8	seguido de las palabras "SOCIEDAD ANONIMA", ó de su abreviatura "S.A."; su domicilio es el de la
9	ciudad, municipio y departamento de San Salvador, y su plazo es Indeterminado; que dentro de sus finalidades se encuentra
10	comprendido el otorgamiento de actos como el presente y todos los indicados en la cláusula Cuarta del Pacto Social, en la Ley de
11	Bancos y en el Código de Comercio; que la Representación Legal, judicial y extrajudicial de la Sociedad corresponde al Director
12	Presidente y al Director Vice-Presidente de la Junta Directiva, quienes podrán actuar conjunta o separadamente, y podrán celebrar
13	toda clase de actos y contratos, contraer toda clase de obligaciones y ejercer toda clase de actos de acuerdo a las resoluciones de la
14	Junta Directiva; además el Director Presidente tendrá amplias facultades para representar a la Sociedad en actos como el presente;
15	b) Certificación de la Credencial de Elección de Junta Directiva del Banco expedida en esta ciudad, el día diez de marzo de dos mil
16	diecisiete, por el Ingeniero Secretario de la sesión de Junta General Ordinaria y Extraordinaria de
17	Accionistas, realizada en esta ciudad a las once horas y treinta minutos del día veinte de febrero de dos mil diecisiete, de la que
18	consta que según PUNTO SEXTO del Acta Número CUARENTA Y DOS, se acordó la elección de los miembros de Junta Directiva
19	para el periodo comprendido del día QUINCE DE ABRIL DE DOS MIL DIECISIETE al día QUINCE DE ABRIL DE DOS MIL
20	DIECINUEVE, habiendo sido electo como Director Presidente el compareciente Licenciado
21	Inscrita dicha Credencial en el Registro de Comercio el día quince de marzo de dos mil diecisiete, al Número
22	del Libro del Registro de Sociedades; y c) Certificación extendida el día diecisiete de Abril
23	de dos mil diecisiete por el Director Secretario de la Junta Directiva Licenciado del Punto Sexto
24	del Acta de Junta Directiva de la Sociedad, en el cual consta que en Sesión de Junta Directiva Número JD-CERO CUATRO/DOS

MIL DIECISIETE, de fecha diecisiete de Abril de dos mil diecisiete, se faculta al compareciente a otorgar el presente acto.- Así se

1	expresaron los comparecientes, a quienes explique los efectos legales del presente instrumento; y leído que les hubo todo lo escrito,
2	íntegramente y en un solo acto sin interrupción, manifiestan su conformidad, ratifican su contenido y firmamos.- DOY FE.-
3	
4	
5	
6	
7	
8	
9	 
10	





SO ANTE MI, del folio trescientos sesenta y cinco vuelto al folio trescientos sesenta y siete vuelto del Libro Número SEIS de mi Protocolo, que finaliza el día doce de mayo de dos mil dieciocho, extendiendo, firmo y sello EL presente TESTIMONIO, en la ciudad de San Salvador, a los un días del mes de junio de dos mil diecisiete, para ser entregado a La Señora

J. Rivas Madrigal



Fines Didácticos

PAPEL PARA PROTOCOLO



DOS COLONES



CINCO SESENTA Y CINCO

DE H.

Nº 20873665



Fines Didácticos

11

12 **NÚMERO CUARENTA Y CUATRO LIBRO QUINCE** En la ciudad de San Salvador, Departamento de

13 San Salvador, a las once horas y treinta minutos del día catorce de diciembre de dos mil dieciocho. Ante

14 mí, **CARLOS ANTONIO HERRERA GARCÍA**, abogado y notario, de este domicilio, con número de

15 identificación Tributaria _____

16 **COMPARECE:** _____ de cincuenta años de edad, Abogado y Notario, del

17 domicilio de Soyapango, Departamento de San Salvador, persona a quien conozco y además identifico

18 por medio de su Documento Único de Identidad número _____ y de

19 su Número de Identificación Tributaria _____

20 _____ actuando en nombre y representación, su calidad de Apoderado Especial

21 Administrativo de _____ institución bancaria, de este

22 domicilio, con Número de Identificación Tributaria número _____

23 _____ que en adelante se denominará "El Banco", personería

24 doy fe de ser legítima y suficiente por haber tenido a la vista a) la Escritura Pública de Poder Especial

Imprenta Oficial 2488-4768, 2246-9349, 4245189, Calle del 20, 820, 903, al 22, 126, 000, 0403/2018

PAPEL PARA PROTOCOLO

CIENTO SESENTA Y SEIS



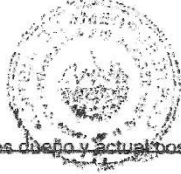
DOS COLONES



M. DE H.

Nº 20873666

1 Administrativo, otorgado en la ciudad de San Salvador, a las quince horas y cincuenta minutos del día
 2 cuatro de abril del año dos mil diecisiete, ante los oficios notariales de .
 3 inscrito en el Registro de Comercio el día siete de abril de dos mil diecisiete, al número . del Libro .
 4 de Otros Contratos Mercantiles, por medio del cual el señor .
 5 en su calidad de Presidente Ejecutivo del Banco, y como tal representante
 6 legal del mismo, cuya personería aparece debidamente legitimada en dicho Poder, así como la existencia
 7 del Banco, nombró apoderado del mismo a . y otros, para que conjunta o
 8 separadamente puedan otorgar actos como el presente, poder que no agregaré al legajo de anexos de mi
 9 Protocolo, por contener otras facultades por cumplir, y, b) Certificación de Punto de Acta extendido el día
 10 diez de diciembre de dos mil dieciocho, por el Licenciado . en su calidad de
 11 Director Secretario de la Junta Directiva de . de la cual consta que por
 12 delegación de Junta Directiva, a través de la aprobación del Manual de Administración y Control de
 13 Activos Extraordinarios, Sección tres, Aprobación de precios de Activos Extraordinarios, según consta en
 14 el punto XI, literal B, del acta UN MIL OCHENTA Y UNO, de fecha veinticuatro de octubre del año dos mil
 15 dieciséis, el Responsable de la Administración Integral de Riesgos está facultado para la determinación
 16 del precio de venta de los inmuebles catalogados como Activos Extraordinarios. Asimismo, consta que el
 17 Director de la Administración Integral de Riesgos, actuando dentro de sus facultades, con fecha veintitrés
 18 de noviembre de dos mil dieciocho, conoció la oferta presentada por el señor .
 19 autorizado la oferta de venta siempre y cuando se mejorara dicha oferta a un mínimo de compra de doce
 20 mil dólares de los Estados Unidos de América, la cual según nota de fecha tres de diciembre del corriente
 21 año fue aceptada por el ofertante, del inmueble que más adelante se detallará, quedando facultado el
 22 compareciente para el otorgamiento del presente instrumento, todo en cumplimiento de las facultades
 23 conferidas al compareciente en el poder antes mencionado. Certificación que he tenido a la vista, y luego
 24 de examinado he devuelto al compareciente. Y en la calidad en que actúa **ME DICE:** 1) Que su



1 representado es dueño y actual poseedor de un inmueble calificado como activo extraordinario, el cual fue
2 recibido por el banco como pago a una obligación pendiente, de un solar de naturaleza Urbana y
3 construcciones que contiene, marcado en el plano respectivo con el número treinta y cuatro, del polígono
4 once, pasaje V, de una extensión superficial de OCHENTA METROS CUADRADOS, dicho lote forma
5 parte de la Urbanización denominada Residencial AltaVista, fase II, etapa tres, polígono cinco y once
6 zona verde, situada en la jurisdicción de Tonacatepeque, departamento de San Salvador, y según base de
7 datos del Centro Nacional de Registro, Ubicada en lote treinta y cuatro, polígono once, AltaVista fase II,
8 etapas tres, Tonacatepeque, San Salvador, AltaVista fase II, Etapa tres, polígono cinco y seis, Zona
9 Verde, Tonacatepeque, San Salvador, de las medidas perimétricas siguientes: **AL NORTE** ocho punto
10 cero cero metros, **AL SUR** ocho punto cero cero metros, **AL ORIENTE** diez punto cero cero metros, **AL**
11 **PONIENTE** diez punto cero cero metros. Inscrito a favor del banco vendedor al asiento NUEVE de la
12 matrícula **SEIS CERO UNO TRES CUATRO DOS CUATRO UNO - CERO CERO CERO CERO CERO** del
13 Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas de la Primera sección del centro, San Salvador, II) Me continúa
14 diciendo el compareciente en nombre del Banco, que libre de todo gravamen y por el precio **DE DOCE**
15 **MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA**, que manifiesta tener recibidos a entera
16 satisfacción de su representado de parte del señor _____ le vende el inmueble antes
17 descrito, y le hace la tradición del dominio, posesión y demás derechos anexos que sobre el mismo le
18 corresponde, entregándosele materialmente y obligándose únicamente al saneamiento por evicción. III)
19 Presente desde el inicio de este acto, el señor _____, de cincuenta y seis años de
20 edad, Empleado, del domicilio Tonacatepeque, Departamento de San Salvador, a quien no conozco, pero
21 identifico por medio de su Documento Único de Identidad número _____
22 _____ y Tarjeta de Identificación Tributaria número _____
23 _____ a quien en este acto se le denominará "**EL COMPRADOR**", y ME DICE: Que acepta
24 la venta y tradición que se le hace del inmueble anteriormente descrito como cuerpo cierto y se da por

Impreso Direccion 2288-8385 2228-9349 #74389 Tira(s) del 20,974,061 al 22,526,010 000276010

PAPEL PARA PROTOCOLO



DOS COLONES

CIENTO SESENTA Y SIETE



M. DE H.

Nº 20873667

1 recibido del dominio, posesión y demás derechos que sobre el mismo se le transfiriere, recibiéndolo
2 materialmente en este acto. El comprador bajo juramento declara, que el inmueble ha sido libremente
3 elegido o seleccionado por el comprador, y que lo adquiere en el estado y condiciones físicas en que se
4 encuentra, por lo que cualquier reparación y/o adecuación serán de su responsabilidad; que el Banco
5 Vendedor le ha explicado que no tiene ni asume ninguna clase de responsabilidad en la compra del
6 mismo, en cuanto a la calidad de los materiales utilizados, o defectos de construcción, de cálculo, de
7 especificaciones o de diseño o mano de obra utilizada, o calidad de los suelos o subsuelos en donde se
8 haya edificado, lo que aplica tanto a la Urbanización o Desarrollo Habitacional del cual forma parte, como
9 a los componentes o integrantes de éstos; en consecuencia, el comprador sabe, conoce, acepta y
10 comprende por sí y por explicación que le hizo el suscrito Notario que de conformidad a lo prescrito en el
11 artículo mil seiscientos cuarenta y ocho del Código Civil, acepta que compra el inmueble a su cuenta y
12 riesgo; renuncia expresa y voluntariamente a las acciones establecidas en el Capítulo VIII del Título XXIII
13 del Libro Cuarto del Código Civil, especialmente renuncia a la acción de saneamiento por vicios
14 redhibitorios o la acción redhibitoria y a la acción para pedir rebaja del precio, ya que el Vendedor le ha
15 manifestado claramente la situación anterior, y por consiguiente el comprador lo declara libre de toda
16 responsabilidad otorgándole el más amplio y completo finiquito, y reconoce para efectos de lo establecido
17 en el artículo mil seiscientos sesenta y uno y mil seiscientos sesenta y tres del Código Civil, que no existe
18 por parte del Banco vendedor "mala fe" en el otorgamiento de este contrato. Yo, el Suscrito Notario,
19 HAGO CONSTAR: a) Que con las formalidades legales oportunamente el comprador presentara a la
20 Delegación Fiscal correspondiente, juntamente con un testimonio de la presente escritura, la declaración a
21 la que se refieren los artículos siete y ocho de la Ley del Impuesto sobre la Transferencia de Bienes
22 Raíces, cuyos efectos legales les hice saber a las partes contratantes, quienes quedaron entendidas y
23 obligados a cumplir con tal requisito; b) Que no agregaré al legajo de anexos de mi protocolo el recibo de
24 pago del impuesto de transferencia de Bienes Raíces, por estar exento el presente contrato por razón de



1 su monto; c) De conformidad a lo establecido en el artículo doscientos veinte del código tributario, hago
2 constar que advertí a los otorgantes que para la inscripción del presente instrumento en el registro
3 respectivo, se requiere estar solvente o autorizado, según corresponda por la Administración Tributaria, y
4 d) Que les hice a los comparecientes la advertencia a que se refiere el artículo treinta y nueve de la Ley de
5 Notariado. Así se expresaron los comparecientes a quienes expliqué los efectos legales de esta escritura,
6 y leído que les fue por mí todo lo escrito íntegramente, en un sólo acto sin interrupción, ratifican su
7 contenido y firman conmigo DOY FE

8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

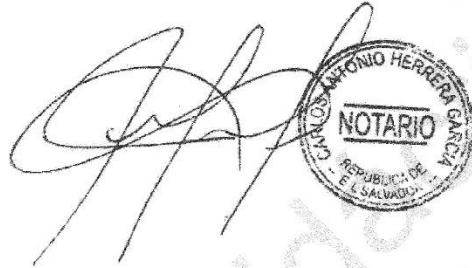
Impresos Oficina 2208-6565 2228-9395 #74189 Trabajo del 20,826,001 al 22,326,000

[Handwritten signature]



PA-

SO ANTE MI, de Folio **CIENTO SESENTA Y CINCO VUELTO AL FOLIO CIENTO SESENTA Y SIETE VUELTO DEL LIBRO QUINCE DE MI PROTOCOLO**, el cual vence el día dieciocho de noviembre de dos mil diecinueve; y para ser entregado al señor _____, extiendo, firmo y sello el presente **TESTIMONIO**, en la ciudad de San Salvador, a los catorce días del mes de diciembre de dos mil dieciocho.-



A handwritten signature in black ink is written over a circular notary seal. The seal contains the text: "CARLOS ANTONIO HERRERA GARCIA", "NOTARIO", and "REPUBLICA DE EL SALVADOR".

José Guillermo Miranda

PAPEL PARA PROTOCOLO



DOS COLONES



Nº

21399301

TRESCIENTOS UNO

M. DE H.



Fines Didácticos

13 **NUMERO NOVENTA Y SIETE. LIBRO TREINTA Y SEIS. COMPRAVENTA.** En la ciudad de San Salvador, a las quince horas con cincuenta
14 minutos del día treinta de agosto de dos mil diechueve. Ante mí, **JOSÉ GUILLERMO MIRANDA**, Notario, de este domicilio, Comparece el
15 Licenciado _____ de cincuenta y ocho años de edad, Licenciado en Administración de Empresas, del domicilio
16 de la ciudad y departamento de San Salvador, a quien hoy conozco e identifico por medio de su Documento Único de Identidad número
17 _____ Número de Identificación Tributaria
18 _____ quien actúa en nombre y representación en su carácter de Apoderado Especial Administrativo del
19 BANCO _____ Institución Bancaria, del domicilio de San Salvador, con Número de
20 Identificación Tributaria _____ que se llamará "el
21 Banco", personería que DOY FE de ser legítima y suficiente por haber tenido a la vista: a) El testimonio de la Escritura Pública de Poder
22 Especial Administrativo otorgado en San Salvador, a las dieciséis horas y quince minutos del día veintiocho de junio de dos mil diecinueve,
23 ante los oficios Notariales de _____ por la Licenciada _____ en su carácter de Directora
24 Presidente de la Junta Directiva y por ende Representante Legal del BANCO.

José Guillermo Miranda

PAPEL PARA PROTOCOLO

TRESCIENTOS DOS

M. DE H.



21399302

1 favor del compareciente, inscrito en el Registro de Comercio con fecha dos de julio de dos mil diecinueve, bajo el número del

2 Libro del Registro de Otros Contratos Mercantiles, de la cual consta que el Licenciado

3 se encuentra plenamente facultado para otorgar conjunta o separadamente con los otros apoderados, actos o contratos como

4 el contenido en el presente instrumento. Asimismo doy fe que en el poder aquí relacionado el Notario autorizante dio fe de la existencia legal del

5 Banco, lo mismo que de la personería jurídica con que actuó la Licenciada poder que no será agregado por

6 contener facultades aun no agotadas; y b) Certificación de Punto de Acta extendida el veintitrés de agosto de dos mil diecinueve, en la que consta

7 que en el Libro de Actas de Comité de Créditos y Recuperación, aparece asentada el Acta número treinta y dos mil diecinueve, del día dieciséis de

8 Agosto de dos mil diecinueve, del cual consta que el Banco en su carácter de propietario del inmueble que

9 abajo se detalla, autorizó a los representantes del Banco o al Licenciado para otorgar el acto objeto de la presente

10 escritura tal y como está redactada, y en la calidad y personería indicada; y ME DICE: I) Que su representado es dueño y actual poseedor un

11 inmueble de naturaleza rural hoy urbano y construcciones que contiene situado registralmente en Polígono M Lote Número Dieciséis, Urbanización

12 Ciudad Dorada, correspondiente a la ubicación geográfica de Santa Tomas, Departamento de San Salvador, de una extensión superficial de

13 CIENTO CUARENTA PUNTO CINCUENTA Y TRES METROS CUADRADOS, partiendo de la intersección del eje de la Avenida Cuatro y de la

14 Calle Diagonal de la Urbanización Ciudad Dorada se mide sobre el eje de esta última una distancia de dos punto cuarenta metros llegando a un

15 punto donde hacemos una deflexión izquierda de noventa grados y medimos una distancia de diez metros llegando al esquinero Nor-Este del lote

16 que se describe el cual mide y linda: AL ESTE, un tramo de veinte metros lindando con lote diecisiete del polígono M; AL SUR, un tramo recto de

17 ocho punto treinta y ocho metros, lindando con el área verde Ecológica dos; AL OESTE, un tramo recto de diecinueve punto dieciocho metros

18 lindando con el área diecinueve punto dieciocho metros, lindando con lote quince el Polígono M; AL NORTE, tres tramos el primero tramo curvo

19 con una longitud de curva de uno punto sesenta y seis y un radio de diez metros, el segundo tramo curvo con una longitud de curva de uno punto

20 sesenta y seis y un radio de cuatro metros y el tercer tramo recto de dos punto sesenta y ocho, lindando con el lote veintinueve del polígono "G"

21 calle diagonal de por medio, inscrito a favor del banco a la matrícula número SEIS CERO TRES NUEVE OCHO CINCO SIETE CINCO CERO

22 CERO CERO CERO CERO del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas del departamento de San Salvador. II) Me continúa manifestando al

23 compareciente que libre de todo gravamen, y por el precio de OCHENTA Y CINCO MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA,

24 que manifiesta tener recibidos a su entera satisfacción de los señores...



1 les vende a éstos el inmueble antes descrito, en proindivisión y por partes iguales o sea el cincuenta por ciento a cada
 2 uno, y les hace la tradición del dominio, posesión uso y demás derechos anexos que sobre el mismo le corresponden, entregándoselo
 3 materialmente y obligándose al saneamiento de Ley. III) Presente desde el inicio de este acto los señores
 4 de veintiocho años de edad, Estudiante, del domicilio de la ciudad y departamento de San Salvador, a quien no conozco pero
 5 identifico por medio de su Documento Único de Identidad número
 6 con Número de Identificación Tributaria
 7 e de veintinueve años de edad, Estudiante, del domicilio de la ciudad y departamento de
 8 San Salvador, a quien no conozco pero identifico por medio de su Documento Único de Identidad número
 9 con Número de Identificación Tributaria
 10 denominados como "Los compradores" y ME DICEN: Que aceptan la venta y tradición que se
 11 les hace en la proporciones indicadas o sea el cincuenta por ciento a cada uno del inmueble anteriormente descrito y se dan por recibidos de
 12 la tradición del dominio, posesión, uso y demás derechos que sobre el mismo se le transfieren recibiéndolos materialmente en este acto. IV)
 13 **CLAUSULAS ESPECIALES:** a) Los compradores en este acto delegan expresamente la facultad que le otorga la Ley de Procedimientos
 14 Uniformes para la Presentación, Trámite y Registro o Depósito de Instrumentos en los Registros de la Propiedad Raíz e Hipotecas, Social de
 15 Inmuebles, de Comercio y de Propiedad Intelectual, para la presentación y retiro de la presente escritura pública, en forma única y exclusiva
 16 al Banco, obligándose a que no retirarán o autorizarán a persona distinta del Banco, para llevar
 17 a cabo este trámite, asimismo designan como Aponentado Especial para dar notificaciones al Banco
 18 respecto de la inscripción del presente instrumento sujeto a Registro, facultándolo además, para interponer cualquier Recurso que
 19 de acuerdo a la Ley antes citada, y demás Leyes vigentes tengan derecho a ejercer; b) Que previo a la suscripción del presente contrato, han
 20 inspeccionado y constatado la situación física en que se encuentra actualmente el inmueble y las construcciones que contiene, tomando
 21 conocimiento directo de las condiciones en las que se encuentra, eximiendo y relevando al banco de la responsabilidad que pudiera
 22 corresponderle en caso existan vicios en el inmueble objeto de este contrato; c) Los compradores manifiestan que han acordado con el
 23 vendedor que en caso de existir alguna discrepancia entre las medidas reales y las registrales, ésta será saneada por cuenta y costo de los
 24 compradores por lo que en este acto libera y eximen al banco de cualquier responsabilidad que se pueda generar por lo anterior, así mismo

Impresión: 04/04/2018 12:05:33.05 9728.9249 741287 77526 de 20,824,001 al 24,326,000 04/03/2018

José Guillermo Miranda

PAPEL PARA PROTOCOLO

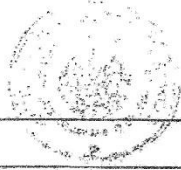
TRESCIENTOS TRES

M. DE H.



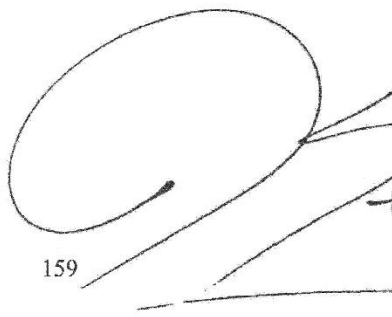

21399303

1 eximo el banco de responsabilidad en caso el inmueble se encuentre ocupado, así como cualquier otra circunstancia y/o acción propiciada por
2 temeroso o por los mismos compradores que afecte el inmueble que por este acto se vende. **V. DECLARACIÓN DEL NOTARIO:** Yo el suscrito
3 notario, declaro, expresa e irrevocablemente, que renuncio a la facultad que me otorga el artículo Doce de la Ley de Procedimientos Uniformes
4 para la Presentación, Trámite y Registro o Depósito de Instrumentos en los Registros de la Propiedad Raíz e Hipotecas, Social de Inmuebles, de
5 Comercio y de Propiedad Intelectual, para la presentación y retiro del o los testimonios que se expidan de conformidad a la presente escritura,
6 delegando para ello, en forma única y exclusiva al BANCO _____ comprometiéndome a que no refriré o
7 autorizaré a persona distinta del Banco para llevar a cabo este trámite, exonerando de cualquier tipo de responsabilidad al Banco respecto de la
8 inscripción del instrumento correspondiente. Asimismo declaro, estar en conocimiento del compromiso que me impone el artículo Sesenta y siete
9 de la Ley de Notariado y lo que establece la Ley de Procedimientos Uniformes para la Presentación, Trámite y Registro o Depósito de Instrumentos
10 en los Registros de la Propiedad Raíz e Hipotecas, Social de Inmuebles, de Comercio y de Propiedad Intelectual, especialmente lo dispuesto en
11 sus artículos siete, ocho y nueve, quedando sujeto a la responsabilidad que establece el artículo sesenta y dos de la Ley de Notariado y demás
12 disposiciones legales vigentes, por los perjuicios causados por mi incumplimiento, comprometiéndome a colaborar o coadyuvar con el Banco
13 _____ a solicitud de este, para solventar cualquier tipo de observación realizada por el Registro de la Propiedad Raíz
14 e Hipotecas respectivo, incluyendo la sustitución de folios o la emisión de un nuevo instrumento cuando este sea necesario. Yo el suscrito Notario
15 Hago constar: a) Que el presente instrumento cause impuesto de Transferencia de Bienes Raíces y por lo tanto lo agregaré, al legajo de anexos
16 de mi Protocolo; b) Que con las formalidades legales oportunamente se presentara a la delegación Fiscal correspondiente juntamente con una
17 copia de testimonio de esta escritura, la declaración a que se refieren los Artículos Siete y Ocho de la Ley de Impuesto sobre la Transferencia de
18 Bienes Raíces, cuyos efectos legales hice saber a las partes contratantes quienes quedaron entendidos y obligados con tales requisitos; c) Que
19 advertí a los comparecientes lo estipulado en el artículo Treinta y nueve de la Ley de Notariado y del Artículo doscientos veinte del código
20 Tributario; d) Que entre el vendedor y los compradores no existe parentesco alguno; y e) Los comparecientes manifiestan bajo juramento que la
21 totalidad de sus bienes rústicos no exceden del límite establecido en la constitución de la República. Así se expresaron los comparecientes, a
22 quienes expliqué los efectos legales de este instrumento y leído que los hubo todo lo esento íntegramente y en un solo acto ininterumpido,
23 entendidos dijeron que está redactado conforme a sus voluntades, ratifican su contenido y firmamos. DOY FE.




1	
2	
3	
4	
5	
6	
7	
8	

Fines Didácticos


159 

SO ANTE MI, del folio trescientos uno vuelto, al folio trescientos tres vuelto, del Libro TREINTA Y SEIS de mi Protocolo que vence el día veinticuatro de julio de dos mil veinte; y para ser entregado a los señores

, extendiendo firma y sello el presente TESTIMONIO, en la ciudad de San Salvador, a los treinta días del mes de agosto de dos mil diecinueve.



The image shows a handwritten signature in black ink, which appears to be 'J. Miranda'. To the right of the signature is a circular notary seal. The seal contains the text: 'JOSE GUILLERMO MIRANDA' around the top inner edge, 'NOTARIO' in the center, and 'REPUBLICA DE EL SALVADOR' around the bottom inner edge. A large, faint watermark reading 'Fines Didacticos' is visible diagonally across the page, partially overlapping the signature and seal.



PAPEL PARA PROTOCOLO



DOS COLONES

CIENTO CUATRO

M. DE H.



22200199

NÚMERO CUARENTA Y CUATRO. LIBRO TRES. COMPRAVENTA. - En la ciudad de San Salvador, Departamento de San Salvador, a las diez

1 horas con treinta minutos del día dieciocho de julio de dos mil veinte.- Ante mí, ANA EUGENIA ORELLANA DIAZ, Notario, del domicilio de
2 la ciudad y departamento de San Salvador, se otorga el presente instrumento que contiene un contrato de COMPRAVENTA; y comparece
3 el Licenciado _____ quien es de cuarenta y tres años de edad, Licenciado en Economía y Negocios, de
4 nacionalidad salvadoreña, del domicilio de la ciudad y departamento de San Salvador, persona de mi conocimiento y a quien además
5 identifico por medio de su Documento Único de Identidad número: __ _____ y con Número de
6 Identificación Tributaria: _____ quien actúa en nombre y
7 representación, en su calidad de Presidente Ejecutivo de BANCO
8 _____ que puede abreviarse
9 BANCO Institución Bancaria, de nacionalidad salvadoreña y del domicilio de la ciudad de San Salvador,
10 con Número de Identificación Tributaria _____
11 que en adelante se llamará "EL BANCO", de cuya personería doy fe de ser legítima y suficiente por haber tenido a la vista: a) Testimonio
12 de Aumento de Capital y Modificación del Nuevo Pacto Social íntegro de la sociedad otorgada en esta ciudad, a las catorce horas del día
13 veintiuno de abril de dos mil veinte, ante los oficios notariales de: _____ inscrita en el Registro de Comercio al número
14 _____ del Libro _____ del Registro de Sociedades, instrumento mediante el cual se modificó el pacto social por
15 aumento de capital y modificación del nuevo pacto social íntegro de la sociedad, en la que consta que su denominación es BANCO
16 _____ que puede abreviarse BANCO Institución Bancaria, de
17 nacionalidad salvadoreña y del domicilio de la ciudad de San Salvador, la cual reúne de manera íntegra todas las cláusulas del Pacto
18 Social, formando un solo texto único que rige las actividades del Banco y en la que consta que su naturaleza, nacionalidad y domicilio son
19 los que se han expresado, que su plazo es indeterminado; que el presente acto está comprendido dentro de su finalidad social, que la
20 administración del Banco corresponde a una Junta Directiva, cuyos funcionarios nombrados, serán electos por períodos de hasta cinco
21 años y dentro de las facultades de la Junta Directiva está la de nombrar a un Presidente Ejecutivo para ejercer la administración directa
22 de la sociedad, que el uso de la firma social y representación extrajudicial del Banco, excepto en materia laboral, corresponde al
23 Presidente de la Junta Directiva o al que haga sus veces y al Presidente Ejecutivo, quienes podrán actuar conjunta o separadamente, con
24 facultad de otorgar poderes de carácter judicial y extrajudicial, pudiendo otorgar actos como el presente; b) Certificación de punto de



Acta emitido por el Director Secretario de la Junta Directiva Licenciado en fecha treinta de abril de dos mil diecinueve de la Sesión JO - pero cuatro - dos mil diecinueve, celebrada el día doce de abril de dos mil diecinueve, en la que consta que en su punto Número nueve, literal A, se crearon comités de apoyo a la Junta Directiva entre los cuales se encuentra el Comité de Activos Extraordinarios el cual dentro de sus facultades se encuentra otorgar las autorizaciones para la venta de activos extraordinarios; c) Certificación de Punto de Acta de la Sesión número CERO SEIS/DOS MIL VEINTE, del Comité de Activos Extraordinarios emitida por el Secretario de dicho Comité, Licenciado celebrada en fecha dieciséis de julio del año dos mil veinte, en su punto número CERO CERO DOS, literal A, se autorizó la venta del inmueble objeto del presente instrumento; f) Credencial de nombramiento de Junta Directiva del Banco, inscrita al número del Libro del Registro de Sociedades del Registro Comercio en fecha catorce de marzo de dos mil diecinueve, de la que consta que la actual Junta Directiva del Banco fue nombrada por la Junta General Ordinaria y Extraordinaria de Accionistas celebrada a los quince horas del día quince de febrero de dos mil diecinueve, por el plazo de cinco años el cual se encuentra vigente a esta fecha; y g) Credencial de nombramiento de Presidente Ejecutivo, inscrita al número del Libro del Registro de Sociedades del Registro Comercio en fecha diecinueve de marzo de dos mil diecinueve, de la cual consta que la Junta Directiva del Banco, en sesión celebrada el día quince de marzo de dos mil diecinueve, eligió por tiempo indefinido al licenciado con el cargo de Presidente Ejecutivo; por lo que el compareciente se encuentra plenamente facultado para otorgar actos como el aquí contenido, y en el carácter en que actúa **ME DICE: 1)** Que el Banco que representa es dueño y actual poseedor en un porcentaje del cien por ciento del derecho de propiedad del inmueble siguiente: Un inmueble de naturaleza urbana, con un área de **SETENTA Y CINCO METROS CUADRADOS**, Situado en **URBANIZACIÓN CENTRO URBANO SAN BARTOLO, LOTE NÚMERO DOCE, POLÍGONO E-UNO**, correspondiente a la ubicación geográfica de Ilopango, Departamento de San Salvador, y tiene la localización, medidas y linderos siguientes: **LOTE NÚMERO DOCE DEL POLÍGONO E- UNO**: Partiendo del punto de intersección de los ejes de la Avenida El Abeto y calle El Sauca del Centro Urbano San Bartolo, se mide sobre los ejes de esta última una distancia de treinta y siete metros, cincuenta centímetros con rumbo Norte ochenta y nueve grados treinta y siete punto tres minutos Este y se llega a un punto desde el cual haciendo una deflexión negativa de noventa grados cero minutos y midiendo una distancia de diez metros se llega al esquinero Sur-Este, del lote número doce del polígono E- uno, que se describe así: **SUR**: Lindero recto que parte del esquinero Sureste antes mencionada con rumbo Sur ochenta y nueve grados treinta y siete punto tres minutos Oeste y distancia de seis metros se llega al

Imprenta Dilema 2265-6Pds 2226-9349 #76189 Total 91120,826.021 # 22,326,000 04/03/2019



PAPEL PARA PROTOCOLO



DOS COLONES



CIENTO CINCO

M. DE H.

22200200

1 esquinero Sur Oeste del lote, colindando este tramo con los lotes números tres y cuatro del polígono F - uno de esta misma Urbanización,
2 calle El Sauce de veinte metros de derecho de vía de por medio; **PONIENTE:** Lindero recto que parte del esquinero Sur- Este con rumbo
3 Norte cero grados veintidós punto siete minutos oeste y distancia de doce metros cincuenta centímetros se llega al esquinero Nor- Oeste
4 del lote, colinda este tramo al lote número once de este mismo polígono; **NORTE:** Lindero recto que parte del esquinero Nor- Oeste con
5 rumbo Norte ochenta y nueve grados treinta y siete punto tres minutos Este y distancia de seis metros se llega al esquinero Nor- Este
6 del lote, colinda este tramo con el lote número catorce de este mismo polígono; **ORIENTE:** Lindero recto que parte del esquinero Nor- Este
7 con rumbo Sur cero grados veintidós punto siete minutos Oeste y una distancia de doce metros cincuenta centímetros se llega al
8 esquinero Sur este del lote, colinda este tramo con el lote número trece de este mismo polígono. Los lotes que se mencionan en las
9 colindancias son propiedad del Sindicato Unión de Trabajadores de la Construcción, Inmueble inscrito a favor de BANCO
10 a la Matricula número: SEIS CERO UNO OCHO SEIS SEIS OCHO TRES - CERO CERO CERO CERO CERO,
11 del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas de la Primera Sección del Centro, Departamento de San Salvador. II) **PRECIO:** Que libre de
12 toda gravamen y por el precio de **QUINCE MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**, que en nombre del Banco, declara
13 haber recibido a su entera satisfacción por parte de los señores _____ les
14 vende a estos en proindivisión y por parte iguales equivalentes al cincuenta por ciento para cada uno de ellos, el derecho de propiedad
15 del inmueble anteriormente descrito y construcciones que contiene, haciéndole en consecuencia por medio de éste instrumento la entrega
16 y tradición del dominio, posesión, uso, gacaca y demás derechos reales y personales que sobre el inmueble antes descrito le corresponden
17 a su representado, y les hace la entrega material del mismo en éste acto, obligándose al saneamiento de ley. El inmueble se vende como
18 cuerpo cierto, por lo que no habrá derecho por parte del comprador, ni por parte del banco para pedir rebaja o aumento de precio, sea
19 cual fuere la cabida real del inmueble. Dicho inmueble se vende en su estado actual, inmueble en regular estado de mantenimiento
20 preventivo y correctivo, por tanto el Banco, no será responsable ni obligado al saneamiento de los vicios ocultos que estén relacionados
21 directa o indirectamente con la condición física, estructural y de funcionamiento del mismo. III) **ACEPTACIÓN DE LA COMPRAYENTA:**
22 Presente desde el inicio de esta escritura los señores _____ de sesenta y un años de edad, Licenciado en Sociología,
23 del domicilio de Colón, Departamento de La Libertad, persona a quien no conozco pero identifico por medio de su Documento Único de
24 Identidad número: _____ con Número de Identificación Tributaria: _____



Y

de treinta y tres años de edad.

1 Licenciada en Psicología, del domicilio de Mercedes Umaña, Departamento de Usulután, persona a quien no conozco pero identifico por
2 medio de su Documento Único de Identidad número: _____ con Número de Identificación _____
3
4 Tributaria: _____ **Y ME DICEN:** Que aceptan la venta y tradición que se
5 les hace en proindivisión y por parte iguales equivalentes al cincuenta por ciento para cada uno de ellos, del derecho de propiedad del
6 inmueble anteriormente descrito y se dan por recibidos de la tradición del dominio, posesión, usa, goce y demás derechos reales y
7 personales que sobre el mismo se les transfieren, y lo reciben materialmente en este acto.- Aceptan los compradores, que el inmueble
8 se les vende como cuerpo cierto, por lo que no habrá derecho por su parte ni por parte del Banco para pedir rebaja o aumento de precio,
9 sea cual fuere la cabida real del predio.- En éste estado las señoras
10 aceptan y reconocen que el inmueble que hoy adquieren ha sido elegido libremente por ellos y que el inmueble se les vende en las
11 condiciones en que se encuentra, declarando que el Banco le ha explicado y son de su pleno conocimiento, que como vendedor el Banco
12 no otorga garantía del inmueble y sus construcciones y que no tiene relación alguna con sus anteriores propietarios o constructores, por
13 lo que no tiene ni asume ninguna clase de responsabilidad en la compra de los mismos, en cuanto a la calidad de los materiales utilizados,
14 o defectos de construcción, de cálculo de especificaciones o de diseño o mano de obra utilizada, o calidad de los suelos o subsuelos en
15 donde se haya edificado, en consecuencia los compradores saben, conocen, aceptan y comprenden por sí y por explicación que le hizo la
16 suscrita Notario que de conformidad a lo prescrito en el artículo mil seiscientos cuarenta y ocho del Código Civil, acepta que compra el
17 inmueble a su cuenta y riesgo; renunciando en este acto expresa y voluntariamente a las acciones que establece el Código Civil Capítulo
18 VII del Título XXIII del Libro Cuarto, especialmente renuncian a la acción redhibitoria y a la acción para pedir rebaja del precio; y declaran
19 que en caso de realizar construcciones, remodelaciones o cualquier modificación al mismo, quedará bajo su responsabilidad gestionar y
20 obtener de las autoridades correspondientes los respectivos permisos y/o autorizaciones, tales como calificaciones de lugar, permisos
21 de construcción o remodelación, permisos de parcelación entre otros; así mismo los compradores conocen y entienden completamente,
22 que si el inmueble que adquiere en esta fecha es rústico y ha sido utilizado para diferentes cultivos, situación por la cual puede incidir en
23 la calidad del suelo y su producción, su contenido orgánico y-químico, reconociendo que el Banco no tiene ninguna responsabilidad por
24 haberlos adquirido de terceros que tuvieron una relación financiera con el Banco, en cumplimiento de sus obligaciones, por lo que los

Impresos Diferen 2288-8265 2225-8349 8741 en Tira de 25.026.001 al 22.026.003 0007/2020



CIENTO SEIS
M. DE H.

Nº 22200201

1 compradores declaran conocer y entender esta situación y en esta condición es su deseo, animo e intención adquirir bajo éstas
2 circunstancias y condiciones que pesan sobre el inmueble vendido, por lo que declaran libre de toda responsabilidad al Banco, por dichos
3 trámites o su denegatoria, por lo que me expresan que **EXTIENDEN EL MAS AMPLIO Y COMPLETO FINQUITO a BANCO,**
4 Reconocen que no existe por parte del Banco vendedor Mala Fe en el otorgamiento de este contrato. Yo la suscrita
5 Notario **HAGO CONSTAR:** a) De haber hecho a los otorgantes la advertencia a que se refiere el Artículo treinta y nueve de la Ley del
6 Notariado. b) De haberles explicado a las otorgantes los efectos legales del presente acto. c) Que entre el banco y los compradores no
7 existe ningún vínculo de parentesco por ser jurídicamente imposible; d) Que no agregaré al legajo de anexos de mi protocolo boleta de
8 pago del Impuesto a la Transferencia de Bienes Raíces, por no causarlo el presente instrumento. **IV) CLÁUSULA ESPECIAL:** Para los
9 efectos registrales de este contrato, los otorgantes del presente instrumento que contiene los actos jurídicos expresados, señores
10 _____ y la suscrita Notario _____ designan expresa y
11 únicamente como Apoderado Especial para oír notificaciones a las personas designadas para ello, por Banco
12 así como para la inscripción y retiro incluido para solicitar el retiro sin inscribir de los instrumentos sujetos a Registro de acuerdo a la
13 **LEY DE PROCEDIMIENTOS UNIFORMES PARA LA PRESENTACIÓN, TRAMITE Y REGISTRO O DEPOSITO DE INSTRUMENTOS EN LOS**
14 **REGISTROS DE LA PROPIEDAD RAÍZ E HIPOTECAS, SOCIAL DE INMUEBLES, DE COMERCIO Y PROPIEDAD INTELECTUAL.** Yo la suscrita
15 Notario hago constar que de manera expresa e irrevocable renuncio a la facultad de retirar o de autorizar a otra persona para que retire
16 del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas, Social de Inmuebles o de Comercio correspondiente al presente instrumento debidamente
17 inscrito, opción que me concede el artículo doce de la **LEY DE PROCEDIMIENTOS UNIFORMES PARA LA PRESENTACIÓN, TRAMITE Y**
18 **REGISTRO O DEPOSITO DE INSTRUMENTOS EN LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD RAÍZ E HIPOTECAS, SOCIAL DE INMUEBLES, DE**
19 **COMERCIO Y PROPIEDAD INTELECTUAL DOY FE:** a) que advertí a los comparecientes de la obligación que tienen de estar solventes de
20 pago de sus impuestos respectivos para la inscripción de esta escritura en el Registro correspondiente, de conformidad a lo que dispone
21 el artículo treinta y nueve de la Ley de Notariado; y b) Que para la inscripción de este instrumento en el Registro correspondiente, de
22 conformidad al artículo doscientos veinte del Código Tributario se requiere estar solvente o autorizado, según corresponda, por la
23 Administración Tributaria. Así se expresaron los comparecientes, a quienes expliqué, los efectos legales del presente instrumento, y leído
24 que le huba lo escrito íntegramente, en un solo acto, sin interrupción, manifiestan su conformidad, ratifican su contenido y firmamos.-

DDY FE-

2	
3	
4	<i>[Signature]</i>
5	
6	<i>[Signature]</i> <i>[Signature]</i>
7	
8	<i>[Signature]</i>
9	
10	
11	
12	
13	
14	
15	
16	
17	
18	
19	
20	
21	
22	
23	
24	

Impreso Digital por 2288-0310 2228-9399 #74289 Tiraje de 20,026,091 al 22,326,080 06/03/2016



166.

[Signature]
PA

SO ANTE MI, del folio **CIENTO CUATRO FRENTE** al folio **CIENTO SEIS VUELTO**, del libro **TRES** de mi protocolo, que vence el día dieciocho de diciembre de dos mil veinte, y para ser entregado a los señores _____ extienda, firma y sello el presente testimonio de **COMPRAVENTA** en la ciudad de San Salvador, departamento de San Salvador, a los dieciocho días del mes de julio del año dos mil veinte.




Fines Didácticos

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros

1. Albaladejo García Manuel. *Derecho Civil III, Derecho de Bienes*, 12a Edición, Barcelona, España: Editorial Edisofer, S.L., 2016.
2. Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Curso de Derecho Civil, Las fuentes de las obligaciones*. Tomo IV. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1912.
3. Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Curso de Derecho Civil Los Bienes y Derechos Reales. Capítulo III. De la Propiedad*. 3a Edición, Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1974.
4. Alessandri Rodríguez, Arturo, Manuel Somarriva Undurraga y Antonio Vodanovic. *Tratado de Derecho Civil: Parte Preliminar y General, Tomo II*, 1a. Edición, Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998.
5. Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Tratado de los Derechos Reales*. 6a Edición, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.
6. Alterini, Atilio Aníbal. *Derecho Privado*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo Perrot, 1995.
7. Ballesteros Garrido, José Antonio. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. Barcelona: 1999.
8. Broseta Pont, Manuel. *El Derecho Mercantil*. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1977.
9. Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. 11ª Edición, Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L., 1993. ISBN:950-9065-98-6.
10. Cancela, Omar J., Ricardo David Rabinovich y Raúl J. Rollan, *Instituciones del Derecho Privado*. 1ª. Edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1988.
11. Cifuentes, Santos. *Negocio Jurídico*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1986.
12. Contarino, Silvia. *Contratos Civiles y Comerciales, Ámbito Contractual y Teoría General*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma, 2000.
13. Cruz Quintana, Héctor A. *“Código Civil” anotado*. Guatemala: Editorial del ejército, 1972.
14. De Castro y Bravo, Federico. *El negocio jurídico*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Editorial Civitas, S.A., Madrid: 1971.
15. De La Puente y Lavalle, Manuel. *El Contrato en General*. Tomo III. Lima, Perú: Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007. ISBN: 978-9972-733-30-7.
16. De La Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el Contrato Privado*, Tomo I. Lima, Perú: Editorial Cultural Cuzco, 1983.
17. Diez Picazo, Luis y Ponce de León. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen I. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1988.
18. Duguit, León. *Las transformaciones generales del Derecho Privado*. Pamplona, España: Editorial Analecta, 2006.
19. Farina, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 2005.
20. Garbier, Eduardo y otros. *Contratos Civiles y Comerciales*. Tomo II, 5ª Edición. Buenos Aires Argentina: Editorial Astrea, 2002.
21. García Amigo, Manuel. *Condiciones Generales de los Contratos*. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

22. Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I, 7ª Edición. Bogotá, Colombia: Reimpresión de la Editorial Temis, 1987.
23. Josserand, Louis. *El Espíritu de los Derechos y su relatividad. La Teoría del Abuso de los Derechos*, traducción española de José M. Cajica Jr., (México, 1946), Refiriéndose a las "Instituciones de Derecho Civil", volumen II, de Ruggiero; y a "L'abus di Diritto", de Rotondi.
24. Kees, Amanda Estela. *Contratos Civiles y Comerciales: en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Argentina, 2015.
25. Larenz, Kart. *Derecho Civil Parte General*. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid España: 1978.
26. Larraín Ríos, Hernán. *Lecciones de Derecho Civil*, 1ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Chile: 1994.
27. León Hurtado, Avelino. *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*, 4ª Edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile: 1991.
28. Mosset Iturraspe, Jorge. *Interpretación Económica de los Contratos*. 1ª Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, (Buenos Aires, Argentina) 1994.
29. Moya, Federico Arnau. *Lecciones de Derecho Civil II. Obligaciones y Contratos*. Universitat Jaume I, 2008/2009. ISBN: 978-84-691-5640-7.
30. Ochoa G, Oscar E. *Derecho Civil: Bienes y derechos reales*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela: Editorial Texto, C.A., 2008.
31. Ordoqui Castilla, Gustavo. *Buena Fe Contractual*. 2ª Edición. Bogotá, Colombia: Colección Internacional No 35, Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Católica de Uruguay, Grupo Editorial Ibáñez, 2009.
32. Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría general del contrato y del negocio Jurídico*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A, 1998.
33. Petit, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. México: Editorial Época, S.A, 1917.
34. Planiol, Marcelo, Jorge Ripert, Paul Esmein, Jean Radouant, Gabriel Gabolde, Mario Díaz Cruz, Eduardo Le Riverend Brusone. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, traducción española de Dr. Mario Díaz Cruz. Habana: 1927.
35. Prieto Sánchez, Luis. *Introducción al Derecho*. 3ª Edición Cuenca España: Servicio de Publicaciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 1996.
36. Puig Peña, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV, Obligaciones y Contratos*, Vol. II, Madrid España: 1946.
37. Rabinovich-Berkman, Ricardo David. *Derecho Civil, Parte General*. 1ª Edición, primera reimpresión, Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, agosto, 2000.
38. Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. Edición Tricentenario, actualización 2020.
39. Rezzónico, Juan Carlos. *Contratos con Cláusulas Predispuestas: Condiciones Negociales Generales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1987. ISBN 9505082258, 9789505082254.
40. Rezzónico, Juan Carlos. *Principios Fundamentales de los Contratos*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1999.
41. Rivera, Julio Cesar. *Instituciones de Derecho Civil, Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo Perrot, 2004.
42. Rodríguez Llerena, Darío. *El Abuso del Derecho*. Universidad Católica del Perú. 1940.
43. Rodríguez Vargas, Luis Ricardo. *Curso de derecho de los contratos*. Facultad de Derecho de Consta Rica.

44. Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. Tomo 6º, Contratos, Volumen I, 2º Edición, México: Editorial Cultura, 1954.
45. Sánchez Calero, Fernando y Guilarte Juan Sánchez Calero. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Vol. II, Madrid, España: 2006.
46. Sánchez, Luis Prieto. *Introducción al Derecho*. 3ª Edición, Cuenca España: Servicio de Publicaciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 1996.
47. Soto Couguila, Carlos Alberto y Jorge Mosset Iturraspe. *El Contrato en una Economía de Mercado*. 2ª Edición. Bogotá, Colombia: Colección Internacional No 5, Pontificia Universidad Javeriana, 2009.
48. Suárez Martínez, Hellmunt Ernesto. *Simulación*. 1ª. Edición. Santafé, Bogotá, Colombia: Editorial Librería Doctrina y Ley, 1993.
49. Treviño García, Ricardo. *Teoría General de las Obligaciones*. 1ª Edición, México, D.F: Edamsa Impresiones S.A. de C.V., 2007.
50. Valencia Zea, Arturo Álvaro Ortiz Monsalve. *Derecho Civil, Tomo II, Derechos Reales*. Undécima Edición. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 2007.

Revistas

1. Alfaro Águila-Real, Jesús. “Las condiciones generales de la contratación. Derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas”. RJC, 2000, No 1, Madrid (1991): 93.
2. Alterini, Atilio Aníbal, Jorge López Santa María, Carlos Cardenas Quiros y otros. “Las Condiciones Generales de la Contratación y las Cláusulas Abusivas. Argentina – Paraguay, en: Las Condiciones Generales de la Contratación y las Cláusulas Abusivas”. AA.VV., Editorial Civitas, Fundación BBV, Madrid, España (1996): 89.
3. Arias Ramos, José. “Derecho Romano”. 7a Edición. Editorial Revistas de Derecho Privado, Madrid, España (1958).
4. Barroilhet, Paula Silva. “Autonomía de la voluntad y fuerza obligatoria de los contratos”. Revista Chilena de Derecho Informático, No 3 diciembre (2003): 113-137.
5. Betti, Emilio. “Teoría General de las Obligaciones”. Traducida por José Luis de los Mozos. Revista de Derecho Privado. Madrid, España (1969): 102.
6. Betti, Emilio. “Teoría General del Negocio Jurídico”. Ed. Revista de Derecho Privado. (Madrid): 45.
7. Bianca, Cesare Massimo. “Natura normativa delle condizioni generali di contratto”, e: Le condizioni generali di contratto, Dott. A. Giuffrè, Editore, Tomo I, Milano: 11.
8. Bielsa, Rafael. “La defensa del interés público”, Revista Jurídica La Ley, octubre-noviembre y diciembre, Argentina (1944): 1119.
9. Bonivento Fernández, José Alejandro. “Los Principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales”. Talleres Editoriales de la librería Stella. Segunda Edición. Colombia (1974): 54.
10. Chamie, José Félix. “Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato”. Revista Chilena de Derecho Privado No 14, Santiago de Chile (2008): 113-116.
11. Costanza, María, “Il contratto atípico”, Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, (1981): 274.
12. Echeverría Salazar, Verónica María. “El control de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores”. Opinión Jurídica, Universidad de Medellín, Volumen 10 No. 20, Colombia, julio-diciembre 2011, 137.

13. Emilio, Betti. "Teoría General del Negocio Jurídico". Editorial Revista de Derecho Privado (Madrid): 124.
14. Fernández, Julio Fausto. "Función Social de la Propiedad Privada". quinto ensayo s/e. San Salvador, El Salvador (1977).
15. Fernández Sessarego, Carlos. "Aproximación al escenario jurídico contemporáneo". Revista Jurídica La Ley, Lima, Perú, 1º de Agosto (2007).
16. Gallardo, Ricardo. "La Teoría Civilista del Abuso de los Derechos". Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, El Salvador No 7 (1947).
17. García, Ernesto Rengifo. "Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante". Reimpreso de la 2ª Edición. Universidad Externado de Bogotá, Colombia (2009): 190 y 191.
18. Herrera Robles, Aleksey. "Límites Constitucionales y Legales al Derecho de Dominio en Colombia". Revista de Derecho, Universitario del Norte, 20, Colombia (2003): 69-70.
19. Hesse, Konrad. "Derecho Constitucional y Derecho Privado". Civitas. Madrid (1995): 24.
20. Indacochea Prevost, Úrsula. "¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos? Una propuesta de delimitación de sus contenidos a partir del concepto de ponderación". En: Thēmis-Revista de Derecho No 55. Lima, Perú (2008): 98.
21. Jiménez Valderama, Fernando. "Aproximación a un Estudio de las Cláusulas Abusivas de la Contratación en el nuevo estatuto del Consumidor". Revista Iustitia (enero-diciembre 2012): 372.
22. Josserand, Louis. "Del Abuso de los Derechos y otros Ensayos". Editorial Temis, Bogotá, Colombia (1999): 3 y 4.
23. Landa Arroyo, César. "Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Ediciones Legales, Lima, Perú (2010): 23.
24. Larroumet, Christian. "La Protección de los Consumidores contra las Cláusulas Abusivas estipuladas en los Contratos en Derecho Comunitario Europeo y en Derecho Francés, en: Política y Derecho del Consumo". Editorial El Navegante. Bogotá, Colombia (1998): 176.
25. Mendoza Escalante, Mijail. "Derechos fundamentales y Derecho Privado. Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y su protección procesal". Grijley. Lima, Perú (2009): 100.
26. Pasquale María Florencia. "La función social de la propiedad en la obra de León Doguit: una re-electura desde la perspectiva historiográfica". Universidad Nacional de Oviedo, Córdoba. 2014. 103.
27. Pinzon Sánchez, Jorge. "Las Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas en el Derecho Privado Colombiano". Editorial Civitas, Fundación BBVA. Revista 17 (Madrid, España): 72 y 93.
28. Precht, Rajevic, Máster Jorge Enrique, "Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada". Revista Chilena del Derecho, Vol. 23, Santiago de Chile, No 1 (1996): 46.
29. Santos Ballesteros, Jorge. "Instituciones de Responsabilidad Civil". Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Colección Profesores No. 21. Tomo II. Bogotá, Colombia (2005): 116.
30. Soto Couguila, Carlos Alberto. "Las Cláusulas Generales de Contratación y las Cláusulas Abusivas en los Contratos Predispuestos". Revista Vniversitas No 106, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia (diciembre 2003): 582-588.
31. Stiglitz, Rubén S. "Autonomía de la voluntad" y revisión del contrato. Editorial Desalma, Buenos Aires, Argentina (1992): 16.

32. Stiglitz, Rubén S. “El Desequilibrio Contractual. Una Visión Comparatista”, Revista iberoamericana de seguros de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá N° 37 (21). Editorial Ris. Bogotá, Colombia, (julio – diciembre 2012): 13-27.
33. Stiglitz, Rubén S. y Gabriel Stiglitz. “Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor”. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina (1995): 342.
34. Texto para la lectura guiada. “Condiciones generales de la Contratación”. Escuela de Capacitación Judicial (2003).
35. Torres, Julio Cesar. “La intervención del Estado en el Contrato”. Revista Jurídica La Ley, abril-mayo y junio, Tomo 34, Argentina (1944): 1131.
36. Vallespinos, Carlos Gustavo, “El Contrato por Adhesión a Condiciones Generales”, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina (1984): 231.

Tesis

1. Aixa Triay, Florencia Gobbi. “El Principio de la Autonomía de la Voluntad en las Contrataciones”. Tesis de Grado de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 2015.
2. Carretero Sánchez, Santiago. “La Propiedad, bases sociológicas del concepto en la sociedad postindustrial”. Tesis Doctoral de la Universidad Complutense de Madrid, 1994.
3. Díaz Hernández, David Alexander, Noemy Ester Gómez Alvarado e Ingrid Johanna Guerrero González. "Cláusulas Abusivas en el Contrato de Apertura a Crédito (Tarjetas de Crédito)". Tesis de Grado, Universidad de El Salvador, 2010, 158-160.
4. Galicia Cruz, Miguel Estuardo. "La Auditoría Interna en la Adjudicación, Tenencia y Venta de Activos Extraordinarios (inmuebles) en un Banco privado nacional". Tesis de Grado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2011.
5. Guevara Perla, Jorge Antonio. “Consideraciones Generales sobre los Contratos Civiles”. Tesis Doctoral de la Universidad de El Salvador, 1977.
6. Peñate Sánchez, Melvin Mauricio. “Los Límites a la Autonomía de la Voluntad en la Contratación Civil Salvadoreña”. Tesina de Posgrado de la Universidad de El Salvador, 2013.
7. Ungo, Guillermo Manuel. "La Evolución Contemporánea del Derecho y la Teoría del Abuso del Derecho". Tesis Doctoral de la Universidad de El Salvador, Editorial Universitaria, José B. Cisneros, 1963.

Índice Legislativo

1. Constitución de la Republica de El Salvador. El Salvador: Asamblea Constituyente de El Salvador, 1983.
2. Código Civil El Salvador. El Salvador: Órgano Ejecutivo de El Salvador, 1860.
3. Código de Comercio de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1970.
4. Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2008.
5. Ley de Bancos de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1999.
6. Ley de Constitución de Servidumbre para las Obras de Electrificación Nacional. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1997.
7. Ley de Protección al Consumidor. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2005.

8. Ley de Regulación de los servicios de información sobre el Historial de Crédito de las Personas. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2011.
9. Ley del Impuesto sobre Transferencias de Bienes Raíces. El Salvador: Asamblea legislativa de El Salvador, 1986.
10. Ley Especial al Patrimonio Cultural de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1993.
11. Ley Marco para la Convivencia Ciudadana y Contravenciones Administrativas. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2011.
12. Ley Orgánica Judicial. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1984.
13. NCF-001 Lineamientos generales de crédito para las Cajas de Crédito y Banco de los Trabajadores, numeral 13.
14. Normas para Clasificar los Activos de Riesgo Crediticio y Constituir las Reservas de Saneamiento. NCB-022 (Concejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero de El Salvador, CD-45/2005).
15. Normas para el Reconocimiento Contable de Perdidas en Prestamos y Cuentas por Cobrar de Bancos. NCB-012 (Concejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero de El Salvador, CD-74/1998).
16. Normas para la Contabilización de los Activos Extraordinarios de los Bancos. NCB-013 (Concejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero de El Salvador, CD-17/1999).
17. Normas para la Reclasificación Contable de los Préstamos y Contingencias de los Bancos y Financieras. NCB-005 (Concejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero de El Salvador, CD-71/1993).
18. Normas para la Tenencia de Activos Extraordinarios en los Bancos. NPB4-30 (Concejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero de El Salvador, CD-22/2001 y CD-27/2001).

Índice Jurisprudencial

1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe anual de 1993. OEA/Ser.L/V/II.85.
2. Sala de lo Constitucional. Resolución de Improcedencia de Amparo, Referencia: 50-2009. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013.
3. Sala de lo Constitucional. Sentencia en el Proceso de Inc., Referencia: 57/2005. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2009.
4. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia Definitiva, Referencia: 317-2010. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013.
5. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia Definitiva, Referencia: 484-2013. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017.
6. Sentencia de 26-VIII-1998, Amparo 317-97, considerando III 2, Citada por González Bonilla, Rodolfo Ernesto en “Constitución y Jurisprudencia Constitucional”. Corte Suprema de Justicia, Sección de Publicaciones, 1ª edición, 2003. Págs. 31-32.
7. Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, Sentencia Definitiva, Referencia: 250/2010. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2010.
8. Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, Sentencia Definitiva, Referencia: 240/2011. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012.

9. Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, Sentencia Definitiva, Referencia: 1589/12. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013.

Índice Web

1. Arango Grajales, Maximiliano. “La Causa Jurídica de las Cláusulas Abusivas”. Estudio Socios Jurídicos, Bogotá, Colombia (2016): 244. Doi: [dx.doi.org/10.12804/esj18.01.2016.08](https://doi.org/10.12804/esj18.01.2016.08).
2. Ballesteros Garrido, José Antonio. Artículo “El Consumidor ante los Préstamos en un mar de dudas”. (2 de marzo 2006): 10. www.Rancia.com.articulos.
3. Cárdenas Quirós, Carlos. “Las Cláusulas Generales de Contratación y el Control de las Cláusulas Abusivas”. Editorial Ius et Veritas, revista de derecho, editada por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, año VII, No 13, (1996): 19-35 Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15555>.
4. Contratos Bancarios. Lección 2°. Contratos de las entidades de crédito, 2. <http://www.um.es/docs-cmsweb/aulamayores>.
5. Hernández Fraga, Katuska y Danay Guerra Cosme, El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones. Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa, Universidad de Cienfuegos, No 6, junio 2012. Recuperado el 23 de julio de 2015 de <http://www.eumed.net/rev/rejie/06/hfgc.pdf>.
6. Leonel, Oscar. Artículo sobre “Breve Historia de la Leyes en El Salvador” publicado 1 de diciembre de 2013. <http://www.acordejurido.blogspot.com/2013/12/brevehistoria-de-las-leyes-en-el.html?m=1>.
7. Márquez, Oscar Leonel. Artículo sobre “Breve Historia de la Leyes en El Salvador” publicado 1 de diciembre de 2013. <http://www.acordejurido.blogspot.com/2013/12/brevehistoria-de-las-leyes-en-el.html?m=1>.
8. Palacios, Cristian. “El derecho de dominio o propiedad”. Revista Jurídica Digital Enfoque Jurídico. (01 de octubre de 2015). <http://www.enfoquejuridico.info/wp/archivos/3937>.
9. Regla para la valuación de activos extraordinarios emitida por el Consejo Federal para la Mejora Regulatoria de México <http://www.cofemermir.gob.mx/uploadtests/9150.59.59.26.B-3%20Bienes%20adjudicados.doc>.
10. Russel, Olivier Soro (2007). El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual, Editorial Reus, 1ª. Edición, Real Pérez, Alicia (Directores). Madrid: (2016) http://eprints.ucm.es/12205/2/DEA_El_principio_de_la_autonom%C3%ADa_de_la_voluntad_privada_en_la_contratacion.pdf.
11. Soto Coaguila, Carlos Alberto, y "La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato". Vniversitas, No. 106 (2003): Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82510616>.
12. Villegas Hernández, Fidel. Cátedra Derecho Romano 1, “La Propiedad”. Universidad José María Vargas, Venezuela, Julio (2010). Recuperado del sitio electrónico <http://www.vhfderechoromano.blogspot.com/2010/07/tema-14-propiedad.html>.
13. www.Ccquito.org/desarrollo/portal.nsf. Marzo 2 de 2.006.