

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



TEMA DE INVESTIGACIÓN
DE LA HETEROINTEGRACIÓN NORMATIVA DEL DERECHO DE CONSUMO Y LA
JURISPRUDENCIA ESPECIALIZADA EN SEDE JUDICIAL ANTE ACCIONES DE
RECLAMO QUE INCLUYAN LA INSERCIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS
CONTRATOS DE CRÉDITOS CIVILES Y MERCANTILES

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR AL TÍTULO DE
MAESTRO EN DERECHO PRIVADO

PRESENTADO POR:
BELLA AURA RAMIREZ DE SANCHEZ

DOCENTE ASESOR:
MSC. WILMER HUMBERTO MARIN SÁNCHEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, 29 NOVIEMBRE 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

A Dios le doy la Gloria y Honra, por haberme permitido trabajar y desarrollar esta investigación, por proveerme los medios, las personas y el tiempo para completarla, así como la sabiduría para poder defenderla.

“Toda buena dádiva y todo don perfecto desciende de lo alto, del Padre de las luces, en el cual no hay mudanza, ni sombra de variación”. Santiago 1: 17.

Les dedico este esfuerzo a mis amados hijos Julio Samuel y Elissa, siendo mi anhelo verlos alcanzar también cualquier meta que se propongan en la vida, así también dedico a mis padres Julio Ramírez y Elisa Franco este logro, porque siempre han mostrado su confianza en mis capacidades.

Agradezco a mis amigas Ivonne Lizzette y Tania Margarita, quienes me apoyaron en todo el tiempo del estudio de esta maestría.

Mi reconocimiento de manera especial al Maestro Wilmer Humberto Marín Sánchez, quien como Asesor de Tesis me orientó desde momento de establecer el tema de esta investigación y la dirección del presente trabajo.

TABLA DE CONTENIDO

Contenido

INTRODUCCIÓN	ii
RESUMEN	v
CAPÍTULO 1 ALCANCES Y LÍMITES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONTRACTUAL	1
1.1 Origen y Evolución de la Autonomía de la Voluntad.....	1
1.2 Concepto de Autonomía de la Voluntad.....	5
1.3 Alcances de la Autonomía de la Voluntad.....	9
1.3.1 Facultad para crear situaciones jurídicas	9
1.3.2 Fuerza obligatoria del contrato y vinculación para las partes	13
1.4 Límites a la autonomía de la voluntad	16
1.4.1 La Ley	18
1.4.2 El Orden Público.....	19
1.4.3 Las Buenas Costumbres	21
1.5 La crisis de la autonomía de la voluntad.....	23
CAPÍTULO 2 REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO	27
2.1 Definición, elementos y clasificación de los contratos	27
2.1.1 Definición	27
2.1.2 Elementos.....	28
2.1.3 Clasificación de los contratos	30
2.1.4 Clase de créditos	33
2.2 Especial referencia del Contrato de Mutuo o Préstamo de Consumo.....	34
2.2.1 Evolución histórica del Contrato de Crédito.....	34
2.2.2 Definición de Mutuo o Préstamo de Consumo	36
2.2.3 Características del Contrato de Mutuo o Préstamo de Consumo.....	37
2.2.4 Elementos del Contrato de Mutuo o Préstamo de Consumo	38
2.2.5 Clasificación del Mutuo o Préstamo de Consumo.....	40
2.2.6 Interpretación de los Contratos de Crédito en materia civil y en materia mercantil	40

2.3 Contrato de Crédito de Consumo.....	47
2.3.1 Sujetos en la contratación de consumo	47
2.3.2 Contrato de Crédito de Consumo.....	49
2.3.3 Contratos de Adhesión.....	51
2.3.4 Interpretación de los contratos de consumo y en especial los de adhesión	57
CAPÍTULO 3 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS	63
3.1 Las cláusulas Abusivas en la contratación.....	63
3.1.1 Concepto	63
3.1.2 Características	64
3.1.3 Clasificación	66
3.1.4 Otros contratos en los que se incorporan cláusulas abusivas.....	67
3.1.5 Justificación del control de las cláusulas abusivas	68
3.2 Entidad contralora de las cláusulas abusivas en el ámbito administrativo	70
3.2.1 Origen y evolución del derecho de los consumidores	70
3.2.3 Instituciones encargadas de la fiscalización y vigilancia de los proveedores de servicios financieros.	75
3.2.5 Control de inclusión o de incorporación (formularios).....	84
3.2.6 Control de Contenido.....	86
3.2.7 Pautas para declarar la abusividad de las cláusulas de naturaleza abusivas.....	87
3.2.8 Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor.....	88
3.3 Control Judicial de las Cláusulas Abusivas	94
3.3.1 Intervención de la Defensoría del Consumidor en sede judicial.....	94
3.3.2 Jurisprudencia	94
CAPÍTULO 4 LA HETEROINTEGRACIÓN DE LAS LEYES DE CONSUMO Y DE LA JURISPRUDENCIA ESPECIALIZADA AL PROCESO CIVIL Y MERCANTIL, COMO MEDIO PARA EL RECLAMO JUDICIAL EN EL QUE SE EJERZAN ACCIONES AMPARADAS EN CLÁUSULAS ABUSIVAS INSERTADAS EN LOS CONTRATOS DE CRÉDITO CIVILES Y MERCANTILES.	99
4.1 La naturaleza jurídica del Derecho del Consumo: su dimensión privada y autónoma.....	99
4.2 Incidencia del derecho de consumo en el derecho de las obligaciones	103

4.3 Modelos de vinculación normativa del Derecho de Consumo al Derecho Privado	106
4.3.1 Modelos de Distinción	106
4.3.2 Modelos de Vinculación	107
4.4 El control judicial de las cláusulas abusivas insertadas en los contratos de crédito civil y mercantil	109
4.4.1 Control de oficio de las cláusulas abusivas.....	110
4.4.2 La oposición en el Código Procesal Civil y Mercantil	113
4.5 Las lagunas en el sistema normativo	117
4.6 La integración normativa	119
4.6.1 Factibilidad de integración normativa de las leyes de consumo y de la jurisprudencia especializada al Proceso Civil y Mercantil como medio para el reclamo judicial en el que se ejerzan acciones amparadas en cláusulas abusivas insertadas en los contratos de crédito civiles y mercantiles	121
4.6.2 Regulación jurídica	123
4.6.3 Procedimiento para integrar las normas de consumo y la jurisprudencia especializada en el Código Procesal Civil y Mercantil.....	124
CONCLUSIONES	136
RECOMENDACIONES.....	140
ANEXO 1	143
ANEXO 2	144
ANEXO 3	147
ANEXO 4	152
ANEXO 5.....	155
ANEXO 6	159
ANEXO 7.....	164
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	171

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo constituye la investigación denominada “De la heterointegración normativa del Derecho de Consumo y la jurisprudencia especializada en sede judicial ante acciones de reclamo que incluyan la inserción de cláusulas abusivas en los contratos de créditos civiles y mercantiles”, que se realiza con el fin de obtener el grado de Maestra en Derecho Privado que otorga la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

El tema de investigación tiene su fundamento en la problemática actual de la inserción de cláusulas abusivas en los contratos y en especial en los contratos de créditos, situación no prevista en el Código Civil y Código de Comercio de El Salvador, pero sí regulada en la Ley de Protección al Consumidor y ha sido en gran manera desarrollada su protección de tales prácticas por medio de la Jurisprudencia emanada del Tribunal Sancionatorio de la Defensoría del Consumidor.

El primer capítulo ha sido titulado “Alcances y límites de la autonomía de la voluntad contractual”, en el que se habla del origen, evolución y el concepto de esta institución; se ha desarrollado algunos de los alcances que genera la autonomía de la voluntad, esto es: su facultad para crear situaciones jurídicas entre las que se encuentran la facultad de contratar, disponer de contratos no reglados, y la elección de la jurisdicción territorial así como del orden jurídico aplicable, y otro de los alcances que se desarrolla es la fuerza obligatoria del contrato y su vinculación para las partes, siendo uno de los alcances más significativos de la autonomía de la voluntad.

Otro de los subtemas desarrollados en este capítulo es el tendiente a los límites que la doctrina y la legislación han fijado para el ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual, entre los que destacan: la ley, el orden público y las buenas costumbres, concluyendo con una síntesis de la crisis que afecta la autonomía de la voluntad, ya que la decadencia de la misma es producto de la evolución contemporánea en la contratación, y por lo tanto como centro en la contratación ya no es absoluta, tal como afirma la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

El segundo capítulo de esta investigación lleva como título “Reglas de interpretación de los contratos de crédito”, por lo que se vuelve necesario a manera de introducción conocer sobre la definición, elementos, clasificación de los contratos y las clases de créditos. Se hace una especial referencia al Contrato de Mutuo o préstamo de consumo del cual se estudia la evolución histórica, su definición, características principales, elementos, clasificación, así como la interpretación de los contratos de Crédito en materia civil y en materia mercantil.

Se aborda también lo concerniente al Contrato de crédito de consumo, primeramente se habla de los sujetos que intervienen en la contratación de consumo, las clases de créditos de consumo y lo más relevante de los contratos de adhesión; en ese sentido se hace un estudio sobre la interpretación de los contratos de consumo y en especial los de adhesión, la que se realiza utilizando los principios o reglas siguientes: Interpretación típica, interpretación a *favor debitoris* – *favor debilis*, interpretación contra *proferentem* o contra *stipulatorem*, prevalencia de cláusulas y el principio de Conservación del contrato.

El tercer capítulo ha sido titulado “Análisis jurisprudencial de las cláusulas abusivas”, desarrolla primeramente un estudio del concepto, características y clasificación de las cláusulas abusivas en la contratación, se hace también mención de otros contratos en los que se incorporan cláusulas abusivas y también se ofrece la justificación del control de las mismas. Es de hacer notar que es importante saber el origen y evolución del derecho de los consumidores, teniendo esto presente, se analiza la labor en el control de las cláusulas abusivas en el ámbito administrativo, a través de las instituciones encargadas de la fiscalización y vigilancia de los proveedores de servicios financieros, entre las que se encuentran la Superintendencia del Sistema Financiero, el Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo (INSAFOCOOP) y la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles.

Se hace un breve estudio del procedimiento para la revisión de formularios de contratos de adhesión, así como del control de inclusión o de incorporación (formularios) y del Control de Contenido, y de conformidad a la Ley de Protección al Consumidor se hace una breve mención de las pautas para declarar la abusividad de las cláusulas de naturaleza abusivas; destacando el papel importante que ha realizado el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, por medio del estudio y resumen de la jurisprudencia que ha emitido respecto a las cláusulas abusivas en los contratos de crédito de consumo y las sanciones previstas por la LPC, al respecto.

En este mismo capítulo se realiza un análisis del control judicial de las cláusulas abusivas, en primer lugar se evalúa la intervención de la Defensoría del Consumidor en sede judicial, para luego dar a conocer la jurisprudencia que ha emitido la Corte Suprema de Justicia, por medio de Cámaras de Segunda instancia, Corte en Pleno, Sala de lo Contencioso Administrativo y Juzgados de Primera Instancia.

El cuarto capítulo denominado “La heterointegración de las leyes de consumo y de la jurisprudencia especializada al proceso civil y mercantil, como medio para el reclamo judicial en el que se ejerzan acciones amparadas en cláusulas abusivas insertadas en los contratos de crédito civiles y mercantiles”, primeramente se estudiará la naturaleza jurídica del Derecho de Consumo, la cual tiene una dimensión privada y autónoma; analizando su incidencia en el derecho de las obligaciones, así como los modelos de vinculación normativa del Derecho de Consumo en el Derecho Privado.

Se presenta un apartado tendiente al control judicial de las cláusulas abusivas insertadas en los contratos de crédito civil y mercantil, y la posibilidad de que ese control sea ejercido de manera oficiosa o por las partes por medio de la figura de la oposición regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil; en este sentido, y a efecto de presentar elementos para la fundamentación de la resolución que deba emitir el juzgador ante la presencia de cláusulas abusivas en los documentos base de la acción ejecutiva, ante las lagunas normativas sobre esta institución jurídica, es donde se vuelve necesario el análisis de los métodos de integración normativa para colmar aquellos vacíos.

Hablaremos entonces de la factibilidad teórica y jurisprudencial de la integración normativa de las leyes de consumo y de la jurisprudencia especializada al proceso Civil y Mercantil como medio para el reclamo judicial en el que se ejerzan acciones amparadas en cláusulas abusivas insertadas en los contratos de crédito civiles y mercantiles, así como su regulación jurídica, para finalmente exponer los medios que dispone el ordenamiento jurídico para dar solución a las

lagunas, analizaremos cada uno de ellos, y cómo pueden ser aplicados por el juzgador a efecto de solventar las deficiencias que en materia contractual no han sido previstas en el Código Civil y el Código de Comercio, en especial por tratarse de contratos de créditos de consumo que en su mayoría han sido celebrados bajo la figura de contratos de adhesión.

**DE LA HETEROINTEGRACIÓN NORMATIVA DEL DERECHO DE CONSUMO Y LA
JURISPRUDENCIA ESPECIALIZADA EN SEDE JUDICIAL ANTE ACCIONES DE
RECLAMO QUE INCLUYAN LA INSERCIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS
CONTRATOS DE CRÉDITOS CIVILES Y MERCANTILES**

POR
BELLA AURA RAMIREZ DE SANCHEZ

RESUMEN

En la actualidad las estructuras clásicas contractuales y en especial el principio de la autonomía de la voluntad han sido debilitadas, producto de la evolución contemporánea del contrato, por el uso proliferado del contrato por adhesión y la inserción de cláusulas abusivas en los mismos, lo que ha ocasionado la necesidad de crear nuevas pautas legales que permitan en el tema contractual analizar este tipo de actos jurídicos bajo la perspectiva del Derecho de Consumo, el cual permite ejercer un control preventivo a efecto de evitar la inserción de dichas cláusulas en los contratos de crédito al consumo; sin embargo, en el presente trabajo se pretende mostrar las deficiencias en dicho control, por lo que se vuelve necesario un papel más activo de los Jueces con competencia civil y mercantil, a efecto de ejercer un control represivo en esa área, por lo que se presenta como medio para poder realizar ese control, la heterointegración normativa del Derecho de Consumo y también de la jurisprudencia especializada, en vista de la carencia por parte del Código Civil y Código de Comercio, en regular las cláusulas abusivas contenidas en los contratos de crédito de consumo.

CAPÍTULO 1

ALCANCES Y LÍMITES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONTRACTUAL

1.1 Origen y Evolución de la Autonomía de la Voluntad

En el derecho primitivo no se había reconocido el principio del derecho privado respecto de la autonomía de la voluntad y mucho menos el alcance de la fuerza obligatoria del contrato, más bien existía una disyuntiva entre las declaraciones de voluntad creadoras de obligaciones y las declaraciones de voluntad no vinculantes, debido a la problemática que generaba el uso del retracto de las obligaciones, volviendo necesario la exigencia de ciertas solemnidades para dar garantías de seriedad y de propósito firme de las obligaciones.¹

En los primeros tiempos del Derecho Romano, únicamente la ley era considerada con fuerza obligatoria y coercitiva, por lo que los contratos celebrados entre sus ciudadanos eran entregados a las partes por su buena fe, exceptuándose aquellos a los que su uso era más frecuente, importante y necesario al orden social establecido en la ley, por lo que su incumplimiento no podía quedar impune, se le otorgó valor al contrato formal de la “*stipulatio*”, el cual se acentúa por la redacción abstracta de la fórmula empleada, pero no se menciona ni importa el porqué de las declaraciones.²

Por su parte el Derecho Romano del Siglo VI, la “*fides romana*” únicamente sancionó como contratos consensuales clásicos, a la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato, marcando con ello el comienzo de la carrera triunfal de la voluntad a través del derecho; sin embargo, esta noción se detuvo allí por siglos, pero ofreció el germen de una idea fecunda³, es decir, solo dejó enmarcada una leve noción, pero la Autonomía de la Voluntad como regla de disposición de los intereses particulares y civiles, tiene sus orígenes en el liberalismo político decimonónico.

La organización jurídica y social del Antiguo Régimen anterior a la Revolución Francesa, tenía un sistema de gobierno monárquico, al que en su tiempo se le atribuyó que era de origen divino, provocando así un absolutismo por la reunión en manos de un solo individuo de las facultades gubernamentales, por lo tanto era un poder arbitrario ya que no existían otros organismos que limitasen las atribuciones del rey a quien se le calificaba como representante de

¹ Federico De Castro Y Bravo, *El negocio jurídico* (Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985), 12. Esas formalidades facilitaron la prueba y la publicada de las obligaciones de esos pactos secretos y discretos y provocaron el respeto debido a la palabra dada.

² Alfredo Barros Errázuriz, *Curso de Derecho Civil- Tratado de los Contratos y demás Fuentes de las obligaciones, Vol. III 4ta.* (Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1932), 15.

³ Artemio Llanos Medina, “El principio de la Autonomía de la Voluntad y sus limitaciones” (tesis de Licenciatura, Universidad de Chile, 1944), 54, 56, era necesario que el consentimiento o voluntad fuera formal y libre, y para este autor la autonomía de la voluntad no tiene su inicio en la época del derecho romano, ni tampoco en el consensualismo, mucho menos en el Derecho Canónico que quiso implantar profundamente en la conciencia humana el respeto de la palabra dada. Mismo criterio lo comparte Eduardo Pablo Cerra, “De la autonomía de la voluntad: noción, limitaciones y vigencia”, *Advocatus*, n. 29 Volumen 14 (2017): 182. DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.29.1661>, 182.

Dios en la tierra, titular de soberanía y su voluntad era la ley que debía ser acatada por los gobernados, a lo que se le denominó “*lex rex*”.⁴

En el Antiguo Régimen, la administración de justicia estaba a cargo de funcionarios que habían comprado sus cargos, mismos que llegaron a ser hereditarios, el acceso a la misma por parte de la población no era gratuito, sus fallos eran parcializados y las penas que imponían eran injustas, no se podía hablar de libertad, el poder ilimitado del gobierno generaba opresión sobre el individuo, nadie se encontraba seguro en esa época, los ciudadanos no tenían derechos para manifestar libremente sus opiniones, ni denunciar los abusos de que eran objeto.⁵

Las actividades particulares estaban subordinadas a la injerencia del Estado, lo cual afectaba al sistema mercantilista, pues no satisfacía a las modalidades económicas que empezaban a florecer a fines del Siglo XVIII, ya que se avecinaba el desarrollo del capitalismo y la gran industria, se habían descubierto nuevas vías de comunicación, mercados, desarrollo del maquinismo, etc.; a causa del ejemplo generado por Inglaterra, se comenzó liberando de toda reglamentación la agricultura propiciándole el derecho de vender libremente sus productos.⁶

La reacción liberal a través de la Revolución Francesa de 1789, da origen al conjunto de derechos individuales, reconociéndose los derechos de propiedad privada, igualdad ante la ley y la libertad jurídica, mismos que están contenidos en el documento más importante de la Revolución Francesa como lo es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano⁷ que en su articulado encierra la filosofía de la Revolución; colocando la majestad del pueblo en lugar de la majestad del rey, y el magisterio de la ley en el sitio que antes había ocupado la arbitrariedad; el derecho estatal deberá limitarse a servir a la voluntad individual, a completarla o suprimirla, conforme a lo que pueda presumirse querido.

En esta época se da nacimiento a la teoría que determina que las relaciones de los particulares revestidas de esos conceptos que gozan de plena justicia contractual, es decir, de los derechos de propiedad, igualdad ante la ley y libertad jurídica, por ser un acuerdo libre de dos voluntades, en los que se descarta la injusticia, ya que eran entre dos sujetos en igualdad de

⁴ Artemio Llanos Medina, Op. Cit., 1. Las relaciones sociales de aquella época eran desiguales, por la división en tres clases sociales: nobleza, clero y estado llano; lo que determinaba los privilegios de unos y por otros sumisión y cargas a soportar; desigualdad en la repartición de impuestos y cargas públicas, siendo el estado llano el que las soportaba, mientras las cargas como servicios personales, diezmos, censos, terrazgos, impuestos reales, entre otros recaían en los débiles de la sociedad. Los impuestos indirectos eran una carga pesada para los pobres por los abusos de los encargados de la recaudación.

⁵ Federico De Castro Y Bravo. Op. Cit., 14, la organización era anquilosada, con viejos vínculos hereditarios, todo lo cual estorbaba el desarrollo y el progreso social, se anhelaba como creencia ingenua el establecimiento de la igualdad jurídica en donde nobles, clero y pudientes del estado llano, para así reinar la libertad. Por su parte Artemio Llanos Medina. Op. Cit. 1 y 2, citando a Reichel expresa que los jueces eran solo ejecutores de la voluntad del soberano, manifestada en la ley, pero no tenía facultades de crear resoluciones ni de interpretación, ante la duda o lagunas de la ley, el Juez debía acudir al soberano o su representante para obtener una resolución auténtica.

⁶ Artemio Llanos Medina. Op. Cit. 2.

⁷ Ibid. Cit. 8. La Revolución Francesa, nacida en el calor de la lucha, garantizaba la resistencia a la opresión, es decir, que justificaba la revuelta que acababa de triunfar, se garantizaron los derechos naturales e imprescriptibles como la libertad, igualdad, propiedad, voto y control del impuesto y de la ley, jurado, etc.

condiciones; esos acuerdos tienen un estatus de superioridad a cualquier intervención ajena a esa relación bilateral, por lo que Fouillé afirmaba que: “Quien dice contractual dice justo”.⁸

La primacía de la libertad contractual ha sido producto de las transformaciones políticas, sociales y económicas. En el área política los cambios producidos a causa de la crisis de la monarquía y la adopción del absolutismo como sistema político que alcanzó su punto culminante del desarrollo de la Revolución Industrial de 1688 y Revolución Francesa, el liberalismo crea la idea de que una democracia casi anárquica solucionaría los problemas concernientes a la organización y el gobierno.⁹

Los postulados de la Revolución Francesa de una sociedad compuesta de hombres libres e iguales que regulaban sus intereses con absoluta libertad sin intervención del Estado, reconociendo la personalidad humana en su forma más individualista, en la que el hombre recupera ante el Estado, el feudo o la corporación gremial la libertad que tenía en su origen; y respecto al sistema económico el libre cambio se abría paso, la industria, el comercio y la actividad económica se alzaban contra las trabas impuestas en la era medieval, haciendo de la voluntad la piedra angular del sistema jurídico o como se dijera la piedra filosofal que los llenaría de oro.¹⁰

Vemos pues que la autonomía de la voluntad es un concepto que goza de exaltación, y que la comparte con el contrato, ya que tuvo lugar en una época en la que el comercio, la industria y multiplicación de intercambios se estaban desarrollando a la perfección, floreciendo una economía liberal del dejar hacer y dejar pasar (*laissez faire, laissez passer*); el deseo en este tiempo era suprimir las trabas del Estado y del corporativismo y todo aquello que se oponía a la libertad contractual, su idea era que ésta libre oferta y demanda, aunado al egoísmo individual serían los motivos de la felicidad y prosperidad de las naciones.¹¹

Estas transformaciones hacen posible la promulgación del Código Civil francés o Código de Napoleón de 1804, plasma en su articulado ese trasfondo de la concepción liberal respecto de la organización social y económica, siendo a partir de allí que la Autonomía de la Voluntad ha tenido su etapa de mayor relevancia hasta mediados del siglo pasado, ya que dicho Código, buscaba garantizar al máximo la autonomía de la libertad privada, creando la norma que preceptúa

⁸ Rodrigo Momberg Uribe, “El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato”, *Revista de Derecho*, n° 1, Volumen XXVI (Julio 2013): 11. El célebre aforismo, que evoca la esencia de los contratos, “quien dice contractual, dice justo”, tomaba auge en las mentes de los civilistas. Esta idea también es compartida por Pedro Felipe Bonivento Correa, “La autonomía privada de la voluntad frente a los contratos de derecho privado” (Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana, 2000), 13.

⁹ Carlos Pizarro Wilson, “La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno”, *Estud. Socio-Jurid*, 6(2) (julio-diciembre 2004): 117, durante el Siglo XVI al XIX, el contrato pasó a ser el centro de todas las actividades económicas, el contrato libremente discutido era necesariamente justo y equitativo, la facultad de auto regular sus intereses minimizando la intervención del legislador y del Estado en las relaciones de los particulares pues de existir intervención desnaturalizaban ese equilibrio. En ese mismo sentido Carlos Alberto Soto Coaguila, “La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato”, *Vniversitas*, n° 106, Vol. 52 (2003): 526, sostiene que los filósofos del Siglo XVIII, ven a la voluntad como fuente de las obligaciones atribuyéndole un valor moral.

¹⁰ José Arias, *Contratos Civiles Teoría y Práctica*, Tomo I (Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1939), 66.

¹¹ Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. 2, Sexta Edición (Madrid: Tecnos, 1992), 31.

las convenciones hechas en los contratos como ley para las partes, lo que fue retomado por el Código Civil Chileno, y trasplantado al Código Civil de El Salvador¹².

La doctrina liberal clásica de los siglos XVIII y XIX, sumada a los abusos cometidos por los tribunales del Antiguo Régimen, y los fenómenos que enmarcan a una mercantilización del derecho privado, hizo que las codificaciones del siglo XIX restringieran en términos casi absolutos la intervención del juez en las relaciones privadas y especialmente en materia de contratos.¹³ Con estas transformaciones es que la libertad contractual pasa a ser la palanca suprema de toda la vida social y la autonomía de la voluntad es considerada un dogma científico.

La preocupación primordial del legislador del Siglo XIX, en materia de obligaciones y contratos era la de asegurar la eficacia de la manifestación de voluntad, que ésta sea inalterable, es así como los intereses de los no contratantes son tomados de manera insipiente y ocasional, la ley es servidora del individuo, respetando su libertad e igualdad, suponiendo que contrata en un ambiente ideal, en el que no existen más intereses que los de los contratantes, tal como reflejaba dicha protección el Código Civil.¹⁴

Se ha dado una reducción de la regulación estatal, y por tanto del intervencionismo; sin embargo a fines del Siglo XIX con la evolución del capitalismo, la concentración de los capitales y una economía basada en el mercado, se le ha encomendado al Estado velar por el funcionamiento de dicho mercado a fin de que los intereses particulares de los agentes económicos y que ostentan una posición de dominio no perjudiquen a los más débiles en la contratación, como lo dice Guillermo Borda citado por SOTO COAGUILA: “igualdad y la libertad del consentimiento subsisten hoy en día en el plano jurídico, pero tienden a desaparecer en lo económico”.¹⁵

En esta época las circunstancias socio-económicas han variado, el derecho se ha comercializado, se le da un nuevo sentido a la soberanía de la voluntad, de manera nominal se mantiene como dogma a la autonomía de la voluntad, como se manifestó en el párrafo anterior, pero ya no como expresión de la libertad del individuo, sino que dándole eficacia al instrumento para el desarrollo del comercio, la cual atiende a la necesidad de la seguridad en el tráfico jurídico, lo que cuenta es lo declarado y no lo querido, protegiendo al hombre diligente de negocios, en este

¹² “Se ha dicho con insistencia que el Código es una copia servil del chileno. No emplearemos aquí ese término tan duro e irrespetuoso para los que lo formularon, y para los que lo aprobaron. Sin embargo, no podemos menos que afirmar que en lo general, es copia casi exacta del Código Chileno...” Napoleón Rodríguez Ruíz, *Historia de las instituciones jurídicas salvadoreñas* (San Salvador: Sección de Publicaciones, Corte Suprema de Justicia, 2006), 285. El Código de Napoleón, tenía una función pasiva en cuanto a las manifestaciones de la autonomía de la voluntad, verificando la existencia de las manifestaciones de voluntad, interpretando su contenido cuando fueren oscuras y por último sancionar por la fuerza su incumplimiento. Eduardo Pablo Cerra. Op. Cit. 185.

¹³ Rodrigo Momberg Uribe, “El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato”, Op. Cit. 11.

¹⁴ Enrique Rossel S. *Las actuales orientaciones del Derecho. Conferencias pronunciadas por catedráticos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Orientaciones actuales del derecho de las obligaciones* (Santiago: Editorial Nascimento, 1942), 94-95

¹⁵ Carlos Alberto Soto Coaguila, Op. Cit. 528, idea que también la expone Alberto Rebaza Torres, ¡No me defiendas compadre! Los Efectos económicos de la intervención del Estado en materia de protección al consumidor” Ensayos sobre protección al consumidor, en el Perú. ed. por Oscar Súmar (Perú: *Universidad del Pacífico* Perú, Marzo-2011): 73.

caso a los intereses de los capitalistas, porque el derecho estatal se ha desligado de toda norma extra-positiva, mientras las normas positivas son rebajadas al carácter supletorio.¹⁶

En un inicio el individuo trabajaba y servía al Estado, en los últimos años del siglo XX, la función del Estado-individuo ha cambiado, el Estado se encuentra organizado para servir al individuo, y se volvió garante de aquellos para disminuir las injusticias que contra aquellos pudiera cometerse, tomando determinaciones en pro de una comunidad total, y por fin llega a ser un gran Estado Proteccionista, que está organizado para servir al individuo acogido a sus normas.¹⁷ Jaime Alberto Arrubla, citado por BONIVENTO CORREA, afirmaba que “si el Estado extendía sus funciones a campos considerados como de la órbita privada, se consideraba tirano y fuera de sus funciones”¹⁸.

Existen cambios estructurales a nivel contractual, que son producto del derecho moderno, pues respecto al consensualismo, que siempre estuvo limitado por las categorías de los contratos reales y de los contratos formales, pero que actualmente en su renovación, es exigible desde sus actos preparatorios dar información al contratante en desventaja, y se exige la forma escrita de los contratos, no solamente se requiere de manifestar su consentimiento.

1.2 Concepto de Autonomía de la Voluntad

La palabra Autonomía corresponde a su sentido etimológico (**nomos**= ley; **autos**= propio, mismo), pero ha sido criticado el término de autonomía privada desde tiempos de Savigni, por utilizarse la frase en el sentido de poder de auto-determinación de la persona individual, sin embargo se le ha empleado así porque parece ser de más peso y se utiliza para evocar el significado general de la cuestión central del Derecho Privado, es decir, la del ámbito de independencia y libertad dejado a cada persona.¹⁹

Un concepto restringido de la Autonomía de la Voluntad lo da ALESSANDRI-SOMARRIVA, definiéndola como esa facultad de los particulares de regular, mediante sus propios actos de voluntad, sus relaciones jurídicas, por lo que se entiende que es el poder que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares de regular por sí mismos sus intereses o, como

¹⁶ Federico De Castro Y Bravo, *El negocio jurídico*, Op. Cit.15. Desde la óptica de la moderna concepción positivista legalista cerrada, se ha valorado al máximo la autonomía de la voluntad, el derecho estatal se desliga de toda norma extra-positiva o convencional, que son producto de la autonomía privada, se le interpreta restrictivamente, y las leyes en este sentido son rebajadas al carácter supletorio, tratándosele de normas dispositivas y no imperativas, por tanto quedan axiomáticamente fuera del control estatal, lo que beneficia a los intereses del capitalismo.

¹⁷ Véase. Juan Carlos Guarín Ferrer, “Autonomía de la Voluntad en los contratos de consumo”, *Revista de Derecho Privado Ratio Juris*. n° 2, Año II (2014): 4. Como también expresa Artemio Llanos Medina, Op. Cit. 57, “la afirmación del individuo es absoluta frente a la existencia ficticia del Estado, creación abstracta de los individuos, destinada a garantizar la libertad y derechos de todos los asociados solamente”.

¹⁸ Pedro Felipe Bonivento Correa, Op. Cit. 24.

¹⁹ Federico De Castro Y Bravo, *El negocio jurídico*, Op. Cit. 12. Para Fernando Hinestrosa, *Derecho Civil Obligaciones* (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1964), 164, la autonomía es autogobierno, la posibilidad de orientar la propia conducta, la que se opone a la heteronomía y en especial a la soberanía o poder de dar reglas a los demás, de ordenar la actividad ajena.

prefieren decir otros, sus relaciones jurídicas con los demás sujetos,²⁰ este concepto solo abarca el aspecto de los contratos, confundiéndolo con la libertad contractual.

Bajo la perspectiva de BONIVENTO CORREA, un concepto de Autonomía de la Voluntad, se debe hacer partiendo de su origen de corte individualista de los dos siglos pasados, analizando la aparición del derecho mercantil en el que se trató de legislar y proteger el intercambio de bienes ante las limitaciones que la legislación civil hacía sobre el tema, su influencia sobre el concepto, la intervención estatal y el desarrollo del mundo negocial y empresarial que antes de individualizar trata de socializar.²¹

De la autonomía privada en su sentido amplio se distinguen dos partes: la primera, referida al poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas, éste es el considerado como autonomía privada en sentido estricto o mejor conocida como autonomía de la voluntad, utilizada en el ámbito del negocio jurídico; y la segunda, concerniente al poder de esa voluntad referido al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos, concretada en la autonomía en el ámbito del ejercicio de los derechos subjetivos.²²

La base de la teoría general de los contratos descansa en la autonomía privada en sentido estricto, es decir, la autonomía de la voluntad, que implica el reconocimiento de un poder de autorregular los propios objetivos e intereses que las partes deseen, lo cual sería relativo al negocio jurídico; y en el caso de referirse a que la voluntad es autónoma significa que ella es libre para crear los derechos y obligaciones que le plazcan, por lo tanto, debe entenderse que la voluntad se basta a sí misma, siempre y cuando se observe el aspecto jurídico que la contiene.

Por su parte CERRA dice que la autonomía de la voluntad se caracteriza por otorgar facultades o prerrogativas a las partes intervinientes de un contrato para dictarse libremente sus propias reglas o formas negociales, las que se constituirán de obligatorio cumplimiento para los intervinientes, en la medida en que dichas disposiciones contractuales no atenten contra el orden público y las buenas costumbres.²³ Es de notar que este concepto se enfoca en la libertad de contratación como sinónimo de autonomía de la voluntad, y no incorpora a la ley como límite de la misma.

Catalogada como un principio general del Derecho Civil, que consiste en la libertad que reconoce el ordenamiento jurídico a los individuos, para que éstos autorregulen sus intereses y se manifiesta a través del acto jurídico, herramienta que el derecho otorga a los sujetos para crear, modificar, transferir o aniquilar sus derechos y obligaciones, posibilita determinar el contenido de

²⁰ Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U. y Antonio Vodanovic H. *Tratado de las Obligaciones: De las Obligaciones en General y sus diversas clases*, Volumen I (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001). 47, Así mismo véase Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U. y Antonio Vodanovic H. *Tratado de derecho Civil: Partes Preliminar y General*, Tomo II, 1ª. ed. (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998). 166 y 167.

²¹ Pedro Felipe Bonivento Correa. Op. Cit. 8.

²² Federico De Castro Y Bravo, *El negocio jurídico*. Op. Cit. 13

²³ Eduardo Pablo Cerra. Op. Cit. 182, 185.

las mismas, es decir, establecer los derechos, obligaciones, deberes y objetos, lo que supone precisar el contenido del negocio jurídico que se celebra.²⁴

Para LLANOS MEDINA la Autonomía de la Voluntad debe ser entendida como esa libertad jurídica, referente a toda especie de acto jurídico que pueda operar en el derecho, y no debe confundirse con la libertad contractual, ya que esta es una especie del acto jurídico: los contratos. La autonomía de la voluntad es el género y comprende dentro de ella a la libertad contractual, advirtiendo que la parte del derecho en donde más se aplica el principio de la autonomía de la voluntad es en la relativa a los contratos.²⁵

Siempre Llanos Medina, al analizar la autonomía de la voluntad desde la perspectiva de la legislación de base a la teoría clásica del derecho, dice que es más que una simple teoría que pretende explicar el pensamiento de una concepción jurídica, es un principio de derecho, con carácter abstracto, general, básico y directriz que da a conocer el espíritu de la legislación positiva privada, y hacia el cual hay que dirigirse para encontrar el verdadero sentido de la existencia de las instituciones,²⁶ tales como el alcance de la libertad de contratación y la fuerza obligatoria en el ámbito civil y mercantil.

Para LÓPEZ SANTA MARÍA, la doctrina de la autonomía de la voluntad es el cimiento del enfoque tradicional de la contratación, sirve como telón de fondo a la mayoría de los principios fundamentales de la contratación, entre los que están la fuerza obligatoria del contrato, pues coloca las voluntades privadas de las partes en igual plano que la ley, ésta última considerada como la emanación de la potestad de los poderes públicos. Además es una doctrina de filosofía jurídica, en la que todas las obligaciones reposan esencialmente sobre la voluntad de las partes, siendo la fuente y la medida de los derechos y de las obligaciones que el contrato produce.²⁷

Se considera como un concepto amplio de la autonomía de la voluntad el que expresa a ésta como un principio de derecho, sobre cuya base se encuentra estructurado todo el derecho privado, y que le confiere a la voluntad del individuo facultad o poder para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas en la medida que lo desee, siendo la legislación privada entera una interpretación de la voluntad probable, cuando ella no se ha manifestado en forma expresa,²⁸ todo lo cual debe obrar sin contravención a la ley, las buenas costumbres y el orden público.

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que: “El principio de la autonomía de la voluntad reside en el poder que la ley reconoce a los particulares para reglamentar por sí mismos (libremente y sin intervención de la ley) el contenido y modalidades de las obligaciones que se

²⁴ Claudia Warner de Tizón, “Limitaciones a la autonomía de la voluntad” (tesis de doctorado, Universidad Nacional del Litoral, 2013), 2. Por su parte Katuska Hernández Fraga, “El principio de autonomía de la voluntad contractual civil, sus límites y limitaciones”, *Revista Jurídica, de Investigación e Innovación Educativa*, n. 6 (2012): 30, <https://www.eumed.net/rev/rejie/06/hfgc.pdf>, agrega que la autonomía de la voluntad, no obliga a contratar contra su voluntad, no hay obligación de ofrecer y quien recibe la oferta puede a su arbitrio aceptarla o rechazarla, faculta a las partes para decidir con quién contratar, concertar o no un contrato, en razón de ello las partes pueden crear libremente todas las relaciones jurídicas que entre ellas consideren pertinentes.

²⁵ Artemio Llanos Medina. Op. Cit. 56.

²⁶ Artemio Llanos Medina. Op. Cit. 61.

²⁷ Jorge López Santa María, *Los Contratos*, Parte General (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998), 13, 191, 192 y 165.

²⁸ Artemio Llanos Medina. Op. Cit. 62. Con esta idea, las disposiciones legales sólo tienen aplicación supletoria cuando las partes nada han dicho o establecido en el contrato.

imponen contractualmente. *Es así como en materia de contratos la mayor parte de las normas son de carácter supletorio o dispositivo y no imperativas...*, así también agrega que es “una de las principales formas de interacción voluntaria el intercambio interpersonal, es posible afirmar que la libertad de contratación es la libertad de imponer limitaciones a nuestra conducta futura... siempre dentro del marco constitucional”.²⁹

Siempre la Sala de lo Constitucional, al referirse a la voluntad de la que estamos hablando y la cual contempla el Derecho, dice que no está vislumbrada en la gama infinita de ideas antojadizas, inconstantes, ligeras, caprichosas, capaces de controvertir determinado sistema jurídico (orden público), sino el legítimo interés que no desborda lo razonable, tampoco es un medio ingenioso del legislador, sino que es una puntualización que ésta hace de algo consustancial al individuo y su anhelo de realizar los atributos de su personalidad.³⁰

Nuestro ordenamiento jurídico consagra a plenitud el dogma de la Autonomía de la Voluntad en el Art., 1416 del Código Civil de El Salvador, que dice: “Todo contrato legalmente celebrado, es obligatorio para los contratantes, y sólo cesan sus efectos entre las partes por el consentimiento mutuo de éstas o por causas legales”,³¹ esto tiene alcance para reconocer que el derecho que nos afecta esta creado con nuestra propia y directa intervención. Así también esta disposición legal es considerada por parte importante de la doctrina como el principal obstáculo para admitir la revisión judicial del contrato.

En la autonomía de la voluntad se observan dos valores considerados absolutos en el derecho clásico, por una parte la libertad contractual y por otra, la seguridad jurídica, la cual es tarea del ordenamiento jurídico garantizar la justicia formal en el proceso de formación del consentimiento, lo que implica que ese acuerdo al que lleguen las partes bajo ese prisma de justicia formal, sea también justo en términos sustantivos, pues las partes actúan en un plano de igualdad y libertad para autorregular su contenido, y al ser la autonomía de la voluntad afectada por algún vicio en su formación, conllevará a su extinción por medio de las figuras de la nulidad o la rescisión, no teniendo lugar la modificación.³²

Etimológicamente el vocablo justicia evoca la idea de equidad, equilibrio, igualdad, proporcionalidad y buena fe. Al hablar de justicia contractual se hace alusión a que el contrato debe ser equitativo, asegurando a las partes una relación igualitaria traducida en la proporcionalidad de sus prestaciones.³³ El principio de la autonomía de la voluntad descansa en la

²⁹ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 121-2007* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012).

³⁰ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 26-2008* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2009).

³¹ Código Civil de El Salvador (El Salvador: Ministerio de Justicia de El Salvador, 1860). Sobre el contenido de esta disposición legal Pedro Felipe Bonivento Correa. Op. Cit.: 5, expresa que el Estado reconoce un poder de reglamentación en el individuo, de tal forma, que una vez el mismo ha utilizado su poder autónomo de decisión de contratar, el Estado a través del ordenamiento jurídico le otorga ese poder de auto reglamentación o auto regulación.

³² Rodrigo Momberg Uribe, “El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato”, Op. Cit. 10.

³³ Patricia Verónica López Díaz, “El principio de equilibrio contractual en el Código Civil Chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 25 (diciembre 2015): 126. La expresión equilibrio contractual emerge en el Siglo XX, en el derecho civil francés, y su propósito es sustituir las antiguas expresiones “equivalencia de las prestaciones” o “teoría del justo precio”, elaboradas por la doctrina canónica de la Edad Media. La idea de equilibrio no pudo existir con anterioridad, pues hasta el Siglo

hipótesis optimista de la igualdad de los contratantes; éstos que libremente formulan las normas más adecuadas para satisfacer sus necesidades, señalan las proyecciones del contrato, su duración y, en general, sus efectos, a tal grado que dicho acuerdo de voluntades es elevado a la categoría de ley para los contratantes.³⁴

1.3 Alcances de la Autonomía de la Voluntad

Sobre los alcances de la autonomía de la voluntad, se tiene la noción de que ésta descansa sobre la libertad, y supone la libertad jurídica de todos, a la vez, termina por entender que todo lo libremente querido es obligatorio, por considerarse a los contratos esencialmente relativos, ya que solo producen efectos respecto de las cosas que han sido objeto del contrato y entre las personas que intervienen en las mismas, ya que es “ley entre las partes”³⁵

1.3.1 Facultad para crear situaciones jurídicas

Debemos recordar que el principio de la Autonomía de la Voluntad consiste en el poder que la ley reconoce a los particulares para reglamentar por sí mismo, de manera libre y por supuesto sin intervención de la ley, el contenido, modalidades, cláusulas y las obligaciones que desean imponerse en el contrato, puesto que se eleva a la categoría de ley dichos acuerdos entre las partes; por ello, es menester de este apartado examinar los alcances que tiene dicha autonomía para crear situaciones jurídicas.

1.3.1.1 Facultad de contratar

La principal manifestación de la autonomía de la voluntad es la facultad que tiene el sujeto de derecho de celebrar libremente actos jurídicos, determinar el contenido, los efectos en las condiciones y formas que desee, y muy principalmente, para celebrar contratos, lo que da origen al principio de la libertad contractual; por eso se afirma que el campo de la contratación es el de la autonomía de la voluntad. Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, con los límites que les son impuestos.³⁶

Al mismo tiempo la soberanía de la voluntad particular faculta a que las disposiciones de las normas positivas y que reglamentan los efectos de los contratos, sean rebajadas al carácter de supletorias, o meras indicaciones a las que si quieren las partes pueden sujetarse a ellas o no, pudiendo dictar la ley que para el caso en concreto se tendrán que someter, las fuentes del Derecho

XIX prevaleció el dogma de la autonomía de la voluntad, en virtud de la cual el contrato consistía en el acuerdo de voluntades entre las partes.

³⁴ Ramón Meza Barros. *Manual de Derecho Civil, de las Fuentes de la Obligaciones*. Tomo I, Octava Edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1995), 25-26. Para algunos, el principio de la autonomía de la voluntad, consiste en la facultad que tiene la voluntad para convertirse en ley para los contratantes, esto desde una perspectiva restringida del concepto de autonomía de la voluntad, como lo señala Artemio Llanos Medina. Op Cit. 58.

³⁵ Atilio Aníbal Alterini, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996), 658. Por su parte Jorge López Santa María. Op. Cit. 168, dice: “De la autonomía de la voluntad se colige que el hombre no podría quedar vinculado por obligaciones en las cuales no ha consentido y, recíprocamente, que toda obligación querida por el hombre debe producir efectos”.

³⁶ Artemio Llanos Medina. Op. Cit. 62

dan ocasión para atribuir valor coactivo general a las reglas promulgadas por los contratantes. En ese sentido las leyes solo tienen cabida cuando las partes nada han reglado al respecto.³⁷

Dentro de este marco, la formación del contrato se encuentra dominada por los sub principios de la autonomía de la voluntad los cuales son: a) la libertad contractual o autodecisión, la que podría decirse es la configuración interna o facultad de determinar libremente los términos y condiciones de un contrato, y por fundamentarse en la libertad de la persona, tiene sus propios limitantes como lo son: el respeto a la libertad, intereses y expectativas de los demás;³⁸ por lo que es fruto de determinaciones volitivas, libremente adoptadas.

Y, b) el consensualismo llamado por otros la libertad de establecer el contenido del contrato o autorregulación, el cual tiene su limitante, ya que el sujeto tiene derecho a contratar o a no contratar; pero si contrata, determina con quien hacerlo y se somete a cierta preceptiva que le es impuesta, ya sea normas imperativas, prohibitivas, dispositivas o supletorias,³⁹ el contenido concreto de cada contrato lo dictan las partes, estableciendo libremente la composición de intereses que encierra el contrato.

Por su parte la Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro, ha manifestado al respecto: "...la libertad que la misma Constitución, da a las partes para contratar, en el ámbito que desee incursionar, Art. 23; la libertad de contratación, es un derecho que tienen todas las personas para decidir celebrar contratos y con quien hacerlo, así como para determinar el contenido del mismo, ante tal hecho, son libres de negociar la celebración de sus contratos, las condiciones, formalidades, plazos, etc.; con ella se determina el contenido de los contratos, las obligaciones que de él van a derivar... a través de ella la ley, reconoce el poder a los particulares para reglamentar por sí mismos, libremente y sin intervención legal, el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen contractualmente. De éste modo, en materia de contratos, la mayor parte de las normas son de carácter supletorio o dispositivo, no imperativas.⁴⁰

En consonancia con la libertad de contratación proclamada por la Constitución de la República, es donde toma base la Sentencia de Inconstitucionalidad 15-99, en la que expone los alcances de la misma: i) el derecho de decidir si quiere o no contratar, referente al derecho a decidir la celebración o no celebración de un contrato; ii) el derecho a elegir con quien se quiere contratar; y iii) el derecho a determinar el contenido del contrato, referente a la forma y modo en que quedarán consignados los derechos y obligaciones.⁴¹

³⁷ Ibid. 62. En materia de contratos, la mayor parte de las normas son de carácter supletorio o dispositivo y no imperativas, criterio expuesto por la Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia 38-2009* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013).

³⁸ Jorge López Santa María. Op. Cit. 4. VEASE también a Katuska Hernández Fraga. Op. Cit.: 31, ambos autores comparten la idea que la Autonomía tiene una manifestación interna por eso le llaman autodecisión, consistiendo ésta en que la celebración de un contrato es un acto totalmente voluntario, ya que toda persona es libre de contratar o no, siendo que el contrato no se impone.

³⁹ Atilio Anibal Alterini, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. Op. Cit. 654. Las dos bases en las que descansa la autonomía de la voluntad son: La libertad de contratar, que da derecho a contratar o no; y la Libertad contractual, que da derecho a regular el contrato conforme al propio albedrío. De acuerdo a esto las partes tienen derecho a elegir el tipo contractual, hacer adaptaciones especiales de ese tipo o utilizar una figura atípica. Esta función de la Autonomía de la voluntad determina que las obligaciones derivadas de los contratos tienen fuerza entre las partes contratantes siendo sus límites la ley, el orden público y las buenas costumbres.

⁴⁰ Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Sentencia de Apelación, Ref. 99-4CM-15-A* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016).

⁴¹ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 15-99/17-99* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2002). Retomado el criterio en *Sentencia de Amparo Referencia 38-2009* Op. Cit.

La autorregulación o consensualismo en la contratación como alcance de la autonomía de la voluntad, no es absoluta, tiene sus propias limitantes, en ese sentido, la Sentencia de Inconstitucionalidad Referencia 26-2008, resume las implicaciones de la libertad contractual de la siguiente manera: i) ninguna de las partes del contrato puede imponer unilateralmente a la otra el contenido de las obligaciones que lo conforman, ya que el convenio es y debe ser fruto de un acuerdo previo entre éstas, ii) las partes tienen la facultad de auto disciplinarse, sin controvertir las normas imperativas; y iii) las partes están facultadas para concluir contratos por finalidades prácticas que no estén previstas en la ley,⁴² no obstante que existen contratos reglamentados o controlados por la autoridad.

1.3.1.2 Contratos no reglados

Este alcance de la autonomía de la voluntad da a las partes la potestad de elegir el tipo de contrato que más les convenga, configurar una nueva forma o concluir contratos con finalidades prácticas, aunque no sea de aquellos que la ley ha dotado de una especial reglamentación, es decir, a los que se les ha denominado contratos innominados, siempre que no afecte el orden público, y dichos contratos además deben ser susceptibles de tutela jurídica.

Atendiendo a estas consideraciones, el principio de la Autonomía de la Voluntad faculta a los particulares crear negocios nuevos no regulados en la ley, teniendo en cuenta que, al crearlos, observen las normas dictadas para el tipo genérico de negocio al que el creado pertenezca, pudiendo modificar los efectos de un negocio singular regulado por ella, como por ejemplo suprimir la obligación de saneamiento en la compraventa.⁴³

Al respecto la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en la Sentencia de inconstitucionalidad 121-2007 dice: El principio de la autonomía de la voluntad consiste en la posibilidad de que los particulares celebren convenciones de cualquier tipo, aun no reglamentadas expresamente por la ley; sin que el principio se reduzca a permitir la celebración de contratos no tipificados, sino que se extiende a la *libertad que tienen los particulares para la determinación del contenido de los contratos* – siempre dentro del marco constitucional-.⁴⁴

El progreso de la vida económica permite la creación de nuevas modalidades en el campo jurídico, lo cual justifica la permisibilidad que le otorga el legislador a los individuos para que creen los contratos bajo los cuales se regirán sus relaciones jurídicas y que satisfagan sus necesidades. Dicha facultad creadora de actos jurídicos puede considerarse la manifestación de mayor importancia del principio de la autonomía de la voluntad y que constituye el aspecto positivo del principio, pues en ella radica la trama de las transacciones jurídicas que se realizan.⁴⁵

⁴² Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 26-2008. Op. Cit.*

⁴³ Manuel Albaladejo, *Derecho Civil I Introducción y Parte General*. Décimo quinta edición (Barcelona: Librería Bosch, S.L. 2002), 566. En el Art., 1644 C.C., establece: "Es nulo todo pacto en que se exima al vendedor del saneamiento de evicción, siempre que en ese pacto haya habido mala fe de parte suya". Por lo que es permitido pactar este tipo de cláusulas.

⁴⁴ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 121-2007. Op. Cit.* El principio de la autonomía de la voluntad otorga a las partes facultades para concluir contratos con finalidades prácticas incluso no previstas por la ley.

⁴⁵ Artemio Llanos Medina. *Op. Cit.* 63.

1.3.1.3 Elección de la jurisdicción territorial y del orden jurídico aplicable

Nuestra legislación establece las reglas para fijar la competencia o fuero territorial, tal como lo establece el Art., 33 del Código Procesal Civil y Mercantil, siendo los criterios a tomar en cuenta los relacionados con el domicilio del demandado, el domicilio contractual o fuero convencional y el del objeto del litigio, es decir el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiera el proceso haya nacido o deba surtir sus efectos⁴⁶ entre otros más establecidos en otros artículos.

Esta decisión contractual, la cual se considera una cuestión de oportunidad del carácter dispositivo de las partes, hace que el juzgador se encuentre impedido de cuestionar la competencia territorial, siempre que éste sometimiento anticipado, sea realizado a través de un instrumento fehaciente, cuya fe sea de manera indiscutible sobre la voluntad de ambas partes respecto al hecho de someterse al tribunal mutuamente elegido, por razón del territorio del tribunal que conocerá de la solución del conflicto o del cumplimiento del contrato; por lo que está limitado a la designación del lugar, pero no de un tribunal en específico, ya que esto último dependerá de la instancia del objeto, la naturaleza o cuantía del litigio, lo que le corresponde en exclusiva a la ley determinarlos.

Por otra parte el desarrollo de la economía ha provocado la utilización con mayor frecuencia de los contratos privados internacionales, lo que ha provocado la reacción de muchos gobiernos de brindar plena autonomía a las partes contratantes para determinar la jurisdicción y la legislación aplicable, o en su caso establecer un marco normativo en el que las partes puedan desarrollarse con una libertad limitada⁴⁷, para nuestro caso los Art., 21 y 22 CPCM.

Por lo que se configura otra de las facultades o alcances que les es concedido a las partes en la determinación de las cláusulas del contrato, como es el elegir el orden jurídico aplicable, es decir, en el caso de los contratos internacionales la elección de la ley aplicable y el tribunal que conocerá en caso de controversia, y esta debe hacerse de buena fe, no ser ficticia y tener ciertos puntos de contacto suficientemente objetivos para ligar el negocio jurídico a un sistema legal diferente de aquel en el que se originó, refiriéndose a los elementos extranjeros, por lo que es necesario que el ordenamiento jurídico que les autoriza a contratar, también debe permitir dicha elección.⁴⁸

La elección de foro convencional como alcance de la autonomía de la voluntad, opera en materia civil y mercantil, en especial sobre cuestiones de índole patrimonial, con la limitante de que existen reservas dadas en el Art., 21 del CPCM, en las que la jurisdicción salvadoreña es a la que deben someter dichos supuestos, los cuales son: 1°. Materia de derechos reales y

⁴⁶ Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2008).

⁴⁷ Delia Revoredo de Mur, "La autonomía de la voluntad y ley aplicable al contrato internacional en latinoamérica", *THEMIS Revista de Derecho*, n. 30 (1994): 231

⁴⁸ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 121-2007*. Op. Cit. Se exige que el contenido de esta cláusula sea expresado de manera fehaciente, que no haya duda del acuerdo mutuo y libremente pactado. Pese a que nuestra legislación no define qué se deberá entender por Contrato Internacional, deberá entender como tal en cuanto al "pacto o acuerdo de voluntades se convierte en un contrato internacional, en tanto intervenga en la relación un elemento extranjero. Por lo tanto, un contrato es internacional si las partes del mismo tienen distinta nacionalidad; su domicilio, residencia habitual o su establecimiento en Estados diferentes; y si el contrato tiene contactos objetivos o recae sobre bienes que están en conexión con otro Estado".

arrendamientos de inmuebles que se hallen en El Salvador. 2°. Constitución, validez, nulidad o disolución de personas jurídicas que tengan domicilio en El Salvador, o de las decisiones de sus órganos; y 3) Sí la pretensión se refiere a la validez o nulidad de inscripciones practicadas en un registro público salvadoreño.

1.3.2 Fuerza obligatoria del contrato y vinculación para las partes

La fuerza obligatoria de los contratos o *pacta sunt servanda*, desde la perspectiva clásica de las obligaciones, es considerada como uno de los pilares básicos del derecho de contratos, reconocido por la mayoría de ordenamientos jurídicos, consagrados positivamente en las codificaciones decimonónicas y contemporáneas,⁴⁹ este principio es considerado como el dogma necesario de la autonomía de la voluntad, en el que las partes deben someterse al contrato, sin consideración a que las condiciones en las cuales se ejecuten dichos acuerdos sean distintos a las de la época de la celebración.

Siguiendo la idea anterior, para LÓPEZ SANTA MARÍA, en el principio general de la autonomía de la voluntad, esta fuerza obligatoria cae por su propio peso como sub principio o corolario necesario de la misma, para consagrarlo como obligatorio este contrato se acude a la utilización de la metáfora tradicional de compararlo con la ley, a sabiendas de las diferencias entre contrato y la ley, tanto en la forma como en el fondo;⁵⁰ por lo que es considerada la principal consecuencia de la autonomía de la voluntad en la contratación.

Como diría MOMBERG URIBE la fuerza obligatoria del contrato implica que las partes deben respetar las obligaciones que válidamente han contraído, ya que tienen fuerza vinculante para ellas y exigible para su cumplimiento; así como la intangibilidad del mismo, por lo que ni las partes, salvo mutuo consentimiento, ni el juez pueden variar los términos de un contrato válidamente celebrado, independientemente de cuánto hayan cambiado las condiciones presentes a la celebración del mismo.⁵¹

En esta línea de ideas, la política a seguir es de abstención, por lo que el juez es convertido a un dócil mecánico que reconoce la obligatoriedad de las convenciones y la libertad contractual de los individuos como forma de expresión libre de la voluntad para realizar ese tipo de contratos. El Juez encargado en aplicar el contrato no puede tampoco modificarlo ni alterarlo en modo alguno, ni aun con el pretexto de considerar rigurosas las condiciones plasmadas en los mismos, porque no puede variar la ley.⁵²

Las afirmaciones anteriores nos permiten establecer que bajo la perspectiva clásica de la autonomía de la voluntad, se debe tener por válido todo contrato por la simple razón de haber sido en apariencia consentido, lo que sería consagrar el triunfo de la fuerza, de la astucia, o de

⁴⁹ Rodrigo Momberg Uribe, "El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato", Op. Cit. 10.

⁵⁰ Jorge López Santa María. Op. Cit. 191. En sus palabras da a entender que la fuerza obligatoria de los contratos obedece a que los pactos deben observarse; las palabras deben cumplirse; los contratos obligan.

⁵¹ Rodrigo Momberg Uribe, "El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato". Op. Cit. 10, considerándose la intervención de un tercero en un contrato que tiene los supuestos de haber sido celebrado libremente e informadamente por las partes en igualdad de condiciones, implicaría una interferencia ilegítima a la autonomía de la voluntad, considerándose un atentado a la justicia formal del acuerdo y a la seguridad jurídica.

⁵² Alfredo Barros Errázuriz. Op. Cit. 63.

cualesquiera superioridades de hecho, o como entregar un permiso de caza a los piratas y bandidos, con derecho de presa sobre todo lo que caiga en sus manos,⁵³ o reconocer el imperio sin límite del arbitrio individual.

El contrato que ha sido celebrado legalmente, conforme a las leyes, que no tiene nada en contra de ellas, ni del orden público y las buenas costumbres, obliga a las partes a dar cumplimiento a las cláusulas en él contenidas, como si la misma ley en la que emanan los poderes públicos, fuera la que ha intervenido directamente en la creación del vínculo contractual,⁵⁴ en este reconocimiento que hace el legislador del carácter obligatorio de los contratos es que el principio de la autonomía de la voluntad encuentra su más sólido afianzamiento.

RODRÍGUEZ GREZ al hablar de la naturaleza jurídica del Pacta Sunt Servanda expresa: el contrato es una creación convencional (con todo lo que ello significa en lo relativo a la norma de derecho positivo que le da validez y al área en que puede ser generado), que implica una limitación voluntaria de la libertad de los sujetos que concurren a generarlo, y cuyo fin último reside en la auto composición de los intereses que estos últimos sustentan. De esta trilogía –convención, limitación voluntaria de la libertad y composición de intereses- surge el principio pacta sunt servanda, dotando al contrato de estabilidad, intangibilidad y certeza.⁵⁵

El fondo del pensamiento de los autores clásicos sobre la fuerza obligatoria de los contratos y su vinculación para las partes es que todo lo que no está prohibido por el legislador, está permitido o, más exactamente, toda manifestación de voluntad que la ley no declara ineficaz es sancionada positivamente por el Derecho. El contrato obliga simplemente porque es el contrato; la manifestación más alta y más pensada de la autonomía inicial del querer individual,⁵⁶ el consentimiento liga a las partes tan rigurosamente como lo estarían por la voluntad del legislador.

La economía liberal contemporánea descansa en el crédito, siendo la base de éste último el respeto a la palabra dada, por lo que la fuerza obligatoria del contrato es factor determinante para la confianza del acreedor y para el crédito mismo, por esa causa, las restricciones a la obligatoriedad del contrato son un atentado contra la seguridad jurídica (sub principio de la autonomía de la voluntad), lo que provoca una disminución de la confianza y la tranquilidad de los acreedores, y en fin, debilita los créditos.⁵⁷

⁵³ Pedro Felipe Bonivento Correa, Op. Cit. 75-76. En palabras de Federico De Castro y Bravo, "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad" *Anuario de Derecho Civil*, n° 4, Vol. 35 (1982): 1051, habla de la autonomía de la voluntad desde la perspectiva liberal ha hecho pensar que esta autonomía hace entregar a los particulares "una reserva de caza", o una "zona protegida", y el Estado no tiene otro quehacer que el de dejar hacer; al pedirse la intervención del Estado para hacer efectivo el contrato, éste se convierte en cazador y su meta es entregar la caza a uno de los contratantes.

⁵⁴ Artemio Llanos Medina. Op. Cit.: 65. En ese mismo sentido María Isabel Warnier Readi, "Acerca del Pacta Sunt Servanda, la Buena Fe, la Interpretación Contractual y su relación con la Teoría de los Actos Propios", *Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo*, n° 37 (2018): 471, expresa: "La fuerza obligatoria del contrato obliga a las partes contratantes a respetar el pacto, confiriéndole, cuando ha sido válidamente celebrado, el carácter de una ley.

⁵⁵ Pablo Rodríguez Grez, "Pacta Sunt Servanda", *Revista Actualidad Jurídica Universidad del Desarrollo*, n° 18 (2008): 128. La intangibilidad del contrato goza de un reconocimiento del más alto nivel por asimilarse a la categoría de ley o mandato normativo, pero que no pierde su fisonomía de regla particular. Op. Cit. 112.

⁵⁶ Jorge López Santa María. Op. Cit. 194. Bajo la visión clásica, el principio de la fuerza obligatoria del contrato, consiste en que todo acto de la voluntad por sí mismo tiene valor jurídico y que el contrato como tal goza de la protección de la ley, por lo que el legislador debe abandonar las transacciones humanas al libre juego de las voluntades autónomas.

⁵⁷ Pablo Rodríguez Grez. Op. Cit. 125.

El fundamento de dicho pensamiento es la presunción de que el acuerdo de celebrar el contrato y su contenido (libertad contractual y libertad de contratación) es realizado entre partes iguales lo que resulta justo y existe una equivalencia entre las prestaciones comprometidas, atendiendo la obligatoriedad del contrato al cumplimiento moral de la palabra dada, (La intención de los contratantes pesa más que lo expresado literalmente en las palabras, Art., 1431 C.C.), la cual debe carecer de vicios respecto de error, fuerza o dolo, según lo regulan los Arts. 1316 ord. 2º, 1322 al 1330 C.C.

Se puede decir que aquellos contratos en los que las partes sujetan sus acuerdos y estipulaciones a las leyes, que no son comprometidos o perturban el conjunto de normas que atañen al orden público ni a las buenas costumbres, a éstos contratos el derecho civil les concede la fuerza de ley para las personas que lo han celebrado, no pudiendo ser invalidados, ni tampoco ninguno puede por su sola voluntad eximirse de la ejecución de lo que ha convenido; sino por el consentimiento mutuo de los contratantes o por causas legales, tal como lo regula el Art., 1416 C.C.

El alcance de la fuerza obligatoria de los contratos consiste también en que el contrato debe ejecutarse de buena fe tal como lo han establecido o expresado las partes, respetando el modelo de conducta que socialmente es considerado honesto y adecuado, pero que obliga a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación comprometida, y a los que pertenecen a ella según la ley o la costumbre, tal como lo regula el Art. 1417 C.C.⁵⁸

1.3.3 La interpretación del contrato

La disyuntiva entre lo que debe primar, en caso de duda en el contrato, si la voluntad íntima o la exteriorizada, no puede ser omitido en el presente estudio, pues cabe mencionar que en la doctrina de derecho germánico de la declaración, lo sensible, lo exterior, debe primar sobre lo interno, es decir, sobre la intención cuando esta no resulta de la letra del contrato, sirviendo como garantía para los terceros, donde la letra es más importante que la intención, por lo que la apariencia sobre la que han convenido, es la última palabra en el contrato y basado en ella debe hacerse la interpretación del mismo; detrás del texto no hay sorpresas.⁵⁹

En nuestro ordenamiento jurídico la voluntad íntima es la que prima al tratarse de la interpretación de los contratos, tal como lo dice el Art. 1431 C.C. “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. Este tema se desarrollará con amplitud en el Capítulo 2 del presente trabajo.

⁵⁸ El concepto de Buena fe adoptado por la Sala de lo Civil es el que proporciona el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia E-J, Joaquín Escriche: “La Buena Fe, no es más, que el modo sincero y justo con que uno procede en sus contratos, sin tratar de engañar a la persona con quien los celebra...” Sala de lo Civil, *Sentencia de Casación, Referencia 178-CAC-2001* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012).

⁵⁹ José Arias. Op. Cit. 67.

1.4 Límites a la autonomía de la voluntad

La libertad contractual no puede ser infinita, pese a ser considerada uno de los principios más importantes en el Derecho Civil, la autonomía de la voluntad no es absoluta, pues tiene restricciones previstas por la ley que restringen su alcance, manifestadas en forma de límites porque se le impone un techo a las partes que no pueden traspasar, ya que si el legislador hubiera proclamado en forma absoluta la autonomía de la voluntad, se habría establecido de tal forma desde ese tiempo el caos, la injusticia y la intranquilidad social. El legislador reconoció la debilidad del hombre y trató de evitar esas consecuencias.⁶⁰

Desde que se plasmó la Autonomía de la Voluntad en el Código Civil francés de 1804 estuvo limitada por el orden público y la moral a la que se le denomina actualmente buenas costumbres, no obstante la exaltación de la libertad individual y la igualdad jurídica de las personas proclamadas con el liberalismo de su época, se puede decir irónicamente como lo señala Mazeaud, citado por SOTO COAGUILA, los fanáticos de la escuela liberal sostienen que la libertad de contratar no debe tener barreras, pero “ningún sistema jurídico ha consagrado jamás esa posición utópica”.⁶¹

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia al hablar de los límites de la autonomía de la voluntad expresa: ...no hay duda de que la autonomía de las partes posee límites. Y es que, resulta ser una voluntad jurídica, es decir, aquella que el legislador reconoce como apta para producir consecuencias tendentes a la realización de los valores sociales, y esta voluntad jurídica es la facultad de intención que no excede el ámbito de coordinación de intereses que instrumentan el tráfico comercial.⁶²

Desde el punto de vista liberal, la autonomía de los particulares solo admite mínimas restricciones y da lugar a que el derecho opere únicamente de forma supletoria para aquellos casos en que las partes no lo han previsto; sin embargo no es conveniente dejar libre el juego de las fuerzas económicas, por ser perjudicial al equilibrio y armonía contractual, siendo amenazado por cualquier interferencia de abuso de poder de individuos o de grupos económicos.⁶³

Por su parte el intervencionismo como sistema de control de la autonomía de la voluntad establece una serie de mecanismos cuyo fin es regular el contrato a través de obligaciones representativas de valoraciones colectivas que se imponen a los contratantes, operando el derecho como correctivo de los intereses individuales, ésta posibilidad que tienen los particulares de dar reglas a sus propios intereses es limitada, y resulta necesaria una orientación que establece la

⁶⁰ Artemio Llanos Medina. Op. Cit.: 92.

⁶¹ Carlos Alberto Soto Coaguila. Op. Cit. 528.

⁶² Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 121-2007*. Op. Cit.

⁶³ Melvin Mauricio Peñate Sánchez, “Los límites a la autonomía de la voluntad en la contratación salvadoreña” (tesis de maestría, Universidad de El Salvador, 2013), 12. En su tesis expone otros 4 enfoques que analizan la autonomía de la voluntad y de acuerdo a los mismos se adaptan los límites que ésta tiene, entre ellos prevé al liberalismo, el intervencionismo, el normativista y un enfoque de recepción: “...normativista, que sostiene que la autonomía de la voluntad es fuente de creación de normas jurídicas; y finalmente un último enfoque que analiza la autonomía como fenómeno de recepción, en el sentido de entender que con la autonomía contractual no se crea un orden nuevo, sino que es un acto de recepción de reglas preexistentes, que el contratante particular reordena en función de un determinado propósito.”

sociedad de sus prácticas y por el ordenamiento, teniendo advertencias de la imposibilidad de contravenir los niveles mínimos trazados para la defensa de los asociados.⁶⁴

Es el caso que en nuestro país se reconoce que la autonomía de la voluntad no es absoluta, por lo tanto, la presencia razonable del Estado es necesaria, debido a que son varias las áreas donde existen situaciones de disparidad y asimetría entre las partes contratantes. La intervención del Estado en los contratos ha sido por medio de colocar determinados marcos a la autonomía de la voluntad y fuera de éstos no la reconoce. Los límites que le son impuestos tienen relevancia ya que se encuentran referidos más al contenido de las obligaciones contractuales que a la tipología o forma del contrato que les da nacimiento.⁶⁵

Hay una distinción entre los límites y las limitaciones, en este apartado se estudiarán los límites de la autonomía de la voluntad, los cuales son considerados como intrínsecos al negocio, de manera general han sido sistematizados por la doctrina con las categorías generales de la ley, el orden público y las buenas costumbres, los cuales han sido catalogados como límites de carácter negativo, topes o barreras infranqueables por los acuerdos de las partes y que están dirigidos a lograr que los contratos se realicen con respeto a los valores protegidos por el ordenamiento jurídico.

Las limitaciones a la autonomía de la voluntad subordinan la libertad de contratar de cada persona, en cuanto esta libertad jurídica, puede existir y operar con sujeción a una serie de limitaciones constitucionales y legales, encaminadas a asegurar su ejercicio armónico, a la vez congruente con la libertad otorgada a los demás y con el interés y bienestar de la comunidad, ya que otorgar carácter absoluto a la autonomía de la voluntad genera un imperio al arbitrio personal que provoca la anarquía.⁶⁶

Dentro de este marco, es válido tomar en cuenta lo expuesto por la Sala de lo Constitucional en la Sentencia Referencia 26-2008, en donde se sienta como base que el sujeto de la autonomía de la voluntad es la persona y no la voluntad misma, lo que hace robustecer la idea que la libertad contractual no es un derecho absoluto, siendo relativo en cuanto a los actos de libertad o determinación de la propia conducta del sujeto, los cuales deben estar ordenados al bien común, la justicia, libertad e igualdad.⁶⁷

Es así como la capacidad de autorregulación siempre se ha visto limitada por la actuación de la fuerza exterior a su voluntad, la cual se realiza por las acciones que el Estado lleva a cabo

⁶⁴ Fernando Hinestrosa. Op. Cit. 175. Criterio compartido por la Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Sentencia de Apelación, Ref. 99-4CM-15-A*, Op. Cit. Al decir que la autonomía de la voluntad como centro del contrato no es absoluta, ya que la presencia razonable del Estado es necesaria, porque son múltiples las áreas donde actualmente ocurren situaciones de asimetría entre las partes contratantes, por lo que la intervención del Estado en los contratos coloca determinados límites a la autonomía de la voluntad y no la reconoce más que sujeta a ellos.

⁶⁵ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 26-2008*. Op. Cit., retomado por la Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 38-2009*. Op. Cit.

⁶⁶ Juan Carlos Guarín Ferrer. Op. Cit. 7, citando a Altamira Gineña, el alcance de la autonomía de la voluntad es un problema de límites, pues no hay derechos absolutos. Como expresa Ramón Meza Barros. Op. Cit., 26, Esta serie de limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad corresponde a una tendencia creciente de la legislación de limitar ese poder, lo cual opera desde que se reconoce que el contrato no es fruto de un acuerdo de voluntades en las que los intervinientes actúen en igualdad, lo que ha provocado que el principio haya sido desacreditado.

⁶⁷ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 26-2008*. Op. Cit.

por medio de la legislación y el Órgano jurisdiccional, a las que los autores les llaman límites extrínsecos, y que la doctrina ha identificado entre éstos a la Ley, las buenas costumbres y el orden público.

1.4.1 La Ley

La autonomía de la voluntad como centro del contrato no debe sacralizarse, y es que la forma en que el ordenamiento jurídico interviene en los negocios jurídicos es haciendo más estrechas las manifestaciones de la voluntad humana por medio de precisiones o regulaciones normativas, las cuales son el desarrollo práctico y con función social de la ideología que ilumina el derecho contractual: proteger al contratante contra la lesión y contra los vicios de su propia voluntad.⁶⁸

Al decir que la Ley es un límite de la autonomía de la voluntad, se refiere a las leyes que han sido impuestas por el Estado y que contienen normas de carácter imperativo, es así como vemos que el Art., 23 Constitución de la República de El Salvador, limita la libertad de contratación al establecer que está garantizada la libertad contractual “conforme a las leyes”, y el Art., 22 Cn referente a la libertad que se le garantiza a las personas respecto de disponer de sus bienes, la pueden ejercer “conforme a la ley”⁶⁹, reconociéndose que el principal límite de actuación a dicha autonomía, descansa siempre en la ley.

El Art. 1 C.C., expresa que: “*La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite*”, en ese sentido los actos o contratos cuya inobservancia a la ley, tienen como consecuencia la sanción de nulidad, carecerán de efectos jurídicos, tal como lo regula el Art., 1551 C.C., que dice: “*Es nulo todo acto o contrato a que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y calidad o estado de las partes...*”; y el art. 10 C.C., establece: “*Los actos que prohíba la ley, son nulos y de ningún valor, salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención*”.

La voluntad, es un poder del cual los sujetos de derechos pueden hacer uso libremente, siendo la libertad contractual una regla establecida en el Derecho Civil y consagrada en la Constitución de la República, pudiendo modificar aún las disposiciones legales para los efectos del contrato, cuando éstas son de carácter supletorio, teniendo como límites a esa libertad el hecho que no pueden burlar una ley prohibitiva, ni dejar de cumplir los requisitos esenciales de los contratos y mucho menos violar las leyes imperativas que garantizan la estabilidad del orden público.⁷⁰

Por su parte SOTO COAGUILA divide en dos las normas legales que limitan la autonomía de la voluntad: imperativas y dispositivas. Las normas legales de carácter imperativo son aquellas que se imponen a la voluntad de los particulares, de manera que deben ser acatadas necesariamente por ellos, no pudiendo sustituirlas ni alterarlas, pues no se admite pacto en contrario. A su vez, las normas legales imperativas pueden ser: preceptivas, cuando ordenan o imponen el cumplimiento de determinadas conductas

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

⁷⁰ Alfredo Barros Errázuriz. Op.Cit. 64.

y prohibitivas cuando excluyen las posibilidades de realizar determinadas conductas... Las normas dispositivas son las que cumplen un carácter supletorio de la voluntad de las partes contratantes y son aplicables en ausencia de pacto o para integrar las lagunas de la manifestación de la voluntad.⁷¹

La voluntad ha dejado de ser soberana, su validez hoy en día ya no descansa en que las personas exteriorizaran su consentimiento para tener valor ético que se anteponía a todo derecho, más bien su valor es determinado por el ordenamiento jurídico, el cual es necesario que la reconozca para así proteger el fin querido por la voluntad. La Ley reviste un carácter fundamental, pues existen en materia contractual preceptos imperativos a los cuales la voluntad privada tiene que subordinarse, ya que por su naturaleza no pueden ser sustituidos por el beneplácito de las partes, siendo la norma imperativa aquella que restringe la libertad de contratar, fija los límites de la autonomía de los particulares y eventualmente la corrige o la modifica.⁷²

Es así como la regla a sentarse es que la voluntad solo tiene valor en cuanto a que el negocio jurídico reúna los requisitos prescritos por la ley, sean estos de capacidad de los sujetos, forma de declaración, objeto lícito, etc.; por lo que a los sujetos para regular sus relaciones jurídicas, con sustento a su voluntad, la ley le facilita un instrumento –el negocio jurídico- que aquellos han de utilizar tal como se les da configurado, sin que éste pueda, según esa voluntad, cambiar la estructura, requisitos o el modo de ser del negocio que utiliza.⁷³ Por ejemplo, los contratos que deben celebrarse en Escritura Pública, no puede por arbitrio de las partes celebrarse en Escritura Privada u otra clase de instrumento que pueda parecerse.

Al decir que la contratación es libre respetando los límites que marca la ley, es porque ésta última debe salvaguardar, tanto el interés de la sociedad, como de los terceros, e incluso de los propios sujetos del negocio jurídico (protegiéndolos contra sí mismos), es así como la propia ley reduce a la autonomía de la voluntad al establecer requisitos inalterables del negocio, o al preceptuar directamente unos límites a ella.⁷⁴

1.4.2 El Orden Público

La noción de orden público desde un punto de vista del derecho privado, se remonta al período clásico del derecho romano, en el que se alude al *ius publicum*, que no solo significa el derecho público sino que utiliza el más amplio sentido de orden público, en el que se afirma que

⁷¹ Carlos Alberto Soto Coaguila, Op. Cit. 532 y 533. Una de las formas para poder determinar cuándo una norma tiene carácter imperativo, es cuando ésta va acompañada de la frase “bajo pena de nulidad” u otras equivalentes, o la proposición esté redactada en fórmula prohibitiva como por ejemplo “de lo contrario” “no podrán”, o cuando la disposición legal contenga las expresiones “debe”, “deben”, “deberán” u otra similar. En opinión de Felipe Hinestrosa. Op. Cit. 176, el derecho imperativo variará según las concepciones sociales, políticas, jurídicas y morales de la agrupación humana, a medida que la idea de justicia se agiliza, los límites de la autonomía de la voluntad irán incrementando.

⁷² Katuska Hernández Fraga. Op. Cit. 34, 35 y 38. La ley limita la función regularizadora del negocio jurídico, no solo a si se puede o no celebrar determinado negocio jurídico, también establece su contenido por establecer las cláusulas que no deben estar incorporadas en él. Op. Cit. 29 y 39.

⁷³ Manuel Albaladejo, Op. Cit., 566.

⁷⁴ Ibid. 565 y 566.

la convención de los particulares no deroga el derecho público (*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*).⁷⁵

Orden Público surge como supuesto del abandono de la concepción del estricto legalismo y es considerado una invención por los legisladores franceses, regulado por primera vez en el artículo 6 del Código Civil de Napoleón de 1804, con el objeto de limitar el principio de la autonomía de la voluntad, y que al ser acogido por Códigos civiles europeos y americanos se reproduce la limitante del orden público,⁷⁶ quiere decir que se restringe la libertad individual o facultades de los individuos (tan proclamada por la Revolución Francesa) sobre la realización de ciertos actos, para que éstos no tengan efectos en un orden jurídico específico.

El concepto de orden público es algo que depende directamente de las ideas que imperan en la sociedad, si éstas últimas cambian, también cambiará el orden público. Las consideraciones tomadas en cuenta para definir el orden público atienden a tres perspectivas: a) identificándolo con las normas de carácter imperativo; b) a matizaciones relativas a la organización del Estado, a las reglas esenciales o indispensables para el funcionamiento del Estado; y c) al conjunto de ideas sociales, políticas morales, económicas, religiosas cuya consideración está ligada a la existencia de la sociedad.⁷⁷

En la doctrina francesa, el orden público es una reacción de defensa que busca proteger el orden jurídico del país y sus intereses vitales, a efecto de evitar cualquier elemento perturbador extraño e impedir un debilitamiento profundo del orden establecido,⁷⁸ su objetivo era poner un límite a la autonomía de la voluntad, pero no es un enfrentamiento entre la voluntad de los particulares y la voluntad del Estado, sino más bien con las normas del mismo Código, pues es éste el que ordena que los contratos tengan fuerza de ley entre los contratantes.

Se sugiere que desde la aparición de la figura orden público en el Código Civil francés, los juristas franceses y de los países donde se sigue dicha tradición se han visto en la difícil tarea de definir y explicar dicho concepto, considerando que tiene un carácter enigmático y desconcertante, el tratar de dar un concepto de orden público es aventurarse en arenas movedizas, es un suplicio a la inteligencia. De este concepto, el reto para el juzgador como intérprete o portavoz de las corrientes sociales, políticas y/o económicas de la época en que se celebran dichos contratos.⁷⁹

Deberá entenderse por orden público como el orden intelectual, moral que, tanto en Roma como en la actualidad, expresan los caracteres específicos de la noción del Derecho, tal y como se comprende en un grupo social determinado, la autonomía de la voluntad, la cual estará limitada por el orden público, respecto a lo que pueda afectar a los intereses generales del Estado y a las

⁷⁵ Ángel Acedo Penco, "El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia", *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n. 14-15 (1996-1997): 329, 336.

⁷⁶ Ángel Acedo Penco, *Op. Cit.*: 330, 332. Este autor cita el texto del Art. 6 del Code que literalmente dice: "No se pueden derogar por convenios particulares las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres". Limitar la autonomía de la voluntad, tiene por objeto establecer al orden público como límite es proteger el interés público y el de los particulares.

⁷⁷ Artemio Llanos Medina. *Op. Cit.*: 90.

⁷⁸ Cristian Eduardo Mateluna Silva, "De la autonomía de la voluntad como fuente del derecho aplicable a los contratos internacionales. ¿Mito o realidad?" (tesis de licenciatura, Universidad de Chile, 2016), 22.

⁷⁹ Federico De Castro y Bravo, "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad" *Op. Cit.*: 1021.

bases morales sobre las que descansa la sociedad. Se considera al orden público como el género y a las buenas costumbres como la especie.⁸⁰

Para Katuska Hernández Fraga, el orden público no debe entenderse como ley imperativa, sino que se debe considerar al conjunto de principios que constituyen el núcleo fundamental de criterios informadores del ordenamiento jurídico, se identifica también con la organización general de la comunidad y sus principios fundamentales y rectores.⁸¹ En nuestros días no tendría operatividad diluir en una misma idea ley imperativa y orden público, pues quedaría al arbitrio únicamente del legislador, limitar la voluntad de los particulares.

El orden jurídico es considerado un instrumento de la evolución de la autonomía de la voluntad, por haberse entregado a la prudencia de los juristas la delimitación de esta última, pues se han de tener en cuenta los principios que impongan, requieran o convengan a las variables reales de las realidades sociales, económicas y políticas; en relación con la sensibilidad dominante de la sociedad sobre lo que es justo y decente, sin cambiar ni una tilde del texto de las leyes, se producen alternativas profundas sobre el alcance y valor de la autonomía de la voluntad.⁸²

1.4.3 Las Buenas Costumbres

Según HINESTROSA, se ha afirmado universalmente que los límites a la autonomía están formados por nociones de orden público y buenas costumbres, lo cual es cierto, pero tales nociones son el receptáculo de lo que la sociedad piensa y practica en cada período histórico, el derecho se encamina a la realización de la justicia por lo que se ve informado de las concepciones morales medidas por la sociedad, siendo la moral un sentimiento capaz de calificar la conducta humana en justa o injusta.⁸³

Con el objetivo de distinguir entre orden público y buenas costumbres, es importante destacar que para algunos el orden público engloba la noción de buenas costumbres, por comprender las bases generales y morales en las que descansa la estructura de la sociedad; es decir, que incluiría las reglas de la moral social consideradas para el orden mismo de la sociedad. Este punto de vista es refutado por considerarse que se atenta contra el orden público cuando se atenta contra el conjunto de principios que constituye el núcleo de la sociedad; mientras tanto la inmoralidad ocurre cuando atenta contra las buenas costumbres, que van referidas a la vida social.⁸⁴

Por su parte la doctrina alemana define las buenas costumbres como aquellos principios morales que están efectivamente reconocidos predominantemente por el pueblo en la actualidad;

⁸⁰ Diego Espín Canóvas, "Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites a la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa", *Anuario de derecho civil*, (1963) 801 y 803. <file:///C:/Users/HP/Downloads/Dialnet-LasNocionesDeOrdenPublicoYBuenasCostumbresComoLimi-2048752.pdf>

⁸¹ Felipe Arnau Moya, *Lecciones de Derecho Civil I* (Castellón De la Plana: Universidad Jaime I, 2008/2009), 149. Concepto adoptado por Katuska Hernández Fraga. Op. Cit.: 36, para ésta última, el orden público es resultante del respeto, por todos los habitantes, de aquellos principios o normas fundamentales de convivencia, en los que reposa la organización de una colectividad determinada. Op. Cit. 39.

⁸² Federico De Castro y Bravo, "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad" Op.Cit.: 1038.

⁸³ Felipe Hinestroza. Op. Cit., 176-178.

⁸⁴ Ángel Acedo Penco. Op. Cit: 337.

por lo que irá en su contra aquello que choque con el sentido de la decencia de las personas que piensan de manera razonable y justa, y además choque con el sentido de justicia de aquellas personas. En este sentido el Estado debe permanecer indiferente al hacer o no hacer de los contratantes; pero cuando se acude a él, para que imponga a una parte el hacer algo que resulte inmoral o injusto, que repugne a la conciencia de cualquier persona decente y justa, deberá declarar nulo dicho contrato, por ser injusto.⁸⁵

Por buenas costumbres se entendería el conjunto de convicciones de orden ético y de valor del mismo tipo, es decir, a la moral como límite de la autonomía de la voluntad contractual, la inmoralidad del objeto del contrato afecta a la causa del mismo y lo hace nulo, por lo que incluye al conjunto de normas morales que en una determinada época y lugar impera; con esta limitante lo que se busca es justificar la reprobación de determinados actos o contratos, que siendo reprochables no están sancionados por ninguna ley imperativa ni las que interesan al orden público.⁸⁶

Lo anterior justifica la incorporación de las categorías orden público y buenas costumbres como limitantes a la autonomía de la voluntad dadas por el Código Civil francés, por lo que no tienen protección jurídica, ni se les puede elevar a ley entre las partes a aquellos contratos que son contrarios a las buenas costumbres o que contengan una causa ilícita,⁸⁷ nuestro ordenamiento jurídico reprocha los hechos inmorales que va contra las buenas costumbres.

En este caso es necesario ver lo que el Art., 1338 Inc. 2° y 3° C.C., dice: ...Se entiende por causa el motivo inmediato que induce a contraer la obligación, y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa, y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tienen una causa ilícita.

Para HERNÁNDEZ FRAGA, las buenas costumbres suponen una serie de prácticas o de actos en los que las convicciones de ética social imperantes en un determinado momento histórico, con carácter general en la comunidad jurídica se positivizan al mencionarse en la Ley, es por ello que el Juez en su valoración de intérprete del contrato tiene autorización para desatenderse de la letra de la ley de las partes, y considerar el todo del ordenamiento jurídico, sean estas leyes, principios generales del derecho, negar el cumplimiento del contrato que contenga situaciones contrarias a los criterios propios de la moral o de la justicia.⁸⁸

⁸⁵ Federico De Castro y Bravo, "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad". Op. Cit.: 1036, de este aporte pueden verse los puntos de coincidencia y de diferencia entre orden público y buenas costumbres, ya que chocan el sentido ético de colaborar con lo injusto y colaborar con lo inmoral hiere el sentimiento de justicia.

⁸⁶ Artemio Llanos Medina. Op. Cit.: 93. Se proporciona una herramienta para los juzgadores a fin de que declaren nulos los actos que son repugnables a los estándares éticos de una sociedad por vulnerar principios ideales vinculados a la conciencia moral.

⁸⁷ Federico De Castro y Bravo, "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad". Op. Cit.: 1036.

⁸⁸ Katuska Hernández Fraga. Op. Cit.: 36, idea que es complementada por Federico De Castro y Bravo, "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad" Op. Cit.: 1037.

1.5 La crisis de la autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad siempre ha sido considerada como un principio básico del derecho contractual, pero en la actualidad se encuentra en decadencia como lo afirman varios autores y como lo desarrollaremos en este apartado; siendo unas de sus muchas causas el hecho de las restricciones que le son impuestas a dicha autonomía volitiva, su decadencia en la actualidad afecta la formación y los efectos del contrato, repercutiendo en la seguridad jurídica que otorga el contrato a las partes.⁸⁹

El contrato como cualquier acto jurídico surge dentro de un contexto legal preexistente, pues todo ejercicio de la voluntad es inútil sino existe un contexto legal que anteceda al contrato, por lo que el límite de la autonomía de la voluntad otorgado a la Ley, desde una perspectiva de las leyes prohibitivas e imperativas, restringen la libertad contractual proscribiendo un determinado tipo contractual, prohíbe una zona de contenido, es decir determinadas cláusulas, pactos o condiciones; así mismo la ley impone formalidades al negocio, invalidándolo si es considerado como requisito esencial para su constitución.⁹⁰

Desde que se consagró la equidad contractual trajo como consecuencia que aun cuando existiera una asimetría prestacional, el contenido del contrato no pudiera revisarse o adaptarse a las nuevas circunstancias, pues atentaba contra su inmutabilidad, y así se perfiló la idea de equilibrio como peligrosa para el individualismo y el liberalismo que eran la base del dogma de la autonomía de la voluntad, así como para la libertad contractual y la fuerza obligatoria, en cuanto efectos derivados de este; propiciando la explotación del débil por el fuerte al asumirse una igualdad perfecta entre los contratantes, lo que hace necesario relativizar la autonomía de la voluntad con la justicia y la utilidad.⁹¹

Como se estableció anteriormente que en el período del siglo XIX y hasta el siglo XX, la tendencia dominante del liberalismo, excluía cualquier limitación a la autonomía de la voluntad, fuera de las expresadas por la ley, pero este criterio ha venido a ponerse en duda por el intervencionismo del Estado que para proteger a ciertas clases sociales, como lo es en la contratación laboral, y otros similares, ha dictado leyes con carácter imperativo dejando de lado el principio de libertad contractual.⁹²

La noción del equilibrio contractual, permite constatar que la libertad contractual, debe facultar a las partes de un contrato para discutir su contenido y alcanzar una asimetría prestacional, así también esta idea provoca que la rigidez de la concepción clásica de la fuerza obligatoria del contrato sea moderada, las partes están obligadas a respetar la palabra dada, pero deben ejecutar sus compromisos ajustándose a la utilidad y a la justicia contractual.⁹³

⁸⁹ Para Katuska Hernández Fraga, Op. Cit. 27, 32, los factores determinantes de la decadencia de la autonomía de la voluntad lo constituyen los límites y limitaciones que le son impuestos, caracterizados por su naturaleza cambiante y variada debido al desarrollo socioeconómico, así como en las relaciones jurídicas de connotación económica.

⁹⁰ *ibid.* 32.

⁹¹ Patricia Verónica López Díaz. Op. Cit. 124.

⁹² Federico De Castro y Bravo, "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad". Op. Cit. 1052

⁹³ Patricia Verónica López Díaz. Op. Cit. 125. La primera aproximación de la expresión equilibrio contractual, le fue atribuida a François Geny, quien aludió al principio de equilibrio de los intereses privados en balance, el cual lo presentó como un principio general de solución de conflictos manifestado como un límite a la autonomía de la voluntad, debiendo pesar los intereses de las

Debido a la competencia en el mercado, una de las exigencias del capitalismo de nuestro tiempo es la reducción de sus costos, el influjo del movimiento de defensa del consumidor y la producción en masa que se viene desarrollando desde los años cincuenta, ha provocado una anonimización y despersonalización del vendedor, habiéndose masificado el área de los consumidores que tienen como única opción aceptar la mercadería ofrecida por el marketing y la publicidad de los proveedores de productos, y así suscribir contratos de adhesión con cláusulas predispuestas.⁹⁴

La contratación negociada ha venido a ser sustituida en gran manera por la de adhesión, que atiende a las exigencias de esta sociedad moderna, esto como lo expresa DURAND CARRIÓN, implica que sistemas jurídicos que son inspirados en el Código de Napoleón, sean considerados en crisis, debido a que el contrato que en ellos era el símbolo y expresión de la autonomía de la voluntad, han perdido su vigencia, pues hoy por hoy atienden a estos intereses de reducción de costos y de producción en masa, por lo que únicamente se da un acto de sometimiento a una disciplina predispuesta fuera de la voluntad de las partes.⁹⁵

Se han generado cambios en la contratación y es imposible prever todas las formas de las mismas, debido al progreso de la sociedad, los avances de la ciencia y la tecnología, entre otros que provocan que la contratación privada no sea uniforme, en donde la contratación tradicional es la forma excepcional, y la que se realiza de forma masificada es la regla, y con el auge del comercio electrónico, se estará en presencia de la base para el intercambio de bienes y servicios⁹⁶, todo lo cual deja entre dicho la vigencia de los principios generales de la teoría tradicional de los contratos: el *Pacta Sunt Servanda*, la autonomía de la voluntad y la justicia contractual, generando una nueva problemática de la creación de nuevos principios contractuales y nuevas figuras normativas.

La teoría tradicional de los contratos que se caracteriza por ser paritaria, en el que las partes son libres e iguales, difiere con la problemática que nos plantea la contratación de consumo, que es asimétrica y con ausencia de libertad en el contenido del contrato, son transacciones que se realizan en el mercado, que por sus características no pueden dejarse bajo la esfera de las normas contractuales comunes, ya que éstas últimas son inmutables a los fenómenos y la dinámica del mercado.⁹⁷

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, hace referencia a que la autonomía de la voluntad como centro del contrato no debe en ningún modo absolutizarse, pues es necesaria la presencia razonable del Estado, por abundar en distintas áreas las situaciones de disparidad y asimetría entre las partes contratantes, la intervención del Estado en los contratos se

partes en la balanza de la justicia con el fin de asegurar la preponderancia de los valores más importantes según un criterio económico y social para así establecer entre ellos el equilibrio deseado.

⁹⁴ Julio Baltazar Durand Carrión, "El Derecho del consumidor y sus efectos en el derecho civil, frente a la contratación de consumo en el mercado", *VOX JURIS*, n° 2, Volumen 24 (2012): 103-104.

⁹⁵ Julio Baltazar Durand Carrión, Op. Cit.: 102, 104. Los fenómenos que giran alrededor de las actuales formas de contratación y el crecer del comercio, hacen evidente que las normas clásicas del Derecho Privado incorporadas en los códigos civiles de influencia napoleónica, resulten ya insuficientes para regular los efectos jurídicos derivados de la adhesión.

⁹⁶ Carlos Alberto Soto Coaguila. Op. Cit. 528-529; citando a Alvin Toffler, el contrato por negociación ha cedido ante la contratación predispuesta o estandarizada.

⁹⁷ Julio Baltazar Durand Carrión. Op. Cit.: 102-103.

moviliza de manera permanente y anticipada poniendo determinados marcos a la autonomía de la voluntad y desconoce los excesos de la misma.⁹⁸

La decadencia de la autonomía de la voluntad es producto de la evolución contemporánea del contrato y en específico la crisis de la contratación tradicional viene dada de manera principal por el contrato de adhesión, en el que la voluntad de por lo menos en uno de los sujetos no es plena, no hay paridad de fuerzas, en estos contratos no hay igualdad, al haberse predispuesto el clausurado no se puede averiguar una voluntad común, debiéndose hacer una relectura de la Autonomía de la Voluntad.⁹⁹

Por eso la afirmación que a los contratos masificados se les aplicará disposiciones pro consumidor, mientras a los contratos celebrados individualmente, mantienen vigentes los principios contractuales clásicos del Código Civil. La creciente problemática del consumidor presiona las normas clásicas del Derecho Civil en búsqueda de nuevas construcciones jurídicas que respondan a sus necesidades. Las necesidades del tráfico económico y el consumismo moderno también han afectado a la autonomía de la voluntad, como dice Karpiuk, citado por GUARIN FERRER, “La autonomía de la voluntad –pilar básico de la teoría contractual- cede en casos en que el legislador no puede ser ajeno a la realidad de que existen débiles jurídicos que merecen protección”.¹⁰⁰

El control que se haga de las cláusulas abusivas, constituirá una forma de limitación a la autonomía de la voluntad privada, su fundamento no solo sería el de la protección a la parte débil de la contratación, sino también a la excesiva desproporción entre las contraprestaciones favorables para el proponente, dando paso a una renovada visión judicial que no solo controla la justicia formal del acuerdo, sino también la justicia material o sustantiva¹⁰¹; porque aunque dichas cláusulas formen parte integral de un contrato, éstas pueden ser descartadas por medio de distintas sanciones¹⁰² tales como la nulidad, ineficacia o tenerlas por no escritas.

Otro aspecto a considerar y que ha provocado la crisis de la autonomía de la voluntad es el intervencionismo de la Administración, debido a la injerencia del Estado y de su burocracia en todos los aspectos de las relaciones privadas y la que el mundo moderno se ha caracterizado por su dependencia hacia los servicios públicos o semipúblicos, confiando en la Administración para que proporcione a las masas una regulación planificadora y reglamentación de la economía, unido

⁹⁸ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 121-2007*. Op. Cit.

⁹⁹ Esta perspectiva es compartida por Luis Diez Picazo, *Derecho y masificación social, tecnológica y derecho privado* (Madrid: Civitas, 1987), 43; María Laura Estigarribia Bieber, “Las Cláusulas Abusivas en la Contratación con Consumidores en la Legislación Argentina” (Tesis de Doctorado, Universidad Nacional del Nordeste, 2006), 131; y Carlos Pizarro Wilson, “La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno”. Op. Cit.: 119 Y 120, no solo por lo vulnerable que se encuentra la parte débil de la contratación, sino porque el principio de la autonomía de la voluntad debe reformularse ante las condiciones de contratación moderna.

¹⁰⁰ Juan Carlos Guarín Ferrer. Op. Cit.10.

¹⁰¹ Rodrigo Momberg Uribe, “El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato”, Op. Cit. 13. La mayoría de legislaciones incorporan mecanismos de control de cláusulas abusivas por parte de un tercero, que por lo general es el juez. En Chile se ha justificado esta intervención respecto de las cláusulas abusivas tendientes a la desproporción de las contraprestaciones.

¹⁰² Verónica María Echeverri Salazar, “El control de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores”, *Opinión Jurídica*, n° 20, Volumen 10 (julio-diciembre, 2011): 128.

a ello las mismas grandes empresas solicitan la intervención del Estado para favorecer su desarrollo.¹⁰³

El derecho civil y mercantil ante estos cambios en las contrataciones, no puede estar indiferente a la protección del consumidor que presenta modernas facetas de la vida, porque para ello son insuficientes y vetustas las disposiciones del Código Civil y Código de Comercio, en razón de ello el dirigismo contractual en el derecho civil es un atentado a que el contrato es el resultado de la libre voluntad de las partes.¹⁰⁴

Es el caso que ante la perspectiva económica liberal que ha retomado Chile y que mantiene muchas limitaciones a la libertad contractual, basadas en el desequilibrio por la desinformación de las materias a contratar, SILVA BARROILHET, citando a ATIYAH, quien afirma que los problemas que presenta la doctrina contractual voluntarista tradicional ante el problema de los monopolios, los casos en que el mercado falla como mecanismo de asignación de recursos (externalidades), los casos donde existe ignorancia en las partes contratantes y la dificultad de educar para contratar adecuadamente hacen insostenibles los principios de la doctrina contractual tradicional.¹⁰⁵

No obstante todo lo anterior, se le atribuye a la autonomía de la voluntad el ser uno de los fundamentos del orden civil, manteniendo el valor de principio, por lo que el consentimiento seguirá siendo el elemento primordial creador de las obligaciones, aun admitiendo que no es absoluta, seguirá siendo la regla, por lo que la crisis que le afecta, no provocará la desaparición definitiva de este principio, ya no con los moldes del derecho clásico, sino con las modalidades apropiadas a la realidad negocial.¹⁰⁶

Pero la autonomía de la voluntad desde una visión pragmática, solo será entendida como fundamento de la obligatoriedad de lo pactado mientras el albedrío conserve su vigencia operativa, para tal efecto se deberá considerar que lo convenido sigue teniendo plena eficacia respecto a los contratos discrecionales o paritarios, en el que las partes ostenten igualdad jurídica, en este caso regirá la plena autonomía de la voluntad con las limitaciones establecidas por el sistema clásico.¹⁰⁷

¹⁰³ Federico De Castro y Bravo, "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad" Op. Cit.: 1038.

¹⁰⁴ Juan M. Farina, *Contratos Comerciales Modernos. Modalidades de contratación empresarial* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999), 266. Hoy en día Argentina tiene un Código Civil, Mercantil y de Consumo, se deberá revisar si la unificación de las normas de derecho sustantivo, están dirigidas a que el control que realicen los jueces con esa competencia controlen ese tráfico en masa que perjudica a los consumidores.

¹⁰⁵ Paula Silva Barroilhet, "Autonomía de la Voluntad, contratación electrónica y protección del Consumidor", *Revista Chilena de Derecho Informático*, n. 3 (2003): 116, se señala que los monopolios del Siglo XX son más agresivos que los del siglo anterior, su tamaño y fuerza elimina a la competencia y distorsiona el mercado que es la base de la libertad de contratación; no se pueda dar la libre contratación donde existen externalidades, los costos asociados a éstas no pueden ser objeto de contratación, por no pagarse o por no ser recompensados sus beneficios.

¹⁰⁶ Atilio Anibal Alterini, *Contratos Civiles- Comerciales de Consumo, Teoría General* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999), 74 y 76.

¹⁰⁷ *Ibid.* 76.

CAPÍTULO 2

REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO

2.1 Definición, elementos y clasificación de los contratos

2.1.1 Definición

El Derecho Romano Clásico que se desarrolló desde la fundación de Roma hasta la compilación de Justiniano, tenía como una de las ideas centrales en materia contractual que el pacto desnudo o sin formas no genera obligaciones, por lo que los contratos en esa época eran rigurosamente formales. Etimológicamente *Contractus*, significa una relación jurídica bilateral ya formada, con independencia del acto de formación o de nacimiento de la misma; para los romanos los contratos son las relaciones jurídicas bilaterales a que dan lugar la tutela, la gestión de negocios ajenos y la comunidad.¹⁰⁸

La definición de contrato proporcionada en el art., 1309 C.C., que a su letra dice: “Contrato es una convención en virtud de la cual una o más personas se obligan para otra u otras, o recíprocamente a dar, hacer o no hacer”, ha sido retomada del Código Civil Chileno, que a su vez tiene como base al Código Civil francés de 1804, el cual dio origen a la definición normativa de contrato, la cual está contemplada en su art., 1101 de dicho cuerpo normativo.

Las legislaciones cuyo origen fue el Código Civil Chileno –entre las cuales se encuentra la nuestra, en el referido art. 1309 C.C.–, no hacen distinción entre convención y contrato, asimilando al contrato (que es la causa) con la obligación (que es el efecto), ya que del contrato nace la obligación que es el vínculo jurídico que coloca a una persona determinada en la necesidad de dar, hacer o no hacer una cosa con respecto de otra persona también determinada.¹⁰⁹ En ese sentido la opinión de Colin-Capitant, citado por ALTERINI, expresa que en la actualidad, ha perdido interés el distingo entre convención y contrato en los términos en que fue planteado desde el Derecho Romano.¹¹⁰

ALTERINI considera a esta definición como restrictiva, por limitar la esfera jurídica y alcances del contrato únicamente al de crear obligaciones; siendo una realidad de que contrato es una convención jurídica, que regla derechos de carácter patrimonial.¹¹¹ Para Pothier, quien es citado por LOPEZ SANTA MARÍA, declara que el contrato es una especie de convención, y la convención o pacto es “el consentimiento de dos o de varias personas para formar entre ellas alguna obligación, para extinguir una anterior o para modificarla”.¹¹²

¹⁰⁸ Jorge López Santa María. Op. Cit. 17-18.

¹⁰⁹ Arturo Alessandri Rodríguez, *Teoría de las Obligaciones* (Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1988), 14. Y también ver Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U. y Antonio Vodanovic H. *Tratado de las Obligaciones: De las Obligaciones en General y sus diversas clases*. Op. Cit. 46, en el que define al contrato como “la convención destinada específicamente a crear obligaciones. En otras palabras, es el acuerdo de voluntades de dos o más partes con el objeto de crear entre ellas una o más obligaciones”, considerando al contrato como la única fuente de obligaciones derivada de la voluntad de las partes.

¹¹⁰ Atilio Anibal Alterini. Op. Cit. 22.

¹¹¹ Atilio Anibal Alterini. Op. Cit. 10 y 16.

¹¹² Jorge López Santa María. Op. Cit. 50, citando el N° 3 del Tratado de las Obligaciones de Pothier.

Mientras tanto una definición amplia, según ALTERINI, es la que entiende que mediante el contrato es posible crear, modificar, transferir, convertir o aniquilar derechos, por lo que el contrato es el medio regular de constituir o modificar obligaciones por actos entre vivos¹¹³, o como bien dijera Colin y Capitant, citado por BORJA SORIANO, es un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos, en este acto las partes pueden tener por fin, el de crear una relación de derecho, crear o transferir un derecho real o dar nacimiento a obligaciones, ya sea modificar una relación preexistente o extinguirla.¹¹⁴

Para ORDOQUI CASTILLA, el contrato no es una suma de cláusulas, sino un conjunto orgánico y sistemático de cláusulas. Conforme a este concepto, el contrato es un total integral indivisible que cuenta con un único sentido y espíritu, este autor hace la analogía del contrato con un rompecabezas, cada pieza es necesaria para la visión del conjunto.¹¹⁵ Esta definición, ayudará a tener una perspectiva en la interpretación de los contratos, por formar las cláusulas contractuales un todo indivisible.

De las definiciones anteriormente expuestas y en contraste con lo regulado en el art. 1309 C.C., que limita al contrato a obligaciones de dar, hacer o no hacer; mientras tanto la definición que más se ajusta a la actual realidad en la contratación es la que en su sentido amplio entiende al contrato como el medio para crear, modificar, transferir, convertir o aniquilar derechos por medio del contrato, como lo expone ALTERINI.

2.1.2 Elementos

Para poder referirnos a los elementos del contrato, se debe distinguir entre los que constituyen requisitos comunes a todos los contratos, que se refieren a los mismos requisitos de los actos jurídicos, es decir, consentimiento exento de vicios, capacidad, objeto lícito y causa lícita; como requisitos de validez están las solemnidades; por otra parte a los elementos que son requisitos propios de cada contrato específico, clasificados éstos como esenciales, naturales y accidentales.¹¹⁶

El consentimiento, entendido como elemento esencial del contrato, que consiste en el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos,

¹¹³ Atilio Anibal Alterini. Op. Cit. 8-9, esta concepción entiende por contrato al acto jurídico bilateral y patrimonial, para este autor contrato es un acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. Al respecto Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón. Op. Cit. 29, expresa que la doctrina más reciente aplica al contrato respecto de aquellos negocios que inciden en las relaciones jurídicas patrimoniales, entendiendo al contrato como “el negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral cuyo efecto consiste en constituir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.

¹¹⁴ Manuel Borja Soriano, *Teoría General de las Obligaciones*, Tomo Primero (México D.F.: Editorial Porrúa, S.A. 1953), 129.

¹¹⁵ Gustavo Ordoqui Castilla, *Interpretación del contrato en el Régimen Uruguayo, en Instituciones de Derecho Privado*, 2 (Montevideo: Editorial Temis, 2001). 354. Esta definición provee elementos que ayudan a poder interpretar los contratos, con especial énfasis a los contratos de consumo, en su interpretación sistémica.

¹¹⁶ Jorge López Santa María. Op. Cit. 6. Regulado también el en inc. 2 del art., 1314 C.C. Así también dichos elementos están enumerados en el art., 1108 del Código de Napoleón, que dice así: “Cuatro condiciones son esenciales para la validez de un convenio: el consentimiento de la parte que se obliga; su capacidad de contratar; un objeto cierto que forma la materia de la obligación; una causa lícita en la obligación”, se mezcla un elemento de validez, como es la capacidad, con dos elementos esenciales tales como el consentimiento y el objeto, y para algunos la causa es un elemento discutible en el acto jurídico, dichas afirmaciones son hechas por Rafael Rojina Villegas, *Compendio de Derecho Civil III, 21° Edición* (México: Editorial Porrúa, 1998), 51, 100.

para lo cual es necesario que estas voluntades sean manifestadas de forma exterior; respecto de los convenios en sentido amplio, el consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones,¹¹⁷ el cual se forma de manera expresa o tácita, y en el caso de los contratos que se celebren por correspondencia, quedan perfeccionados desde que el proponente reciba la respuesta en que se acepte lo que haya ofrecido, art. 966 Código de Comercio¹¹⁸.

La capacidad es un elemento de existencia del contrato, entendida por la capacidad legal de una persona, la cual consiste, como lo establece el art., 1316 Inc. final C.C., en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra. Resultando entonces que no todas las personas tienen esa capacidad, por adquirirse al cumplimiento de la mayoría de edad, es decir a los dieciocho años, según el art. 26 C.C., y art. 3 inc. 2º Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia¹¹⁹, y en condiciones de completa normalidad mental, es decir que no concurra en ella alguna de las circunstancias a que se refiere el art., 1318 C.C.

Objeto, para referirse a éste debe distinguirse el objeto directo que es crear o transmitir obligaciones en los contratos, también en la obligación es la conducta del deudor; y el objeto indirecto que es la cosa o el hecho que asimismo son objeto de la obligación, la cual es engendrada en el contrato, es decir la cosa o el hecho relacionados con la conducta del deudor, este objeto indirecto es el de la obligación o mediato del contrato que la engendra; aun la cosa misma se considera como objeto de la obligación.¹²⁰

La causa, considerada un elemento intrínseco del contrato, es un fin abstracto que necesariamente se proponen las partes al contratar, porque el derecho lo regula dada la índole o naturaleza propia del contrato, si es unilateral, bilateral, gratuito, oneroso, etc., independientemente de la voluntad, deseo personal, capricho o arbitrio de los contratantes, por lo que es el fin abstracto rigurosamente idéntico en cada categoría de contratos, ya que éste parte de la intención o motivación para contratar.¹²¹

Los elementos que son requisitos propios de cada contrato específico, tal como lo regula el art., 1315 C.C., han sido clasificados como¹²²:

a) Elementos esenciales, es decir, los que son parte integrante del contrato, y por falta de alguno de ellos, el negocio o contrato no puede ser concebido, o se degenera en otro contrato diferente, deben darse siempre por ser imperativamente establecidos por la ley;

¹¹⁷ Manuel Borja Soriano. Op. Cit. 141; Rafael Rojina Villegas. Op. Cit. 52.

¹¹⁸ Código de Comercio de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1970).

¹¹⁹ Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009).

¹²⁰ Rafael Rojina Villegas. Op. Cit. 61. Coincidiendo en este punto Manuel Borja Soriano. Op. Cit., 161.

¹²¹ Rafael Rojina Villegas. Op. Cit. 73-74.

¹²² Criterio adoptado por Ignacio Galindo Garfias, *Derecho Civil* (México: Editorial Porrúa, 1995), 217; Jorge López Santa María. Op. Cit. 5-6. Para Ramón Meza Barros. Op. Cit. 20-21, los elementos esenciales del contrato le dan su fisionomía propia y característica al contrato, individualizando y distinguiéndolo de los demás; los elementos naturales, a falta de una expresa estipulación, tales cosas se subentienden y reputan incorporadas al contrato; mientras que accidentalmente se le suman las cosas que solo pertenecen al contrato por acuerdo especial de las partes.

b) Elementos Naturales, catalogados como aquellas consecuencias que acompañan al acto o contrato que se ha celebrado, es decir, que se entienden pertenecerle o serle implícitos, sin necesidad de estipulación de las partes o cláusula especial; pero las partes contratantes pueden convenir o estipular la supresión de cualquier elemento natural. Ejemplos: saneamiento de evicción, condición resolutoria tácita;

c) Elementos Accidentales, distinguiendo a aquellos que no forman parte normalmente del tipo de contrato que se celebra, pero nada impide que los contratantes los introduzcan, por lo que quedarán incorporados formando parte integrante del acto, con solo la declaración de voluntad de las partes o por medio de cláusulas especiales. Ejemplos de ello son: el plazo, el modo, la condición.

2.1.3 Clasificación de los contratos

Con el objeto de establecer la clasificación de los contratos, cabe mencionar la crítica de algunos autores sobre lo impropio que es la incorporación de conceptos y establecer clasificaciones dentro de un código o una ley, por corresponderle dicha atribución a la doctrina y no al legislador, en ese caso las clasificaciones legales rara vez son exhaustivas, y esto debido al dinamismo de los cambios socioeconómicos y culturales, así también la doctrina ha ido desarrollando otras clasificaciones bastante reveladoras, incorporando la contratación que está satisfaciendo las necesidades de la sociedad.

Los contratos suelen clasificarse en: a) unilaterales y bilaterales art., 1310 C.C.; b) gratuitos y onerosos, art., 1311 C.C., estos últimos pueden ser conmutativos y/o aleatorios, art., 1312 C.C.; c) principales y accesorios, art., 1313 C.C.; d) reales, solemnes y consensuales, art., 1314 C.C.; y algunos incluyen e) de ejecución instantánea, de ejecución diferida y de tracto sucesivo; f) individuales y colectivos; g) libremente discutidos y de adhesión; h) nominados e innominados.

a) Según su contenido y la reciprocidad de las obligaciones, así como por la cantidad o número de sujetos que participan, pueden ser: contrato unilateral, cuando una de las partes se obliga para con la otra, que no contrae obligación alguna. Contrato bilateral o también llamado sinalagmático, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente; el contrato como acto jurídico siempre será bilateral, porque para su formación requerirá las declaraciones de voluntad de dos partes, pero como contrato podrá ser unilateral o bilateral, según si será una sola de las partes o ambas las obligadas.¹²³

La doctrina reconoce dentro de esta clasificación al contrato bilateral imperfecto o sinalagmático imperfecto, siendo aquel contrato unilateral, que como consecuencia de acontecimientos posteriormente a su celebración, obliga frente al otro, al contratante que no se había obligado o como mejor lo explicara BARROS ERRÁZURIZ: “cuando solo una de las

¹²³ Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U. y Antonio Vodanovic H. *Tratado de las Obligaciones: De las Obligaciones en General y sus diversas clases*. Op. Cit. 48. Mientras tanto Alfredo Barros Errázuriz. Op. Cit. 5-6, proporciona la definición de bilateral o sinalagmático, los cuales significan “obligatorio para ambas partes”, y es que las obligaciones recíprocas deben ser principales y simultáneas, debiendo existir al momento de la formación del contrato. El contrato conserva el carácter de bilateral, aun cuando una de las partes cumple inmediatamente su obligación, mientras tanto la otra se constituye morosa en cumplir su parte, debido a que en el momento de formarse el contrato las dos obligaciones tuvieron existencia simultánea.

obligaciones nacía en el momento de la formación y la otra dependía de un hecho posterior que podía existir o no”.¹²⁴

b) Según su contenido y el fin perseguido por los contratantes, el contrato puede ser: gratuito o de beneficencia, cuando su objeto es la utilidad de una de las partes, el gravamen lo soporta el otro contratante, pueden implicar o no una disminución del patrimonio de la parte que sufre el gravamen, entre los que están las donaciones y los contratos desinteresados, como en los que se suministra una prestación benévolamente y sin contraprestación; mientras tano el contrato es oneroso, cuando su objeto es la utilidad de ambos contratantes, cada uno de ellos debe soportar un gravamen a beneficio del otro, y su sacrificio le reportará utilidades del contrato.¹²⁵

Planiol, citado por ROJINA VILLEGAS, otorga unos conceptos más básicos desde un criterio económico a los contratos que pertenecen a esta clasificación, siendo el contrato a título oneroso cuando “cada una de las partes recibe alguna cosa de la otra”, debe haber reciprocidad de beneficios, por lo que el patrimonio de cada parte permanece idéntico, ya que sufre la disminución por la carga o gravamen en favor de la otra parte, pero simultáneamente recibe un provecho como prestación correlativa; y el contrato a título gratuito es “cuando una sola de las partes procura una ventaja a la otra, sin recibir nada en cambio”, solo una parte se beneficia a costa de la otra, quien sufre la disminución de su patrimonio.¹²⁶

Los contratos onerosos se subdividen en: i) conmutativos, cuando cada uno de los contratantes se obliga a dar o hacer una cosa, y es considerada equivalente a la que el otro contratante debe dar o hacer, conociendo desde el momento de manifestar su consentimiento, la extensión del monto o alcance de las prestaciones; y ii) aleatorios, cuando una de las partes se obliga a dar o hacer, y el equivalente de la otra consiste en una contingencia incierta, por lo que al momento de su celebración no se sabe si uno u otro de los contratantes le significará ganancia o pérdida. Sus efectos dependen del hecho incierto, que puede ser una condición suspensiva.¹²⁷

c) El contrato es principal, cuando subsiste por sí mismo, sin necesidad de otra convención u acuerdo, por tanto, es el que tiene una vida propia e independiente; y será contrato accesorio o de garantía, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, que es la que lo origina, a este tipo de contratos se les denomina, en general, cauciones, ya que en la mayoría de caso importan cauciones, es decir obligaciones que se contraen para la seguridad de

¹²⁴ Alfredo Barros Errázuriz. Op. Cit. 6.

¹²⁵ Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U. y Antonio Vodanovic H. *Tratado de las Obligaciones: De las Obligaciones en General y sus diversas clases*. Op. Cit. 49-50. Como diría Alfredo Barros Errázuriz. Op. Cit. 8, en la clasificación de contratos gratuitos y onerosos, no se toma en cuenta la obligación que contraen las partes, sino la utilidad que les representará. Agrega Rafael Rojina Villegas. Op. Cit. 11, que se tiene la idea que como contrato bilateral se engendran derechos y obligaciones recíprocas, dando origen a provechos y gravámenes recíprocos, lo cual no se cumple en el comodato.

¹²⁶ Rafael Rojina Villegas, Op. Cit. 12-13.

¹²⁷ Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U. y Antonio Vodanovic H. *Tratado de las Obligaciones: De las Obligaciones en General y sus diversas clases*. Op. Cit. 50. Comparte esta distinción Alfredo Barros Errázuriz, Op. Cit. 9-10, y profundiza respecto de los significados de cada término, expresando que la palabra conmutativo viene del latín *conmutativus*, lo cual indica que hay justicia, igualdad, proporción en las obligación establecidas entre las partes, es decir, que lo que da una de las partes es equivalente de lo que la otra da, el carácter conmutativo es el que preside ordinariamente las relaciones jurídicas, siendo la regla general de los contratos onerosos. En el contrato conmutativo cada contratante puede apreciar el beneficio o pérdida que le ocasionará el contrato; mientras que aleatorio viene de la palabra latina *alea*, que significa juego de dados, azar, suerte.

otras obligaciones ya sean propias o ajenas, estos contratos siguen la suerte del contrato principal.¹²⁸

d) Según los requisitos de validez relativos a la forma, pueden ser: contratos reales, aquellos que necesitan de la tradición de la cosa a que se refieren para que sean perfectos, dicha entrega puede significar o no la transferencia del dominio; contratos consensuales, son los que requieren para su perfección únicamente el consentimiento, el carácter propio de este tipo de contratos es la carencia de formalidades y requisitos externos, el consentimiento puede manifestarse válidamente de cualquier modo que permita conocer su existencia, esto es de palabra o por escrito; y, contratos solemnes, son aquellos que están sujetos a la observancia de ciertas formalidades especiales, a tal grado que sin ellas no produce ningún efecto civil.¹²⁹

Es así como podemos concluir que los contratos reales se perfeccionan por la entrega de la cosa, oponiéndose a los contratos consensuales que nacen a la vida jurídica por el tan solo hecho de que las partes expresen su consentimiento, y los contratos solemnes, que requieren el cumplimiento de ciertas solemnidades exigidas por el legislador en atención a la naturaleza del acto, bajo sanción de nulidad.

e) De acuerdo a su contenido y la duración del cumplimiento de las obligaciones que hacen que nazcan los contratos pueden ser: contratos de ejecución instantánea, siendo aquellos en los que las prestaciones que corresponden a las partes se ejecutan en su totalidad de una sola vez; por contratos de tracto sucesivo, llamados también de ejecución continuada o periódica, se entienden aquellos en los que ambas partes o una de ellas se obligan durante cierto período de tiempo, a prestaciones continuas o repartidas;¹³⁰ y contratos de ejecución diferida, entendidos en cuanto los efectos del contrato comienzan a cumplirse después de transcurrido cierto plazo.

f) Contratos derivados de sus requisitos de fondo precisos para su validez pueden ser: Contratos individuales son aquellos que solo obligan a las partes que han prestado su consentimiento para celebrarlos, ya sea por sí solos o por medio de representante, estos contratos son la regla general; y contratos colectivos, son los que obligan a todas las personas que forman parte de un grupo, por el solo consentimiento de la mayoría de ellas o por medio de delegados, este tipo de contratos se justifican por un interés general representado por la mayoría de los miembros del grupo a que afectan.¹³¹

g) Otros contratos derivados de sus requisitos de fondo precisos para su validez: Contratos de libre discusión, son aquellos en los que sus cláusulas esenciales son establecidas después de ser libre debate de los contratantes, basado en las ofertas y contraofertas; y contratos de adhesión, son aquellos en los que sus cláusulas esenciales son fijadas con anticipación por una de las partes para

¹²⁸ Ramón Meza Barros. Op. Cit. 16. Véase también Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U. y Antonio Vodanovic H. *Tratado de las Obligaciones: De las Obligaciones en General y sus diversas clases*. Op. Cit. 51.

¹²⁹ Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U. y Antonio Vodanovic H. *Tratado de las Obligaciones: De las Obligaciones en General y sus diversas clases*. Op. Cit. 52. Sobre los contratos consensuales véase Alfredo Barros Errázuriz. Op. Cit. 12-15, quien también expone que en los contratos solemnes se debe cumplir el requisito de las formas prescritas por la ley, manifestándose el consentimiento de las partes a través del cumplimiento de las formalidades legales. Ramón Meza Barros. Op. Cit. 10-11.

¹³⁰ Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U. y Antonio Vodanovic H. *Tratado de las Obligaciones: De las Obligaciones en General y sus diversas clases*. Op. Cit. 54.

¹³¹ *Ibid.* 54.

todas las personas que traten con ella, las que deberán limitarse a aceptar o rechazar el contrato de adhesión o predispuesto, y las condiciones en block.¹³²

h) Según su interpretación pueden ser: contratos nominados, son aquellos que tienen una individualidad acusada, un nombre y una reglamentación legal; mientras que los contratos innominados, aunque son menos frecuentes en la práctica, son aquellos que carecen de una denominación y en especial de una reglamentación, ya que son creaciones de las partes que en uso de la libertad contractual.¹³³

Teniendo el marco de la clasificación de los contratos es oportuno, que podamos exponer sobre el crédito partiendo de las distintas clases de contratos de créditos, su evolución, concepto, características, así como la interpretación de dichos contratos, para efectos de tener una base que nos acerque al objeto principal de esta investigación que es la existencia de cláusulas abusivas y cómo éstas son interpretadas en la legislación civil y mercantil.

2.1.4 Clase de créditos

El préstamo en el derecho clásico puede ser civil o mercantil. De conformidad al art., 1142 C. Com., 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”*, por lo que es civil todo préstamo que no sea mercantil.

Atendiendo a la clasificación que realiza VALIENTE, el crédito puede ser de acuerdo a la garantía que ofrecen: reales o personales; por el orden de transmisión: nominales, a la orden y al portador; por la personalidad del prestatario: privado o público; por su objeto o finalidad: productivo o de consumo, este último no presta servicios de carácter general, pues se obtiene con fines de resolver apuros o necesidades de carácter personal o familiar y sus modalidades son tantas como el consumo mismo.¹³⁴

El crédito, se puede realizar bajo las distintas modalidades: a) apertura de crédito, que puede ser simple o en cuenta, regulado en los arts. 1105 al 1118 C. Co., en el que el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que haga uso del crédito concedido, con ello se obliga el acreditado a restituir las sumas de que disponga, o el importe de las obligaciones que contrajo, pagando los intereses, gastos y comisiones establecidas.

b) Crédito de descuento, es un contrato de apertura de crédito en el que el descontatario pone una suma de dinero a disposición del descontante a cambio de la transmisión de un crédito de vencimiento posterior. El importe del crédito concedido por el acreditante es igual a la del crédito que adquiere disminuido en una cantidad proporcional al tiempo que falta para que venza,

¹³² Ibid. 54. Para Ramón Meza Barros. Op. Cit. 19, el contrato de libre discusión resume las voluntades convergentes de las partes, describiéndolo como un tipo de contrato venerable, a comparación del contrato de adhesión que ha adquirido creciente auge.

¹³³ Ibid. 19, estos contratos denominados innominados son regidos por las estipulaciones contenidas en el contrato, también por los principios generales de los contratos y por las reglas legales dictadas por contratos similares o afines. Véase Alfredo Barros Errázuriz. Op. Cit. 15.

¹³⁴ José Manuel Valiente, “Créditos a la producción” (tesis de licenciatura, Universidad Dr. José Matías Delgado, 1989), 45.

en suma es la adquisición al contado de un crédito a plazo.¹³⁵ Regulado en los arts. 1119 al 1124 C. Co.

c) Créditos documentarios, son contratos de apertura de crédito en los que el acreditante se obliga a pagar o bien a aceptar letras a favor de un tercero, por cuenta del acreditado, contra presentación de ciertos documentos, anexos generalmente a letras documentales.¹³⁶ Según el art., 1125 C. Co. *Por el contrato de apertura de crédito documentario, el acreditante se obliga para con el acreditado a pagar a un tercero determinada suma, contra la entrega que éste hará de documentos que servirán de garantía al primero para reclamar al segundo el pago de la remuneración pactada y de las expensas causadas por el contrato.*

d) Anticipo, es un contrato de apertura de crédito en el que el acreditante pone a disposición del acreditado una parte del valor de la garantía prendaria que éste le proporciona.¹³⁷ Es esencial en este contrato la existencia de una garantía prendaria, y puede recaer en mercancías o sobre títulos. Regulado en los arts. 1138 al 1141 C. Co.

e) Créditos a la producción, se le llama así a un grupo de aperturas de créditos caracterizados por su destino y su garantía, es obligación del acreditado de invertir el crédito a la adquisición de las materias o atendiendo los gastos previstos en el contrato, que tienen que ver con el proceso productivo¹³⁸. Regulado en los arts. 1143 al 1158 C. Com. Entre estos contratos pueden darse el de habilitación o avío, el refaccionario mobiliario, el refaccionario inmobiliario, el ganadero o pecuario y el industrial.

Así también los préstamos mercantiles y créditos al consumo, que se desarrolla su contenido en el siguiente apartado.

2.2 Especial referencia del Contrato de Mutuo o Préstamo de Consumo

Existen diferencias en la regulación del contrato de Crédito respecto de la denominación que recibe, pues en el derecho civil se le denomina Mutuo o Préstamo de Consumo, en el Derecho Mercantil se le llama Préstamo Mercantil y en el Derecho de Consumo se le denomina Crédito de Consumo. La concesión de crédito al consumidor mediante el préstamo mercantil bancario no es sino una modalidad -quizás la más habitual en la práctica- de crédito al consumo.

2.2.1 Evolución histórica del Contrato de Crédito

En el Derecho Romano, el mutuo o préstamo de consumo derivado del *nexum*, es considerado como un contrato real, unilateral y de estricto derecho, sancionado por la *condictio*,

¹³⁵ Joaquín Rodríguez Rodríguez, *Derecho Mercantil*, 26° Edición (México: Editorial Porrúa, 2003), 589. La naturaleza del crédito de descuento es apertura de crédito, y puede darse por medio de descuento de créditos en libros o el descuento de títulos valores, es decir, por entrega de letras de cambio o de pagarés.

¹³⁶ Joaquín Rodríguez Rodríguez. Op. Cit. 592. Se le llama crédito documentario porque lo esencial es que el acreditante no pague o no acepte si no recibe a cambio los documentos convenidos que son representativos de las mercancías en viaje.

¹³⁷ *Ibid.* 594.

¹³⁸ *Ibid.* 596

por el cual el mutuuario, que recibía del mutuante una cantidad de dinero o de bienes fungibles, se obliga a devolver la misma cantidad del mismo género y calidad.¹³⁹ Desde esta época se establecieron reglas para evitar el abuso en estas materias, tales como que el interés nunca podía superar el doble del capital, y si se excedía y hubieran sido pagados, se podía repetir por dicho exceso.¹⁴⁰

Para que haya mutuo hace falta un traslado de propiedad, es necesaria la *datio*, es decir, que las cosas salgan del patrimonio del prestamista, quien debe cumplir con el requisito de ser propietario de las cosas prestadas y ser capaz de enajenarlas, el tercero propietario de las cosas tiene dos acciones, ya sea la *rei- vindicatio*, si existe todavía, o bien la acción *ad exhibendum*, si han sido consumidas de mala fe. El prestatario convertido en acreedor, tiene derecho a ejercitar la condición que sanciona el mutuo al vencimiento fijado en el contrato. La ejecución es exigible al vencimiento, al cumplimiento del término fijado para el pago; los intereses eran exigibles al tiempo de la restitución. En Roma los intereses a pagar representaban el equivalente del uso del que les ha privado el mutuo.¹⁴¹

En el siglo II, fue admitida una moderación a estos principios, en el caso que el mutuo versara sobre granos básicos como aceite, vino, grano, etc., por un simple pacto se podía obligar al prestatario a retribuir una cantidad superior de la que se le había prestado, esto debido a que el precio de los comestibles varía rápidamente y era justo que se le garantizara al prestamista contra alguna baja del valor de las cosas prestadas. En esta época se dieron algunas excepciones al cobro de interés en los préstamos de dinero: a) por dinero prestado por la ciudad; b) cuando el dinero sea empleado en el comercio marítimo, a condición de que el viaje fuera a completa satisfacción, por razones de los infortunios del viaje y el riesgo de pérdida; y c) se dispense a los banqueros de la necesidad de una estipulación para hacer correr los intereses en su provecho y los cuales serían debidos independientemente de todo convenio.¹⁴²

El uso de contar los intereses por meses fue implementado por los griegos en el tiempo de Cicerón, favoreciendo desde esos tiempos la usura, permitiendo al acreedor unir el capital con el interés vencido del mes, por lo que se llegó a exigir el uno por ciento mensual o el doce por ciento al año. Justiniano modificó la tasa de interés reduciéndola al seis por ciento anual y para los comerciantes era del ocho por ciento anual.¹⁴³

La contratación en masa, conocida como contrato de adhesión, ha restringido el ejercicio de la autonomía de la voluntad, dando solo dos opciones: aceptar las condiciones o prescindir del bien o servicio, pues los proveedores de un bien o servicio predisponen las condiciones a aplicar en los contratos y los consumidores o usuarios de aquéllos, no pueden discutir las cláusulas predisuestas.¹⁴⁴

¹³⁹ Eugene Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, 14ª edición, (México: Editorial Porrúa, 1998), 377.

¹⁴⁰ Rosario de la Fuente- Hontañón, "El mutuo", *Repositorio Institucional PIRHUA* (noviembre 2010): 3.

¹⁴¹ Eugene Petit. Op. Cit. 377-378, 380.

¹⁴² Ibid. 380-381. Estas excepciones son fundadas al riesgo que soporta el acreedor, así también en el caso de los bancos, fue Justiniano el que dispuso a los banqueros de estipulaciones para hacer correr los intereses.

¹⁴³ Ibid. 382.

¹⁴⁴ Juan Manuel Fernández López, *Contratos vinculados a la obtención de un crédito* (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996), 186.

El siglo XIX, no planteó al derecho los grandes problemas que formuló el siglo XX, y que por consiguiente se agudizan en el presente siglo, pues ese contrato concebido como acuerdo de voluntades entre las partes conocidas y en igualdad de condiciones, ahora se ve una realidad transnacional, impersonal, poliforme, cibernética, en las que se requiere una nueva legislación o tratamiento.¹⁴⁵

La sociedad de consumo tiene innumerables ventajas para el consumidor, presentándole un sin fin de bienes y servicios necesarios y útiles para hacer más fácil su vida, para efectos de agilizar la adquisición de los mismos ha sido necesario el empleo del crédito, el llamado crédito de consumo¹⁴⁶ lo que ha generado muchos problemas, agravado por la crisis económica, propiciando condiciones abusivas en los contratos, sobreendeudamiento de las familias, e imposibilidad muchas veces de devolver el crédito otorgado.

Abismales son las consecuencias generadas al incumplimiento de estos créditos, en especial cuando se otorga garantía para su pago, la cual es perseguida judicialmente, en donde el acreedor se paga con la garantía que muchas veces es la misma que ha adquirido en el contrato de compraventa, y que al liquidarse los saldos y ser insuficientes, el consumidor, ahora el deudor sigue obligado a responder del resto del préstamo con su patrimonio presente o futuro, de acuerdo a las normas de derecho civil, por haberse establecido cláusulas penales para garantizar el cumplimiento de las obligaciones, que más bien son cláusulas abusivas, como se estudiará posteriormente.¹⁴⁷

Las prácticas del mercado de consumo involucran la existencia de contratos vinculados, las mismas partes o distintas, articulan varios contratos que no funcionan aislados, sino que se superponen y no pueden ser interpretados sino como un todo integrado. Se está ante la cuestión de la vinculación, coligación o conexidad entre contratos. Esto fue desarrollado primeramente por los italianos, luego los franceses, los argentinos¹⁴⁸ y la Unión Europea. Los modos de producción y comercialización se actualizan para nuevos mercados y nuevos consumidores.

2.2.2 Definición de Mutuo o Préstamo de Consumo

Se entiende por Mutuo o préstamo de consumo, tal como lo establece el Art., 1954 C.C., al contrato por medio del cual una de las partes (llamada mutuante) entrega a otra (llamada mutuario) cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y cantidad; si se trata de dinero, se deberá la suma pactada en el contrato de mutuo, préstamo mercantil cuando en el contrato las cosas prestadas se destinen a actos de comercio, o cuando se contraiga entre comerciantes, y será civil, cuando no se destine a actos de comercio ni se celebre entre comerciantes.

¹⁴⁵ José Fernando Márquez, "Conexidad contractual. Nulidad de los contratos y del programa", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal- Culzoni Editores. (2007): 151.

¹⁴⁶ Silvia Díaz Alabart, *Introducción: La contratación con consumidores*, *Manual de Derecho de Consumo* (Madrid: Editorial Reus, S.A., 2016), 12.

¹⁴⁷ *Ibid.* 12.

¹⁴⁸ José Fernando Márquez. Op. Cit. 152.

La palabra mutuo procede del latín *mutuus*, mío y tuyo, el mutuo es un préstamo de consumo y con este propósito Gayo citado por BARROS ERRÁZURIZ, observa la etimología: *quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit*, es decir, la cosa mía se hace tuya. El mutuo tiene por objeto todas las cosas de género, siendo aquellas cosas que pueden reemplazarse, las unas por las otras, cosas de la misma naturaleza, cosas fungibles *quae primo uso consumuntur*, dinero, mercancías.¹⁴⁹

La mayoría de conceptos de mutuo adoptados en los juristas es el legal, es decir, el que se encuentra plasmado en los Códigos de cada país, para el caso ESCOBAR FORNOS dice: “Habrá contrato de mutuo o préstamos de consumo, cuando una persona llamada mutuante entregue a otra llamada mutuario una cantidad de cosas que esta última está autorizada a consumir devolviéndole en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad”.¹⁵⁰

El mutuo o préstamo de consumo posee las características siguientes: la temporalidad, la restitución al prestatario ha de hacerse pasado algún tiempo, pues de lo contrario se realizaría un cambio de prestaciones iguales de una manera simultánea, careciendo de sentido, y la normal gratitud, no se deben intereses a menos que hayan sido expresamente pactados,¹⁵¹ lo que constituye la generalidad en dichos contratos, su carácter oneroso; y que la cosa sea fungible o dinero y devolver otro tanto de la misma especie o calidad.

2.2.3 Características del Contrato de Mutuo o Préstamo de Consumo

Entre los caracteres jurídicos del Mutuo o Préstamo de Consumo, podemos indicar que es:

a) Un Contrato Real, por perfeccionarse con la tradición de la cosa, tal como lo establece el Art., 1955 C.C., no se concibe que el mutuario tenga obligación de restituir una suma que no le ha sido entregada por el mutuante, por lo que solo después de recibida la suma nace la obligación de devolverla. Se constituye como caso único dentro del grupo de contratos reales, un título traslativo de dominio, perfeccionándose por la tradición, y nacerá sólo una vez entregado el dinero o las cosas fungibles.

b) Naturalmente oneroso, sí es que se han fijado intereses, porque beneficia al mutuante y al mutuario, es decir que resultan provechosos recíprocos, 1962, 1963 y 1964 C.C.; en este sentido se vuelve conmutativo porque las prestaciones son ciertas y determinadas, aunque en la mayoría de casos solo se beneficia el mutuante por el alto porcentaje de intereses que le genera a su favor.

c) Se catalogaría gratuito si se pacta que la suma mutuada no generará intereses, ya que solo beneficia al mutuario;¹⁵² por lo que no es cierta la afirmación que todo contrato bilateral es

¹⁴⁹ Alfredo Barros Errázuriz. Op. Cit. 353 y 354. El mutuo versa necesariamente sobre cosas fungibles, que son aquellas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se consuman o destruyan, como el trigo, vino, aceite, dinero.

¹⁵⁰ Iván Escobar Fornos, *Curso de Contratos* (Managua: Editorial Hispamer, 1998), 219, destacando de este concepto la transferencia de la cosa prestada, y después de haberla enajenado o consumido, ha de restituir, para librarse, otra de la misma naturaleza.

¹⁵¹ Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón. Op. Cit. 460.

¹⁵² Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U. y Antonio Vodanovic H. *Tratado de las Obligaciones: De las Obligaciones en General y sus diversas clases*. Op. Cit. 50, refuerza esta idea Alfredo Barros Errázuriz. Op. Cit. 8.

oneroso y que todo contrato unilateral sea gratuito; sin embargo, en nuestro país esta característica no es aplicable para nuestra legislación, ya que la práctica no lo habilita de esta forma;

d) Es principal, porque vive y subsiste por sí mismo, y con relación a la fianza o hipoteca que se establece para asegurar su cumplimiento, ya que extinguida la obligación principal, es decir, pagada la cantidad prestada en el mutuo, se extingue la garantía con que respalda su cumplimiento, sus accesorios serían la prenda, Art. 2134 y 2135 C.C., la hipoteca, Art., 2157 C.C.; y,

e) Unilateral, el mutuo tiene carácter de unilateral porque solo el mutuario contrae obligaciones, que es devolver al mutuante otro tanto del mismo género y calidad de lo que recibió, pagándole además los intereses si es que fueron pactados, Art. 1954 C.C.,¹⁵³ aunque se podría decir que es Sinalagmático Imperfecto, ya que del Art. 1961 C.C., se entiende que el mutuante puede ocasionalmente resultar obligado a responder por los daños y perjuicios que se le ocasionen al mutuario, por la mala calidad o los vicios ocultos de la cosa prestada.

2.2.4 Elementos del Contrato de Mutuo o Préstamo de Consumo

Los elementos del mutuo o préstamo de consumo, son: a) Que se produzca la entrega de una cosa fungible, para que haya mutuo se necesita que el mutuante entregue la cosa al mutuario, (siendo el elemento constitutivo del acto mismo); el mutuante no contrae ninguna obligación; b) que se realice la transferencia de dominio de la cosa, art., 1955 C.C., el mutuo es el único en el que se transfiere el dominio, pues se perfecciona por la tradición que es la entrega que transfiere el dominio; c) un convenio de devolver otro tanto del mismo género y cantidad de la misma cosa recibida, tal como lo regulan los arts. 1954 y 1956 C.C., siendo el elemento esencial en este tipo de contratos, y al faltar se degeneraría en otro tipo de contrato como la permuta, donación u otros.

El elemento personal del mutuo o préstamo de consumo está compuesto por el mutuario, que es la persona que recibe en préstamo una suma de dinero o cosa fungible y por otra parte el mutuante que es la persona que da en préstamo suma de dinero o cosa fungible. Las obligaciones del mutuante son: transferir la propiedad de la cosa o dinero objeto del mutuo, art. 1955 C.C.; entregar la cosa, según lo pactado art. 1954 C.C.; responder por la evicción, lo cual está implícito en todo contrato; y responder de los vicios ocultos de la cosa, art. 1961 C.C.

Por otra parte, las obligaciones del mutuario son: devolver una cosa de la misma especie, cantidad y calidad, art. 1956 C.C., si se ha prestado dinero, se deberá restituir la cantidad al tipo de cambio vigente al tiempo de hacerse el pago, según Art., 1957 C.C.; pagar los intereses cuando se pacten, sean los convencionales o los legales, que en el caso de mutuos civiles son del seis por ciento anual, tal como lo establece el art. 1964 C.C., o del doce por ciento anual, tal como lo establece el Art., 960 C. Co.,¹⁵⁴ en relación con el Acuerdo del entonces Poder Ejecutivo hoy

¹⁵³ Manuel Borja Soriano. Op. Cit. 132. Véase también Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U. y Antonio Vodanovic H. *Tratado de las Obligaciones: De las Obligaciones en General y sus diversas clases*. Op. Cit. 49. Agrega a esta visión Solange Doyharcabal Casse, "Naturaleza jurídica del mutuo: contrato real, consensual o solemne" *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n° 19 (2010): 203. El mutuante aunque posteriormente pueda exigírsele responsabilidad por saneamiento de evicción o de vicios rehdibitorios en las cosas, o por devolución de intereses excesivos cobrados, no contrae obligación al momento de celebrarse el contrato, salvo la de respetar el plazo fijado para restituir, lo que lo hace un contrato unilateral.

¹⁵⁴ Código de Comercio (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1970).

Órgano Ejecutivo en el Ramo de Economía para la Fijación del interés legal mercantil N° 1299 de fecha 13/12/1983.¹⁵⁵

El mutuo o préstamo con intereses es un contrato oneroso, y siendo el interés el provecho, utilidad o ganancia que se exige de la persona a quien se presta dinero u otra cosa fungible, es un interés lucrativo por razón del mutuo. Interés y usura, tenían un mismo significado legal en el derecho antiguo, llamándose vulgarmente usura al cobro de un interés excesivo y superior al permitido. Durante la Revolución Francesa se inició un movimiento con el fin de hacer lícita la estipulación de intereses, pero dentro de ciertos límites.¹⁵⁶

En nuestra legislación civil no existe un límite legal señalado para la estipulación de intereses, tal como lo establece el art. 1963 C.C., que dice: “Se puede estipular intereses en dinero o cosas fungibles, sin limitación alguna”. Sin embargo la Ley Contra la Usura,¹⁵⁷ es un mecanismo creado para limitar prácticas abusivas en los préstamos, en los que se comprometen a dar intereses, garantías u otras ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con su prestación, se constituye también una limitante a la autonomía de la voluntad concerniente a los abusos en el cobro desmedido de intereses.

El Banco Central de Reserva de El Salvador, en cumplimiento a la Ley Contra la Usura, establece las tasas de interés máximas legales de manera semestral, siendo la aprobada para el período vigente del 1 de enero al 30 de junio ambas fechas del año 2021,¹⁵⁸ para créditos de consumo para personas naturales, como lo es el caso de nuestro estudio, se establecen las siguientes:

Segmentos y Rangos	Rangos en US Dólares	Tasas Máximas Efectivas Anuales
a. Con orden de descuento		
1. De hasta 12 SMUSC ¹⁵⁹	Hasta \$3,650.04	28.35%
2. De más de 12 SMUSC	Más de \$3,650.04	21.56%
b. Crédito sin orden de descuento		
1. De hasta 12 SMUSC	Hasta \$3,650.04	85.04%
2. De más de 12 SMUSC	Más de \$3,650.04	30.70%

Estos intereses, en especial al que se refiere el crédito sin orden de descuento de hasta Tres mil seiscientos cincuenta dólares con cuatro centavos, a mi juicio lo considero muy alto, pero al analizar dicho caso, puede tomarse en cuenta la realidad de ser efectivo el pago, que muchas veces,

¹⁵⁵ Acuerdo Ejecutivo en el Ramo de Economía, para la fijación del doce por ciento anual de interés legal mercantil (El Salvador: Ministerio de Economía de El Salvador, 1983).

¹⁵⁶ Alfredo Barros Errázuriz. Op. Cit. 358 y 360, citando a Aristóteles, cuyo pensamiento prevaleció en la máxima que el dinero es estéril, *pecunia non parit pecuniam* y de que era injusto exigir interés o ganancia por prestarlo. La legislación francesa del tiempo de Carlomagno contenía esta prohibición, la legislación española por medio del Código de las Siete Partidas, prohibía toda usura o interés, lo cual fue inspirado por el Derecho Canónico, el cual declaraba nulos los contratos en los que interviniese usura, sujetando a los usureros al juicio de los tribunales eclesiásticos.

¹⁵⁷ Ley Contra la Usura (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2013).

¹⁵⁸ Ver ANEXO 1 https://www.bcr.gob.sv/esp/index.php?option=com_content&view=article&id=482&Itemid=390.

¹⁵⁹ SMUSC: Salarios mínimos urbanos del sector comercio.

dichos créditos y su recuperación se vuelve muy difícil ejecutar, por motivo de la insolvencia y dificultades sobre la ubicación del demandado para poderlo demandar, así como las garantías otorgadas por insolvencia.

2.2.5 Clasificación del Mutuo o Préstamo de Consumo

Para efectos del presente trabajo, enfocaremos la atención al préstamo de dinero, regulado en el art., 1957 C. C., por lo que si se ha prestado dinero, solo se debe la suma numérica enunciada en el contrato, sea la especie de moneda convenida o la suma equivalente de la moneda del curso legal, en la relación de cambio establecida por la ley.

Los préstamos mercantiles o contratos de mutuo o préstamo de consumo, pueden presentarse en distintas modalidades y con las distintas denominaciones y garantías que las partes establezcan, en uso de su carácter facultativo de la contratación, por lo que se les puede presentar como: préstamo mercantil con garantía personal, mutuo hipotecario o préstamo mercantil con garantía hipotecaria o prendaria; tarjeta de crédito, mutuo simple, reconocimiento de deuda, etc.

En ese sentido es el Consejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero en base a su potestad contenida en el Art., 10 de la Ley Orgánica de dicha Institución y el inc. tercero del art. 224 de la Ley de Bancos, dictó las Normas para Clasificar los Activos de Riesgo Crediticio y Constituir las Reservas de Saneamiento,¹⁶⁰ las cuales en su art. 8 establecen parámetros de las características de un crédito para que sea considerado como de consumo:

Art. 8.- Se agrupan dentro de los créditos para consumo los préstamos personales cuyo objeto es financiar la adquisición de bienes de consumo o el pago de servicios, y que poseen las siguientes características:

- 1. El deudor es una persona natural.*
- 2. El plazo del préstamo es generalmente entre uno y seis años; y,*
- 3. El pago del préstamo se efectúa en cuotas periódicas, normalmente iguales y sucesivas.*

Se consideran además como créditos para consumo, los financiamientos a personas naturales provenientes de la utilización de tarjetas de crédito.

2.2.6 Interpretación de los Contratos de Crédito en materia civil y en materia mercantil

Interpretar un contrato es desentrañar el sentido de las declaraciones en éste insertas, buscando explicar cuál ha sido la voluntad de los contratantes, es determinar sus alcances y efectos. Stiglitz, citado por ESTIGARRIBIA BIEBER, manifiesta al respecto: “estamos en presencia de la reconstrucción del pensamiento y de la voluntad de las partes, a la vez que dándole sentido a las declaraciones realizadas en pos de una intención eminentemente obligacional”.¹⁶¹

¹⁶⁰ Normas para clasificar los activos de riesgo crediticio y constituir las reservas de saneamiento (El Salvador: El Consejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero de El Salvador, 2006).

¹⁶¹ María Laura Estigarribia Bieber, “Interpretación de los contratos. Evolución de sus principios”, *Anuario de Derecho Civil*, n° 11 (2007): 57. <http://revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/index.php/ADC/article/view/998>

Se puede decir que los efectos y alcances del contrato muchas veces son imprevistos, ya que al declarar obligarse, es raro que las partes perciban todas las consecuencias de las obligaciones; es más tarde, cuando se dan las dificultades; es decir, presentado el contrato ante el juez, quien las considera obligadas en virtud de su voluntad, y es posible que si se les hubiese planteado la cuestión en el momento en que contrataron, cada una de las partes hubiera tenido distinta opinión.¹⁶²

La importancia de la problemática interpretativa, gira en torno de asegurar el cumplimiento del contrato, el juez es forzado a interpretar el contrato, para determinar las obligaciones derivadas del mismo,¹⁶³ como dice ese aforismo jurídico: “interpretado el acto jurídico, interpretado el contrato, queda resuelto el litigio”, para tal efecto el Código Civil de El Salvador regula en el Libro Cuarto, Título XIII denominado “DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS”, fijando en los artículos 1431 al 1437, las reglas de interpretación.

Podemos considerar como causales de la contienda entre las partes que provoca la interpretación contractual: 1) la ambigüedad en el contenido, que puede darse cuando una cláusula admite dos o más sentidos totalmente diferentes entre los cuales se puede dudar; 2) Obscuridad en el contrato, en ese sentido una cláusula no presenta ningún sentido determinado; 3) términos del contrato claros pero insuficientes; 4) términos claros pero excesivos; y, 5) términos claros en sí, pero haber sido empleados de manera dudosa. Estas tres últimas se pueden reducir a una: claridad del contrato desmentida por la intención de las partes.¹⁶⁴

Fuente de las obligaciones es el contrato, las cuales son impuestas a las partes y para poderlas determinar y asegurar su cumplimiento el juez suele estar compelido a concretar el sentido exacto del contrato, y no puede dejar de hacerlo bajo pretexto de oscuridad, silencio, defectos técnicos, o insuficiencia de elementos, sino que debe penetrar en el correcto sentido del contrato, y para hacerlo de manera eficaz es preciso guiarse bajo un método o sistema que posibilite obtener el resultado.¹⁶⁵ Se distinguen para ello el método objetivo y el método subjetivo.¹⁶⁶

¹⁶² Manuel Borja Soriano. Op. Cit. 305. La interpretación procede cuando existen en el contrato cláusulas cuyo significado y alcance es distinto para las partes, ya sea porque la cláusula es incompleta o contradictoria con las demás, o porque las palabras incorporadas en las mismas son ambiguas, oscuras, equívocas, dudosas o imprecisas.

¹⁶³ Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De las Obligaciones. Vol. VI* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1979). 16. Explica que la ley requiere el respeto, la estricta observancia y el cumplimiento de la voluntad de las partes, para llevar a cabo este fin la el Código Civil ha provisto de reglas de interpretación que el juez debe observar, no dejando a la arbitrariedad de los jueces la interpretación de las convenciones, ni tampoco son simples consejos.

¹⁶⁴ Jorge López Santa María., Op. Cit. 324-327

¹⁶⁵ Héctor Julian Sanclemente, “Lecciones y Derecho. Sobre la interpretación de los contratos”, *Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, n° 40/41 (1969): 381, 383.

¹⁶⁶ Jorge López Santa María. Op. Cit. 306, este autor entiende que para la doctrina clásica la voluntad es la causa eficiente de todo el derecho, por lo que es lógico que en la interpretación de los contratos se debe precisar el sentido de las convenciones de acuerdo a las intenciones de los contratantes. En igual sentido Ramón Meza Barros. Op. Cit. 50-55, comienza diferenciando estos dos métodos de interpretación, siendo el subjetivo en el que hace prevalecer el pensamiento de los contratantes por sobre la voluntad declarada; y el objetivo, prefiere la declaración de voluntad escrita y recurre al uso corriente, las costumbres, o prácticas admitidas en los negocios; éste último es el adoptado por el modelo alemán; en ese sentido Henri y León Mazeaud y Jean Mazeaud, *Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, Vol. I* (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Euripa-América, 1978), 389, afirma que el derecho alemán con el fin de garantizar la seguridad de las transacciones, proclama la supremacía de la declaración de la voluntad.

a) El sistema o método Objetivo, otorga a la declaración de voluntad un valor independientemente de la voluntad de las partes; en otras palabras este tipo de interpretación rehúye de las intenciones que tuvieron o habrían tenido los contratantes, y busca lo que es lo socialmente más útil o lo que la justicia indica como lo más saludable. La declaración de voluntad es el medio esencial de descubrir la común voluntad de las partes, ya que cuando el texto es claro, los tribunales no pueden, rechazar su aplicación, es decir, no lo interpretan, sino que lo aplican;¹⁶⁷ y,

b) El sistema o método Subjetivo en el que lo importante es determinar lo que las partes quisieron decir al momento de contratar, es decir, descubrir cuál ha sido la voluntad real de los contratantes. Este método se encuentra bajo la influencia de las teorías del derecho natural y de la autonomía de la voluntad, en el que la supremacía de la voluntad interna o del espíritu prevalece sobre la letra, y cuyo objetivo es la averiguación de la común intención de las partes. De éste es del que trata el Art., 1431 C.C.¹⁶⁸

Art. 1431 Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

Con solo la ubicación que tiene dicho precepto legal dentro del referido título, y de su contenido se llega a crear altas expectativas respecto del papel que debe desempeñar el juez para la configuración y comprensión de cada contrato en específico que ha sido sometido a su jurisdicción, debiendo prestar atención a las acciones intencionales –no a los estados mentales– para realizar el arduo problema del conocimiento de la intención de los contratantes.¹⁶⁹

El sistema o método subjetivo de interpretación de los contratos, es caracterizado por la búsqueda, imposible o ficticia, de la voluntad psicológica de las partes, como dijera Emilio Betti, citado por LOPEZ SANTA MARIA: Ámbito y fuente de equívocos es, ciertamente, el uso y el abuso que se hace en la vida pública y privada de la expresión *interpretar la voluntad*. Expresión ésta, al menos elíptica, ya que objeto de la interpretación no puede ser una entidad psicológica interna, inasible en cuanto tal, sino que exclusivamente las manifestaciones externas en las cuales la voluntad se hizo socialmente reconocible... Con excesiva frecuencia los *indicia voluntatis* son deformados y mal comprendidos por quienes son llamados a interpretarlos.¹⁷⁰

DIEZ PICAZO, señala que la interpretación subjetiva se dirige a averiguar o buscar la voluntad o intención común de los contratantes. Se trata de una interpretación histórica del

¹⁶⁷ Henri y León Mazeaud y Jean Mazeaud. Op. Cit., 377, 378.

¹⁶⁸ Véase Manuel Borja Soriano. Op. Cit. 306, en el que expone que a juicio de Bonnetcase, no acepta el método objetivo, sino que se adhiere al método subjetivo en el que predomina la voluntad interna o psicológica, por ser la consagrada en el Código Civil Francés, que dice en el Art. 1156: “En los convenios se debe investigar cuál ha sido la común intención de las partes contratantes más bien que detenerse en el sentido literal de los términos”, por otra asienta que no se le debe de oponer éste método a la interpretación de los contratos de Adhesión.

¹⁶⁹ Rodrigo Coloma Correa, “Interpretación de contratos: entre literalidad e intención”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 26 (Julio 2016): 10, 11.

¹⁷⁰ Jorge López Santa María. Op. Cit. 306. Así también se refiere a los artículos 1156 del Código Francés y 1560 del Código Civil Chileno, en los que al referirse a “la intención” no forjaron una metáfora, sino que dicho término fue empleado en su sentido genuino, siendo las intenciones fuerzas, tendencias más o menos precisas que se desarrollan en la conciencia de los hombres, es decir en el orden psicológico, es en ese sentido que según este autor, el juez como intérprete no debe escatimar ningún esfuerzo para llegar a la meta del intérprete, la cual es la voluntad íntima de las partes. Para Luis Claro Solar. Op. Cit. 16, el contenido de ésta disposición legal establece la **primer regla** de interpretación de los contratos, la que domina las demás disposiciones del título correspondiente.

contrato, con el fin de buscar reconstruir el pensamiento, intención y propósito de los autores de la regla contractual.¹⁷¹

La función interpretativa del contrato implica que el juez debe inspirarse en los principios de la contratación civil para garantizar una cabal interpretación, esto es al principio de la autonomía de la voluntad, principio de libertad contractual, principio de fuerza obligatoria del contrato, su interpretación está íntimamente relacionada con lo establecido en el At. 1416 C.C., “*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.*”

Como los contratantes tienen la facultad de insertar todas las cláusulas que crean convenientes, para poder determinar los derechos y obligaciones que se derivan de todo contrato, es necesario, atender a la voluntad de las partes, que es la suprema ley de los contratos, salvo los límites de la autonomía de la voluntad, mismos que se desarrollaron en el capítulo 1 de este trabajo.

Los problemas que se presentan al interpretar la intención de los contratantes, como lo resumiera COLOMA CORREA, son: 1) entender el momento de suscribirse un contrato en el que se suelen detectar diferencias entre las pretensiones de cada una de las partes, y los asuntos de los cuales no toman posición, por lo que no se está frente a una intención común de los contratantes; 2) La aparente imposibilidad de conocer la intención de los contratantes, ya que es un fenómeno de difícil observación; y 3) Al momento o momentos que deben considerarse para identificar cierta perspectiva, dándose como un fenómeno que se prolonga a lo largo del tiempo.¹⁷²

Art. 1432.- Por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado.

Cualquiera que sea la generalidad de los términos del contrato, no se deberán suponer comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar, en ese sentido y ante la duda, la interpretación que se haga del contrato debe ser restrictiva, si otra cosa no estuviere dispuesta.¹⁷³

Art. 1433.- El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.

En el caso de una cláusula que admita diversos sentidos la interpretación o que sea ambigua, deberá hacerse en el sentido más adecuado para que produzca efectos dentro del fin del contrato; es decir, mientras la duda permita diferentes soluciones, debe suponerse que cada cláusula tiende a algún fin o surtir algún efecto, siempre que no se oponga a lo que indique el conjunto de las demás estipulaciones.¹⁷⁴

¹⁷¹ Luis Diez Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Sexta Edición (Navarra: T.I. Thomson Civitas, 2007), 487.

¹⁷² Rodrigo Coloma Correa. Op. Cit. 13.

¹⁷³ Manuel Borja Soriano. Op. Cit. 311. Según el orden de las reglas de interpretación del estudio de Luis Claro Solar. Op. Cit. 21-22, esta disposición contiene **la tercera regla** la materia sobre la que se ha contratado determina la aplicación que debe hacerse de la generalidad de los términos de un contrato.

¹⁷⁴ Manuel Borja Soriano. Op. Cit. 311, 312. Véase Luis Claro Solar. Op. Cit. 23. Esta disposición legal contiene **la cuarta regla**, en la que se debe razonablemente suponer que las partes no han querido insertar en el contrato una cláusula inútil, ya que su intención ha sido darle el sentido que mejor corresponde al contrato celebrado; misma conclusión es aportada por Jorge Rodríguez Russo, “El principio de conservación del contrato como canon hermenéutico”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 31 (Julio-diciembre 2011): 271.

Este principio de interpretación se le llama principio *de favor negotii*, por lo que se debe estar a favor de los efectos del contrato, por lo que las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno resultaría la validez y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el sentido de la validez.¹⁷⁵

Este principio de interpretación se le llama de preservación del contrato, el cual se trata de una norma de interpretación objetiva, la que es subsidiaria en la aplicación, suponiendo que el previo recurso a los criterios de interpretación subjetiva, no han sido suficientes para eliminar la ambigüedad, persistiendo la duda sobre el significado a atribuirse al contenido de la cláusula o declaración de voluntad, en ese sentido cuando el intérprete se encuentre frente a declaraciones con dos sentidos debe, en la duda, dar prevalencia al significado útil, valorizando así la autonomía de los contrayentes.¹⁷⁶

Art., 1434.- En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.

Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.

La interpretación de los contratos debe estar limitada a los casos en que se hace verdaderamente necesaria, a tal efecto cuando los términos del contrato son claros, la interpretación no tiene razón de ser, por lo que la expresión de la voluntad como elemento externo alcanza importancia, en este caso se atiende al sentido literal, pues siendo claros los términos, se presume que en ellos se ha plasmado la intención de las partes.¹⁷⁷

Cuando el texto del contrato es claro, el juzgador no tiene que interpretarlo, sino aplicarlo, un juez desnaturaliza un texto claro si intenta interpretarlo, salvo que se demuestre que los términos utilizados no corresponden a la voluntad de las partes, o bien los jueces deben desecharlo, cuando las palabras claras en su sentido literal sean inconciliables con el conjunto y la intención evidente de las partes.¹⁷⁸

Esta regla y la anterior son dos reglas independientes de interpretación, y las cuales se refieren a los casos en que una cláusula del contrato admite, con motivo de su redacción, más de un sentido, haciendo dudar de la intención de las partes. Para lo que concierne a este apartado, siendo más de uno el sentido en que la cláusula es susceptible de producir efecto útil en la ejecución del contrato, debe darse la preferencia a aquel de los sentidos que mejor cuadre con la naturaleza del contrato, ya que es el que se presume que las partes han tenido en la mira para contratar.¹⁷⁹

En el Inc. 2º del art. 1434, que dice: “*Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen*”, se encuentra una regla especial de interpretación, ya que se subentienden cláusulas que son de uso en él, aunque no se encuentren incorporadas por las partes. El Código francés la

¹⁷⁵ Atilio Anibal Alterini. Op. Cit. 416.

¹⁷⁶ Jorge Rodríguez Russo. Op. Cit.: 263-264. El precepto jurídico se refiere a un contrato con cláusulas susceptibles de ser interpretadas en dos sentidos disímiles y antagónicos (validez o invalidez), optando por el resultado que da validez.

¹⁷⁷ Manuel Borja Soriano. Op. Cit. 310.

¹⁷⁸ Henri y León Mazeaud y Jean Mazeaud. Op. Cit. 378. En palabras de este autor: “Un texto claro no se interpreta, se aplica”.

¹⁷⁹ Luis Claro Solar. Op. Cit. 23. Aquí tiene lugar **la quinta regla** de interpretación.

usaba como regla separada.¹⁸⁰ Sin embargo, más que regla, esta disposición corresponde a la aplicación del art. 1314, que destaca a los elementos naturales del contrato como aquellas cosas del contrato que no siendo esenciales en él, se entiende pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial.

Art., 1435.- Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otros contratos entre las mismas partes y sobre la misma materia.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra.

El artículo transcrito trata del enlace entre las cláusulas para que formen una regla armónica de derecho, y es que el contrato persigue un fin, debiendo tener ordenadas entre sí y con relación a éste sus diversas cláusulas que se completan entre sí; es decir, es una interpretación sistemática, en base a la interpretación capital de esa cláusula o cláusulas que reflejan el pensamiento de los contratantes, que es el foco de luz que la aclara y es alrededor de cual debe girar la interpretación de las demás.¹⁸¹

La interpretación a la que se refiere el Inc. 2° del Art. 1435 C.C., “*Podrán también interpretarse por las de otros contratos entre las mismas partes y sobre la misma materia*”, los autores se inclinan a admitir que el juez puede buscar elementos de su convicción fuera de la convención en litigio.¹⁸² Operaría en cuando se celebran contratos conexos, las vicisitudes que afectan a uno de ellos, sean vigencia, cumplimiento, incumplimiento o interpretación, van a repercutir en el otro contrato, como más adelante se desarrollará su estudio.

Por otra parte a la interpretación que se refiere el Inc. 3° del Art. 1435 C.C., “*O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra*”, esta regla es de suma importancia en la interpretación de los contratos cuyas obligaciones son de dar o de hacer, ya que nada puede indicar con más acierto la voluntad de las partes en esta materia que la ejecución llevada a cabo por ellas mismas de las cosas que, con arreglo a lo pactado, estaban obligadas a dar o hacer.¹⁸³

Como dice Giorgi citado por CLARO SOLAR, es una interpretación auténtica, la cual es calificada como la reina de todas las interpretaciones, basado en el principio que dice después de concluido el contrato ninguna de las partes tiene libertad para modificar a su capricho la voluntad ya declarada e interpretarlo a su modo. En este sentido en la hermenéutica de los contratos, la inteligencia, el sentido que le dan los contratantes es el faro más seguro para conocer la voluntad. La interpretación o aplicación que las mismas partes han hecho de las cláusulas del contrato, es

¹⁸⁰ Ibid. 24-25. Se constituye **la sexta regla** de interpretación.

¹⁸¹ Manuel Borja Soriano. Op. Cit. 312. Véase Luis Claro Solar. Op. Cit. 25, el inc. 1° del Art., 1435 C.C., establece **la séptima regla**, una convención constituye un todo indivisible y se debe tomar en su totalidad para conocer por entero la intención de los contratantes. No se pueden tomar aisladamente las cláusulas de un contrato porque éstas se ligan entre sí, explicándose recíprocamente. Como dijera Atilio Anibal Alterini. Op. Cit. 415, se trata de la interpretación del contexto contractual, como por ejemplo, una parte no puede tomar del contrato aquello que le conviene y, al mismo tiempo, evadir de lo que le resulta gravoso.

¹⁸² Luis Claro Solar. Op. Cit. 25. Debiendo tener en cuenta las reglas que rigen las pruebas.

¹⁸³ María Isabel Warnier Readi. Op. Cit. 474.

similar a la interpretación auténtica de la ley, ya que las partes contratantes son los legisladores del contrato.¹⁸⁴

Art., 1436.- Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda.

En esta disposición también debe entenderse que el método subjetivo, es el que se debe de utilizar para interpretar un contrato en el que conste que las partes han expresado un ejemplo para la explicación de la obligación, ya que con ello no han querido restringir el alcance de sus obligaciones,¹⁸⁵ sino exponerlo de una mejor manera para una fácil comprensión.

Art., 1437.- No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas procedentes de interpretación, se interpretaran las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

Pero las cláusulas 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 las cláusulas ambiguas han sido dictadas o 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 1.

El inciso primero, supone que la duda sobre el verdadero sentido de las cláusulas, no ha sido evacuado por medio de las anteriores reglas de interpretación, y como lo expresa COLOMA CORREA, las disposiciones relativas a la interpretación de los contratos, no constituyen mecanismos para conocer intenciones, sino que señalan otros materiales a tener en cuenta como lo son las prácticas de los contratantes o, bien directivas para jerarquizar interpretaciones posibles, tal es el caso de la disposición legal que versa: “Pero las cláusulas ambiguas se interpretan en contra de quien las incorporó”,¹⁸⁶ que para el caso de El Salvador es el Art., 1437 C.C.

Esta disposición no pretende desatar el nudo, sino que por el contrario ¡cortarlo!, ya que solo en la duda debe recurrirse a ella. Entendida como la interpretación que se confiesa impotente ante la impenetrable obscuridad del contenido del contrato, por lo que “en duda” la convención se interpreta contra aquel que ha estipulado y en favor de quien ha contraído la obligación. Cuando se mantiene la duda que no ha podido ser salvada aplicando las reglas de interpretación dadas por el legislador. Siendo un procedimiento destinado a salvar una situación que no ha podido ser solucionada por las demás reglas de interpretación establecidas.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Luis Claro Solar, Op. Cit. 19-20. El contenido del Inc. 3° del Art., 1435 C.C., establece **la segunda regla** de interpretación según el estudio de Claro Solar.

¹⁸⁵ Henri y León Mazeaud y Jean Mazeaud. Op. Cit. 378. Véase Luis Claro Solar, Op. Cit. 27. En esta disposición legal se encuentra **la octava regla** de interpretación. Ante las cláusulas verdaderamente ambiguas la ley se inclina en favor del deudor cuando no pueda aplicarse ninguna regla de interpretación.

¹⁸⁶ Rodrigo Coloma Correa. Op. Cit. 11, es decir, las cláusulas ambiguas deben ser entendidas en sentido adverso a quien las redactó.

¹⁸⁷ Luis Claro Solar. Op. Cit. 28. Esta disposición contiene **la novena regla** de interpretación, y solo se recurre a ella cuando persiste la duda en el contenido de la cláusula.

Para el caso de los mutuos o préstamos de consumo, en lo que respecta a los intereses, el Art., 1964 C.C., establece que de pactarse intereses no estableciéndose o determinándose un monto, se entenderán que son los legales, para el caso, los intereses civiles fijados son del seis por ciento anual, Art., 1964 Inc. 2° C.C., mientras que el interés legal mercantil se fija periódicamente según el Art. 960 C.Co., en relación con el Acuerdo del Poder Ejecutivo ahora Órgano Ejecutivo en el Ramo de Economía para la Fijación del interés legal mercantil N° 1299 de fecha 13/12/1983, el cual es del doce por ciento anual.

Sobre los intereses convencionales, puede darse el hecho de no haberse pactado ninguno, y no obstante con ello el mutuario pague determinada cantidad de dinero en calidad de intereses; en tal caso el Art. 1965 C.C., establece que no podrá recuperar lo pagado en ese concepto, ni siquiera lograr que lo abonado se impute al capital.

2.3 Contrato de Crédito de Consumo

La adquisición de bienes y servicios por los consumidores en su mayoría se realiza previa concesión de un crédito que le facilite su adquisición, en especial en los casos en los que la capacidad económica no permite acceder al mismo, incluso aun cuando se tenga la capacidad de comprarlo de contado, sin recurrir a la financiación, pero vista las aparentes facilidades concedidas por el prestamista, tales como la financiación sin intereses convencionales, tarjetas de crédito, créditos preconcebidos, créditos rápidos, tarjetas de clientes, etc., hacen factible el acceso a un crédito de consumo, el cual es usado por el consumidor para cubrir determinadas necesidades.

Previo al estudio del contrato de Crédito de Consumo, es importante conocer los sujetos de la relación de consumo, a fin de establecer su participación e injerencia en la contratación, así como protección y restricciones que la regulación jurídica y doctrina imponen a estos sujetos.

2.3.1 Sujetos en la contratación de consumo

2.3.1.1 Consumidor

Para entender quién es consumidor, se debe valorar su acepción económica y jurídica. La noción económica parte de las expresiones consumo y consumidor, las cuales provienen de las ciencias económicas. Siendo el consumo el último eslabón dentro del proceso económico de producción de bienes y servicios cuyo destino es satisfacer necesidades. Por lo que el consumidor es aquel que “consume” el referido ciclo, agotándolo. No es consumidor el que emplea los bienes y servicios adquiridos como medio de trabajo, instrumentándolo para el logro de nuevos productos o servicios.¹⁸⁸

¹⁸⁸ Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos. *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones. 1 Concepto de obligación, elementos, clasificaciones* (Buenos Aires: Hammurabi, 1999), 99. Por su parte Julio Baltazar Durand Carrión, Op. Cit. 116, define al consumidor, como un contratante ocasional que acude al mercado, no como profesional, sino que se dijera como amateur adquiriendo bienes y servicios no para reingresarlos al mercado sino para su propio consumo o el de su entorno familiar o social.

La noción jurídica de consumidor tiene dos aristas, el sentido abstracto, el cual comprende como consumidores a todos los ciudadanos en cuanto aspiran a tener una calidad adecuada de vida, como bien lo dijo el presidente Kennedy: consumidores, por definición, “nos incluye a todos”, y esto pues todos somos consumidores en potencia, como personas a las que conciernen distintos aspectos de la vida social. Y el sentido concreto y legal de consumidor procura determinarlo a éste bajo la tutela normativa específica que lo ampara.¹⁸⁹

Los distintos criterios normativos del concepto de consumidor, nos presentan una concepción amplia, conforme a la que consumidor es todo aquel que contrata como cliente con un empresario o profesional; mientras tanto, la concepción restrictiva, entiende por consumidor a la persona física que adquiere bienes o servicios para un uso privado, familiar o doméstico, por lo que las personas jurídicas quedarían descartadas como posibles consumidores, también las personas físicas que realizan operaciones dentro del ámbito de su empresa.¹⁹⁰

Nuestra legislación en materia de consumo, ha previsto en el literal a) del art. 3 LPC, que se entenderá por consumidor o usuario a toda persona natural o jurídica que adquiriera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien, reciba oferta de los mismos, cualquiera que sea el carácter público o privado, individual o colectivo de quienes los producen, comercialicen, faciliten, suministren o expidan; por lo que el criterio adoptado de consumidor es el restrictivo, por la destinación del bien o servicio adquirido.

La Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, amplía el alcance de consumidor, y es que para que una persona sea considerada consumidor, no resulta relevante la situación subjetiva de la persona, ha de atenderse a la posición que la persona tiene en el concreto contrato, así como a la naturaleza y finalidad del mismo (es decir, una misma persona puede ser calificada como consumidor en el ámbito de unos contratos y no de otros), y que sea la parte débil de la contratación, situación que concurre cuando se trate de contratos cuyo objeto es un uso que no sea profesional del bien o servicio.¹⁹¹

Para el caso de El Salvador, el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, por Resolución de fecha 13 de julio de 2009 en el expediente 421/2009, excluye a las empresas de ser catalogadas como consumidores, en especial cuando las contrataciones que realicen sean la adquisición de bienes y servicios que puedan catalogarse como explotación empresarial directa, y que corresponda a insumos destinados a integrar procesos industriales o fabriles cuyo resultado es la producción o elaboración de mercadería; así como las correspondientes a mercaderías ulteriores trasladadas a clientes de la empresa, atribuyéndose el comerciante un margen de ganancia para sí mismo por su transformación, comercialización o intermediación.¹⁹²

¹⁸⁹ Ibid. 100.

¹⁹⁰ Ibid. 100, 101.

¹⁹¹ Sala Tercera, *Sentencia, asunto C-498/16* (Luxemburgo: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 25 de enero 2018).

¹⁹² Armando Enrique Mena Castro, Ed., *Criterios Jurisprudenciales del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor. Resolución del Tribunal Sancionador del 13 de julio de 2009, expediente 421/2009* (El Salvador: Defensoría del Consumidor, 2015). 17, En este instrumento se resumen las resoluciones del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, entre los cuales se encuentra en la Parte VI de dicho texto lo referente a las cláusulas abusivas y el extracto de las Resoluciones del TS.

2.3.1.1.1 El consumidor como parte débil

Se ha asumido que el consumidor como el destinatario final de bienes y servicios ofrecidos en el mercado y en su relación contractual de consumo es la parte débil, correspondiendo a circunstancias históricas de abusos a consecuencia del capitalismo, mismo que desconoció el postulado de la libre competencia, que motivó la intervención del Estado en esta materia. En un principio se consideró débil únicamente al deudor de la relación obligatoria, luego la noción de contratante débil se ha ido abriendo paso a otra tendencia para favorecer a la parte privada de poder económico para diseñar el esquema negocial.¹⁹³

La parte débil de un contrato en palabras de DURAND CARRION, es aquella que no tiene el poder suficiente para establecer el esquema contractual o, que tiene un déficit considerable de información respecto del objeto del contrato y que lo pone en una situación de desventaja frente a la otra parte, esta noción de “parte débil” no solamente puede estar presente en los contratos predispuestos, o contratos de consumo masivo en su forma de contrato estandarizado o de adhesión, sino también se puede presentar en una relación contractual individual. La concepción de parte débil no necesariamente estará ligada a la dimensión económica o patrimonial de un contratante, sino que a su situación en determinado contrato.¹⁹⁴

2.3.1.2 Proveedor

El art. 3 literal b) LPC, expresa que se entenderá por proveedor a toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, suministro, construcción, distribución, alquiler, facilitación, comercialización o contratación de bienes, transformación, almacenamiento, transporte, así como de prestación de servicios a consumidores, mediante el pago de precio, tasa o tarifa.

Proveedor o empresario es toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúa directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión; y en la actualidad las administraciones públicas y las empresas que dependen de ellas proporcionan bienes y servicios a los consumidores.¹⁹⁵

2.3.2 Contrato de Crédito de Consumo

El Contrato de Crédito de Consumo es definido como aquel contrato mediante el cual un consumidor obtiene financiación, que destinará a la satisfacción de sus necesidades de consumo, de aquéllas que (en abstracto) no tienen relación con su actividad empresarial o profesional, poseen un carácter finalista de financiación. Estos contratos son instrumentos imprescindibles para el desarrollo del consumo.¹⁹⁶

¹⁹³ Julio Baltazar Durand Carrión. Op. Cit. 114. Cuando surgen los consumidores como protagonistas del mercado, la doctrina se decantó más por la protección del débil y no de la figura del deudor.

¹⁹⁴ Ibid. 115. En la mayoría de casos el consumidor asumirá la situación de contratante débil, ya que no siempre tiene el conocimiento de los bienes y servicios que consume, no se encuentra debidamente informado a lo que se le llama asimetría informativa, para poder tomar la decisión de adquirir o no el producto o servicio, no tiene la posibilidad de negociar.

¹⁹⁵ Silvia Díaz Alabart, *Introducción: La contratación con consumidores, Manual de Derecho de Consumo*. Op. Cit. 17.

¹⁹⁶ Lorenzo Prats Albentosa, *Crédito al Consumo, en Manuales Derecho Privado de Consumo*, coor. por María José Reyes López, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005), 417.

Cuando el cliente bancario es consumidor, habremos localizado la figura del crédito bancario al consumo, siendo esta figura aquella por la que una entidad de crédito o un establecimiento financiero de crédito celebra un contrato con un consumidor siendo la causa contractual la financiación para la adquisición de bienes o servicios cuyo destinatario final es el propio consumidor. Para RODRIGUEZ RODRIGUEZ, se le llama crédito al consumo a un grupo de aperturas de crédito que se caracterizan por su destino, que es la adquisición de bienes de consumo duradero, para uso particular del acreditado o consumidor, y por su garantía.¹⁹⁷

2.3.2.1 Clases de créditos de consumo

FARINA, hace referencia a las tres clases de créditos: 1) el que otorga el propio proveedor del bien o del servicio; 2) el que puede otorgar, con igual fin, cualquier tercero, y 3) el que conceden las entidades financieras, especialmente a través de las tarjetas de crédito. Todos estos se separan de la venta de un producto con su financiación, sin embargo, están vinculados entre sí.¹⁹⁸

La primera fórmula de concesión de crédito fue la venta a plazos. En un primer momento es el propio vendedor quien concede el crédito a sus clientes, aplazando el pago; esa situación cambió a partir de la aparición del automóvil, ya que su alto precio, elevó el volumen de la demanda de crédito y la limitada capacidad en la concesión de financiación por parte del vendedor, hizo inapropiada la figura de la venta a plazos; surgiendo una nueva forma de concesión de crédito, siendo un tercer sujeto quien asume la función de financiar.¹⁹⁹

Es necesario también conocer acerca del contrato vinculado de compraventa financiada por un tercero proveedor de servicios financieros, lo que se consigue es satisfacer los distintos intereses de las partes involucradas: El proveedor vende el bien (o servicio) que ha producido, el financista obtiene un crédito a través de los intereses del préstamo y el consumidor satisface su necesidad de forma inmediata gracias a este triángulo “perfecto”.²⁰⁰

Para MARIN LOPEZ, hay vinculación contractual, cuando los dos contratos se han celebrado con el fin de facilitar al consumidor la adquisición de bienes de consumo, realizándose por medio de pago a plazos; esto sería cuando los dos contratos se pueden considerar en función de datos objetivos, como partes de una única operación económica, debido a que prestamista y vendedor colaboran para permitir al consumidor la adquisición de bienes o servicios a plazos.²⁰¹

BOZZO HAURI, resume así esta relación contractual conexa: Cuando el consumidor celebra dos contratos, uno para obtener el financiamiento y el otro para la adquisición del bien o servicio, no significa necesariamente que estos dos contratos se encuentren vinculados, para que exista contratos conexos se requiere que exista una cierta interdependencia entre ambos contratos o que estos cumplan una misma función económica. De esta forma, si el consumidor asiste a una casa de crédito para solicitar la obtención de dinero y luego concurre al proveedor

¹⁹⁷ José Ignacio Bonet Sánchez, *El Coste del crédito de consumo, en Crédito y protección del consumidor* (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996), 256, así mismo ver Joaquín Rodríguez Rodríguez. Op. Cit. 600.

¹⁹⁸ Juan M. Farina. Op. Cit. 266.

¹⁹⁹ Manuel Jesús Marín López. Op. Cit. 84.

²⁰⁰ Sebastián Bozzo Hauri, “Incumplimiento de contratos vinculados en función de consumo y mecanismos de protección en el ordenamiento chileno”, *Revista de Derecho XLV* (2do Semestre, 2015): 40.

²⁰¹ Manuel Jesús Marín López, “El crédito al consumidor”, *Ars Boni et Aequi*, n° 1 (2017): 104.

del bien o servicio, claramente estos contratos son autónomos entre sí, y no pueden considerarse que exista una conexión entre ellos.²⁰²

La finalidad económica común de las partes puede ser satisfecha mediante contratos distintos; y su conexidad es el fundamento para imputar obligaciones de las partes entre sí y respecto de terceros.²⁰³ El fenómeno de los contratos conexos está referido a la consecución de un determinado resultado económico, lo que lleva a las partes a celebrar dos o más contratos diferentes que presentan entre sí un nexo jurídico de tal forma que las vicisitudes que afectan a uno de ellos, sean vigencia, cumplimiento, incumplimiento o interpretación, van a repercutir en el otro contrato.²⁰⁴

En el caso de estos dos contratos, se encuentran opiniones distintas de que, si existe igualdad entre ambos contratos, o sí el contrato de consumo es el principal y el de crédito es accesorio, así en la jurisprudencia española, se ha entendido que el de consumo es el principal y el de crédito el accesorio, tal como lo expresa DIAZ ALABART, que la adquisición del bien o servicio no se llevaría a cabo sin la concesión del crédito, y la concesión del crédito no interesa al consumidor si no es para adquirir un bien o servicio concreto, siendo la causa única.²⁰⁵

Esta función de financiación recae en la esfera del control de las empresas productoras, quienes crean sus propias sociedades financieras encargadas de la concesión de créditos. En esta fase posterior las entidades bancarias deciden entrar de lleno al mercado de la financiación de consumo, la cual es la más habitual de las prácticas, pero esta concesión de créditos no solo se produce mediante estas instituciones. Han ido surgiendo otras modalidades de concesión de créditos, tales como las aperturas de crédito, las tarjetas de crédito, el leasing al consumo, o las cuentas corrientes.²⁰⁶

2.3.3 Contratos de Adhesión

En la negociación ordinaria, las cláusulas que conforman el contenido del contrato son el resultado de la negociación entre las partes y constituyen la expresión de los acuerdos a que han llegado ambos contratantes, tratándose de cláusulas pactadas libremente entre las partes del contrato, con los límites de la autonomía de la voluntad que han sido estudiados en el capítulo uno de esta investigación.

En la prestación de servicios en masa por empresarios a consumidores, el cual es un sector económico en el que se celebran muchos contratos en distintos lugares y de forma muy rápida, se contrata por medio de contratos de adhesión, lo cual presenta muchas ventajas para el empresario y por supuesto para el ágil funcionamiento del mercado, cumplen con dos finalidades económicas de suma trascendencia para el desarrollo de la economía, es decir, viabilizan el intercambio masivo de bienes y servicios, lo que hace más rápida y expedita la circulación de la riqueza en el tráfico

²⁰² Sebastián Bozzo Hauri. Op. Cit. 46.

²⁰³ Rómulo Morales Hervias, "Contribución a la teoría de los contratos conexos", *Revista Derecho y Sociedad*, n° 19, (2002):119.

²⁰⁴ Sebastián Bozzo Hauri. Op. Cit. 42.

²⁰⁵ Silvia Díaz Alabart, "Financiación del consumo y contratos unidos en la ley de crédito al consumo", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n° 20 (1996): 16.

²⁰⁶ Manuel Jesús Marín López. Op. Cit.: 84

comercial; y, se erigen como una estrategia de manejo de costos de los empresarios la cual está orientada a la eficacia económica.²⁰⁷

El contrato que fuera expuesto por la codificación y la doctrina decimonónica presentaba a las partes en un equilibrio contractual, considerado el fruto del libre acuerdo entre los contratantes, subido a la categoría de ley entre las partes, por tanto coercitivo. Pero a finales del siglo XIX, surgió una visión crítica del equilibrio contractual, como lo expresa Raymond Saleilles, citado por PIZARRO WILSON, quien convencido y conocedor de la doctrina alemana, fue el primero en observar este cambio sustantivo en las condiciones de la contratación y propuso la expresión *contrat d'adhésion*.²⁰⁸

Entre las distintas definiciones que del Contrato de Adhesión se han expuesto, retomaremos en este apartado las que reúnen los elementos característicos que hoy en día podemos denotar en este tipo de contratación, en ese sentido uno de sus mejores expositores es POSADA TORRES, para el cual, el contrato de adhesión es el acuerdo de voluntades por medio del cual uno de los contratantes denominado predisponente, impone al otro, llamado adherente, el contenido del contrato sin ninguna posibilidad de discutirlo ni de modificarlo, contando únicamente con la facultad de decidir libremente si contrata o no bajo el clausulado ofrecido, dentro de un esquema de “lo toma o lo deja”.²⁰⁹

Para DIEZ PICAZO, los Contratos por Adhesión son “todos aquellos en que existe una pre redacción unilateral del contrato que es obra de una de las partes contratantes, por medio de formularios, impresos, pólizas o modelos preestablecidos y a la otra sólo le es permitido declarar su aceptación o eventualmente rechazo”.²¹⁰ Por su parte Planiol, Ripert y Esmein, citados por BORJA SORIANO, concluyen que se trata de un acto unilateral emanado de autoridad privada y que una vez dada la adhesión por terceros, sus efectos se determinan por la sola voluntad del oferente.²¹¹

Saleilles citado por O'CALLAGHAN MUNÓZ, identifica al contrato de adhesión como un acto unilateral, ya que no hay contrato, sino dos actos unilaterales e independientes entre sí, es decir la voluntad unilateral del que dicta el contrato y el acto de adhesión del que lo acepta. Sin embargo, la doctrina moderna y la jurisprudencia mantienen su naturaleza de contrato, ya que las

²⁰⁷ Camilo Posada Torres, “Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, n° 29 (Julio-diciembre 2015), DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n29.07.142-143>. Por su parte Carlos Pizarro Wilson. Op. Cit. 120, expone que el contrato ya no es más obra común entre las partes, sino que pasa a convertirse en un instrumento económico que posibilita la circulación de la riqueza en los mercados liberales producto de la masificación del consumo y de la producción.

²⁰⁸ Carlos Pizarro Wilson. Op. Cit. 119, citando a Saleilles, quien es un autor francés que tiene varios escritos que marcaron el inicio de la discusión sobre las formas de protección para el contratante en posición de inferioridad económica en el derecho continental europeo. Desde finales del siglo XIX es posible verificar una profunda transformación en el modelo de contratación, el contrato de adhesión pasó a ser el fenómeno ubicuo.

²⁰⁹ Camilo Posada Torres. Op. Cit. 143.

²¹⁰ Luis Diez Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Op. Cit. 166.

²¹¹ Manuel Borja Soriano. Op. Cit. 153, citando a Planiol, Ripert y Emsmein, destaca lo impresionados que se encuentran por la desigualdad de situaciones de las partes, ya que falta la voluntad libre y esclarecida sin la cual no hay contrato verdadero.

declaraciones de voluntad de una y otra parte, coinciden aunque una de ellas queda limitada a la aceptación o no, de la voluntad declarada de la otra.²¹²

El Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, al referirse a los contratos de adhesión o modernamente denominados condiciones generales de contratación, detalla las características más importantes, que estos presentan entre las que se encuentran: la posición asimétrica provocada por la capacidad del proveedor para imponer al consumidor el contenido del contrato, ya que el cliente solo puede aceptarlo o rechazarlo, en el marco de la conveniencia, necesidad o urgencia que pueda tener de contratar los bienes o servicios; su formulación unilateral y su imposición, pues el consumidor generalmente posee una escasa capacidad de influencia del contenido, por no ser negociadas. Por lo que los contratos de adhesión son resultantes de un consentimiento sin convención.²¹³

Para POSADA TORRES, las definiciones de los contratos de adhesión suelen identificar las características de los mismos, siendo estas²¹⁴:

a) Carácter asimétrico, que se concreta en la desigualdad existente entre las partes con relación a su poder contractual, manifestada, en los especiales y profundos conocimientos que ha adquirido el predisponente (profesional) en relación a su actividad económica, y en el poder que tiene en razón de su posición (dominante) económica de mercado.

b) Limitación a la libertad del adherente para discutir y modificar el contenido del contrato que le ha sido ofrecido, justificado en la restricción de la autonomía de la voluntad del predisponente por parte de la ley, ya que éste último no goza de plena libertad para diseñar y configurar el contenido de sus contratos de adhesión, por cuanto existen disposiciones legales que le exigen unos contenido mínimos con el propósito de no vulnerar los derechos de los adherentes.

c) La reducción de la autonomía de la voluntad del adherente, circunscrita ésta únicamente a elegir si contrata o no bajo el clausulado ofrecido por el predisponente.

En suma los contratos de adhesión se caracterizan en cuanto a que la oferta es dirigida a personas indeterminadas, presentado como un contrato de aceptación o rechazo de todo su contenido en bloque, siendo el elemento de la predisposición por parte del empresario o proveedor el que impone las condiciones contractuales a la otra, y por lo tanto se excluye la libre determinación de la voluntad de una de las partes, existiendo un desequilibrio entre ambas partes.

²¹² Xavier O'Callaghan Muñoz, "Condiciones Generales de Contratación: Conceptos Generales y Requisitos" (Ponencia, Consejo General del Poder Judicial, España comparativo con legislación salvadoreña) https://www.cnr.gob.sv/documentos/rc/cl/condiciones_grl_contratacion.pdf, las dudas respecto de si el contrato de adhesión representa a un verdadero contrato o únicamente un acto unilateral, e resuelve a favor de contrato, ya que la libertad que tiene el adherente de escoger con quien decide contratar, de aceptar o no y a su vez de escoger a quien se adhiere constituye un acto de consentimiento. Para ello deben cumplirse ciertas condiciones como lo son: contar con la información completa antes de contratar y un mercado libre de monopolio.

²¹³ Armando Enrique Mena Castro, Op. Cit. 24, citando Resolución del Tribunal Sancionador del 8 de febrero de 2012, expediente 240/2011. (El Salvador: Defensoría del Consumidor, 2015). 24.

²¹⁴ Camilo Posada Torres. Op. Cit. 144, 146, 147.

FERRERO, distingue el proceder en la contratación por adhesión de la siguiente manera: Se presenta por una de ellas un proyecto de convención; se ofrece esto al público, al primero que llega; cualquiera puede negarse a él, pero con la condición de aceptarlo tal cual es: tomarlo o dejarlo... En estas condiciones, no es igual la situación entre las partes que desempeñan papeles de importancia desigual; una de ellas hace un reglamento, una redacción por anticipado, emite una tarifa, mientras que la otra se limita a acogerse a ella, o aceptar sus disposiciones sin tener posibilidad de discutir las; se limita a dar su adhesión; de ahí su nombre de contratos de adhesión.²¹⁵

Sobre el elemento esencial de los contratos de adhesión, BORJA SORIANO, distingue seis particularidades a notar en los mismos: “la oferta se hace a una colectividad; el convenio es obra exclusiva de una de las partes; la reglamentación del contrato es compleja; la situación del que ofrece es preponderante; la oferta no puede ser discutida; el contrato oculta un servicio privado de utilidad pública,” entre todos estos destaca principalmente el de la preponderancia de la voluntad de uno de los contratantes, la cual se impone a la de la otra parte.²¹⁶

Un mercado con altos costos de transacción producirá la tendencia a la no contratación, por ello PIZARRO WILSON enumera las razones por las cuales se da la elección de la contratación por adhesión: a) los costos de transacción, los contratantes optarán por la solución o transacción más eficiente económicamente, la rebaja importante en los costos asociados a la contratación que implica el contrato de adhesión justifica su uso masivo; b) racionalización de la empresa, que incluye una reducción de los costos de celebración y regulación de los contratos, siendo los contratos instantáneos, en formularios, no requieren de personal especializado para su celebración; y c) seguridad jurídica, la cual es unilateral, pues es la empresa o predisponente el que quien se garantiza el cumplimiento y la acción por incumplimiento en su beneficio.²¹⁷

Otros de los motivos por los cuales se prefiere utilizar este tipo de contratos es el factor tiempo, y es que en la actualidad en el mercado hay gran cantidad de contratos que no pueden ser discutidos individualmente por la falta de capacidad de las partes para la discusión de las cláusulas contractuales, así como la carencia de tiempo para su negociación, todo esto debido a la contratación en serie o en masa.²¹⁸

La posición jurídica y económica del consumidor en la relaciones de consumo por adhesión es de inferioridad y debilidad. En lo jurídico, porque se encuentra con un contrato con cláusulas que han sido determinadas por su contraparte; y en lo económico ya que debe contratar con empresas cuya dimensión genera superioridad en poderío, sufriendo el consumidor de desventaja

²¹⁵ Raúl Ferrero, *El negocio jurídico* (Lima: Editorial Rocarme, 1974), 87.

²¹⁶ Manuel Borja Soriano. Op. Cit. 152-153.

²¹⁷ Carlos Pizarro Wilson. Op. Cit. 121-123. En un mercado que implique a las partes incurrir en gastos de transacción, de determinación, negociación y la existencia de inseguridad jurídica en el cumplimiento de los pactos existirá la tendencia de no contratar. Este autor explica que desde la perspectiva de la new law and economics, corresponde a los costos de saber con quién va a contratar, de informar a los demás que uno quiere contratar, de conducir las negociaciones, delinear el contrato, inspeccionar su cumplimiento y su ejecución, significa que el contratar tiene un valor, con ese fin el contrato de adhesión se vuelve el medio para reducir costes y obtener más ganancias.

²¹⁸ Raúl Canosa Usera y Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *Derecho de los consumidores y usuarios: Una perspectiva integral* (La Coruña: Netbiblo, S. L., 2008): 299.

en cuanto a la experticia del proveedor en la materia de su comercialización, siendo casi ignorante en la mayoría de casos.²¹⁹

El consumidor es en la figura del contrato de adhesión, la parte o contratante débil, siempre que tenga una desigualdad en la estructura del mercado, no participe en la predisposición del contenido del contrato, que carezca o pueda carecer de información para contratar, y no siempre podrá negociar las condiciones de comercialización. Agregando como extremo de lo anterior, que dicho consumidor no tenga ninguna alternativa de elección en la contratación, debido a los monopolios en el mercado.²²⁰

Los contratos de adhesión, constituyen un mecanismo que permite a los empresarios canalizar de mejor manera la dinámica del mercado, tornándose de uso obligatorio en las relaciones comerciales, dichos contratos nacen de la aceptación de un grupo de cláusulas que se les denomina como cláusulas o condiciones generales de la contratación, las que surgen cuando la empresa prediseña el conjunto de cláusulas que quiere introducir en una serie de negocios, por lo que nos lleva a concluir que existe una intrínseca relación entre estos dos conceptos.

Esta figura de Condiciones Generales de los contratos, se definen como las cláusulas o pactos que se incluyen en todos los contratos relativos a concretos objetos y que se imponen a todos los que quieran celebrar aquellos contratos. Se pueden reproducir una a una en cada contrato o pueden imponerse en los impresos o formularios del contrato, en masa y serie.²²¹ Este tipo de contratación plantea el problema del consentimiento del que se adhiere al contrato predispuesto, estando limitada su voluntad a manifestar si contrata o no. El fundamento de la obligatoriedad de los contratos ordinarios es precisamente el consentimiento correctamente formado por ambos contratantes.²²² Esta figura (adhesión) giró en materia mercantil, pero preferiblemente en el ámbito financiero.

La tesis contractual (*lex contractus*) defendida por De Castro, intenta igualar los intereses de tanto del proveedor o empresa como el particular, ya que habiendo dado sus declaraciones de voluntad han alcanzado el fin de formar el consentimiento contractual, las condiciones generales de la contratación tienen el carácter normativo de todo negocio jurídico, es así como la doctrina civilista actual sigue esta doctrina, debiendo ser la más acertada, debido a que las condiciones generales son de carácter contractual, debiendo ambas partes conocer y consentir. Se queda bajo el principio de la autonomía de la voluntad: limitada por la preponderante intervención de la parte

²¹⁹ María Laura Estigarribia Bieber, "Las Cláusulas Abusivas en la contratación con consumidores en la Legislación Argentina", *Comunicaciones Científicas y Tecnológicas* (2006), 2. En este tipo de contratación se debe de actualizar el concepto de autonomía de la voluntad, ya que existe una gran disparidad entre las partes, debido a la diferencia de poder económico y la falta de conocimiento o experticia, derivando con ello un desequilibrio negocial. La voluntad de consumidor no es plena, debiendo las normas jurídicas intervenir, dando protección al más débil, por no existir paridad de fuerzas entre los contratantes.

²²⁰ Julio Baltazar Durand Carrión. Op. Cit. 115, 116 Y 123. El consumidor como parte débil de la contratación, no es una noción individual, sino una categoría, es la cualidad o condición con la que se acude a celebrar un contrato. Como ya se mencionó pero de forma más concreta, esta debilidad se funda en un déficit de negociación, déficit de reflexión y sobre todo déficit de información.

²²¹ Xavier O'Callaghan Muñoz. Op. Cit. 17

²²² Silvia Díaz Alabart y María Teresa Álvarez Moreno, *Contratación con condiciones generales y cláusulas abusivas*, en *Manual de Derecho de Consumo* (Madrid: Editorial Reus, S.A., 2016). 70-71.

más poderosa que redacta el contrato con antelación; y siendo además *lex privata de las partes*, art. 1416 C.C.²²³

Los requisitos que el Art., 22 de la Ley de Protección al Consumidor le impone a los formularios de contratos de adhesión para la circulación de los mismos y para su existencia se pueden resumir en: ser escritos en términos claros, en idioma castellano, impresos con caracteres legibles a simple vista, la entrega de los formularios previo a suscribirlos se prohíbe que dichos contratos contengan remisiones a textos o documentos que no se entregan al consumidor²²⁴ y de hacerlo debe verificarse la entrega de dichos documentos de manera previa o simultáneamente a la celebración del contrato, excepto que la remisión sea a cualquier ley de la República.

La Defensoría del Consumidor conjuntamente con la Superintendencia del Sistema Financiero realizan acciones de supervisión previa a la formación y validez de los contratos de adhesión utilizados por los proveedores de servicios financieros, todo para verificar que dichos formularios no contengan violaciones a los derechos del consumidor, esto se encuentra regulado desde el año 2005 en el Art., 22 de la Ley de Protección al Consumidor, y en los Arts., 10 al 12 de las Normas Técnicas para la Transparencia y Divulgación de la Información de los Servicios Financieros Bancarios²²⁵.

Moisset de Espanés citado por ESTIGARRIBIA BIEBER, expresa: Pocas cosas hieren tanto el sentido de justicia, como el desequilibrio entre las prestaciones intercambiadas por las partes, desigualdad que puede ser el fruto del aprovechamiento de la situación de inferioridad en que se encuentra el otro sujeto, o que puede aparecer con posterioridad a la celebración del contrato, por una alteración de circunstancias que torna sumamente gravosa la situación para una de las partes. El que pretende aprovechar ese desequilibrio, sea originario o sobrevenido, atenta contra la buena fe que debe inspirar toda relación negocial, lo que exige al jurista aguzar su ingenio en la búsqueda de un remedio que haga reinar en su plenitud la justicia contractual.²²⁶

Especial mención sobre esta forma de contratación también ocurre hoy en día en el préstamo garantizado con hipoteca, ya que suele concertarse entre un particular y una institución financiera o de crédito, éstos últimos son los que imponen las condiciones del préstamo hipotecario, para ello añaden al contrato una serie de cláusulas generales y comunes para un sin número de contratos, a los que el particular o deudor no tiene más remedio que consentir si quiere ser sujeto de crédito y obtener la financiación solicitada, y es que en la mayoría de casos se trata de compraventas con mutuos hipotecarios, pero en sí son financiaciones para la adquisición de viviendas.

La contratación en masa ha alcanzado los contratos bancarios y de las instituciones de créditos, todas éstas redactan los contratos e incorporan en los mismos un formulario casi tipo, (aun cuando sea en Escritura Pública), en el que cabe poca negociación por las partes contratantes,

²²³ Xavier O'Callaghan Muñoz. Op. Cit. 8

²²⁴ Véase Rúben S. Stiglitz, "Contrato de consumo y cláusulas abusivas", *Con-texto*, Vol. 4 (1999): 34, quien afirma que una cláusula que contenga remisión o reenvío a otra u otras reglas de autonomía incluidas en anexos que no forman parte del texto contractual y que pretende aplicar y que se advierte que su contenido es del desconocimiento del consumidor, lo cual se ha vuelto una práctica reiterada por los profesionales o predisponentes, teniendo como sanción el desconocimiento o exclusión de esa cláusula.

²²⁵ Normas Técnicas para la Transparencia y Divulgación de la Información de los Servicios Financieros Bancarios (El Salvador: Banco Central de Reserva de El Salvador, 2018).

²²⁶ María Laura Estigarribia Bieber, "Interpretación de los contratos. Evolución de sus principios". Op. Cit. 65.

demostrando su mayor fuerza e inclinando la balanza a su favor; se considera hoy en día al préstamo hipotecario un verdadero contrato de adhesión, en el que el predisponente es el acreedor hipotecario (entidad de crédito), y el adherente es el deudor hipotecario (particular, cliente del banco, Caja de Crédito o Institución estatal de crédito).²²⁷

Se afirma que el préstamo hipotecario es un contrato de adhesión, ya que cumple con sus caracteres, los cuales son: pre redactado por una de las partes, cláusulas tipo, adhesión o rechazo de la otra parte; ausencia de negociación y este tipo de negociación es en masa, constituyéndose como condiciones generales en la contratación esas cláusulas pre- redactadas, generalizadas y que se aplicarán en todos los contratos del mismo tipo.²²⁸

2.3.4 Interpretación de los contratos de consumo y en especial los de adhesión

En nuestra legislación se observan dos disposiciones que ayudan a poder interpretar los contratos de adhesión o que contengan cláusula predisuestas, siendo: *art., 1437 Inc. 2° C.C., que dice: "...Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretaran en contra suya, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella";* y *art., 978 C.Com. "Los contratos redactados en formularios impresos o preparados por una de las partes, se interpretarán en caso de duda, en el sentido más favorable al otro contratante."*

Las profundas transformaciones de naturaleza social, económica, jurídica y tecnológica, que han surgido con posterioridad a la sanción del Código Civil, han provocado la fragmentación del contrato, dando como consecuencia el surgimiento de nuevas categorías en la contratación, como lo son los contratos por adhesión y de consumo, en los que existe desigualdad de poder negocial entre las partes; sin embargo, las normas sobre interpretación de los contratos del Código Civil, han persistido aplicándoseles a los antes mencionados contratos, pero ello no enerva la posibilidad de la especialidad en la actividad hermenéutica en estos campos, en relaciones de consumo que son reguladas por una normativa protectora del consumidor²²⁹ o parte débil de la relación jurídica.²³⁰

La doctrina y la legislación comparada ha visto el hecho de que los contratos de consumo y en especial los de adhesión responden a un formato distinto de la contratación clásica, ha desarrollado un conjunto de reglas para su interpretación. La legislación salvadoreña no posee dichas reglas y las que existen corresponden a la contratación clásica, misma que no coincide con los principios de la contratación de consumo o en la que se utiliza en masa, es decir, la de adhesión, en la que se carece de la autonomía de la voluntad.

²²⁷ María Goñi Rodríguez de Almeida y Esther Monterroso Casado, "La protección del consumidor en el Derecho Civil", en *Derecho de los Consumidores y Usuarios: Una perspectiva integral*. ed. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Raúl Canosa Usera (La Coruña: Netbiblo, 2008), 324.

²²⁸ *Ibid.* 324.

²²⁹ Esta normativa protectora del consumidor debe ser entendida como Ley de Protección del Consumidor, así también como la doctrina de los expositores del Derecho de Consumo.

²³⁰ Jorge Rodríguez Russo, "La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil uruguayo", *InDret Revista para el análisis del derecho* n°4, (2013): 4, 6.

Para RODRIGUEZ RUSSO, la existencia de las reglas particulares de interpretación de la contratación por adhesión, debe significar la exclusión de las previstas por el Código Civil para la interpretación de los contratos en general, pudiendo considerarse más bien como una especificación a algunas de sus reglas, acorde a la propia materia donde habrán de operar.²³¹ Por lo que algunos de los principios y reglas de interpretación de los contratos de consumo y en especial los de adhesión, son los siguientes:

2.3.4.1 Interpretación típica

Los contratos de consumo, no van dirigidos para un sujeto en específico sino que son redactados para una multitud de relaciones negocials para personas indeterminadas, por lo que la interpretación que se debe hacer es objetiva, se deberá tomar como base a un hombre modelo integrante del grupo de consumidores al que va dirigida la oferta, indagando cómo pudo y debió entender las condiciones un miembro medio del círculo de que se trate.²³²

BAROCELLI al referirse a “El consumidor medio o racional”, expresa que dicha frase parece ser una versión 2.0 del “buen padre de familia”, y entiende esa categoría para invisibilizar las diferencias, particularidades y situaciones de muchas personas, sobre todos las más vulnerables, desventajosas y desfavorecidas de la sociedad, sobre los que las autoridades administrativas y judiciales deben centrar, la protección de los consumidores y las medidas de prevención de daños.²³³

Como se expresó con anterioridad la interpretación por excelencia de los contratos se basa en la utilización del método o sistema subjetivo, sin embargo para Bonnecase, citado por BORJA SORIANO, los contratos de adhesión, se interpretan según el método aplicable a la interpretación de la ley, con esta precisión, que en caso de duda, se interpretan contra el redactor y en favor de la parte que haya aportado su adhesión, es decir, en favor de aquellos que ante la necesidad, se han adherido a los estatutos o cláusulas generales²³⁴, tal como lo regula el Art., 1437 Inc. 2° C.C.

Sigue al respecto Bonnecase y considera una excepción que a los contratos de adhesión como actos jurídicos comerciales, se les interpretan menos por la voluntad real que por la consideración del medio económico y del objetivo de especulación perseguido en el acto. En los contratos de consumo realizados por medio de adhesión, algunos autores señalan que la interpretación debe adecuarse a las características de ese tipo de contratación, ya que al haberse

²³¹ Ibid. 17.

²³² María Laura Estigarribia Bieber, “Interpretación de los contratos. Evolución de sus principios”. Op. Cit. 65-66. En la interpretación de los contratos de consumo por adhesión no se toma en cuenta las características particulares del adherente. Véase Jorge Rodríguez Russo, “La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil uruguayo”. Op. Cit.: 15, en su trabajo explica que la interpretación típica objetiviza el modelo del sujeto contractual, lo refiere al hombre medio, fundándose en dos aspectos, uno de índole económica y otro en la igualdad, porque es razonable que para la misma categoría de sujetos y de problemas exista una interpretación.

²³³ Sergio Sebastián Barocelli, “La regulación de las prácticas comerciales en el derecho del consumidor argentina”, *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Pelotas*, n°. 1, Vol. 03 (2017): 136.

²³⁴ Manuel Borja Soriano. Op. Cit. 155. Los contratos de adhesión son denominados por Bonnecase como convenios tipos, pues está uno en presencia de verdaderos Códigos corporativos unilaterales, que no tienen nada de la autoridad del legislador.

predispuesto el clausulado no es posible interpretar la voluntad común porque esa voluntad no existe.²³⁵

En atención a la anterior afirmación, no es posible aplicar la interpretación subjetiva a la que se recurre con prioridad en el derecho civil, ya que se puede destacar que es infructífera la búsqueda de una voluntad común que nunca ha existido, debido a que los términos contractuales no fueron discutidos bilateralmente, pues la autoría material del contrato que corresponde únicamente al predisponente, que en su caso es el proveedor, por lo que deberá recurrirse en todo momento a las reglas de interpretación objetiva.²³⁶

La interpretación de los contratos de consumo en especial los de adhesión, es decir, contratos en masa por medio de formularios o cláusulas impresas, debe ser realizada por el método objetivo, debido a que si todas las cláusulas predispuestas son idénticas, todas deben interpretarse de la misma forma, por lo que las circunstancias próximas de cada contrato son indiferentes para la interpretación, porque la contratación gira en torno al conflicto de intereses “típico” que las condiciones preformuladas tratan de resolver.²³⁷ Quedará excluido dicho método de interpretación cuando se trate de un contrato individual.

2.3.4.2 Interpretación a favor debitoris – favor debilis

El antiguo principio *Favor debitoris* (favor al deudor), cuyo fin era interpretar en caso de duda a favor del deudor de la obligación contractual, ha evolucionado, en el sentido que en la actualidad la interpretación se realiza *Favor debilis* (favor al débil), es decir, del débil en la contratación, en los términos expuestos en los dos apartados anteriores, fundada dicha debilidad en un déficit de negociación, déficit de reflexión y sobre todo déficit de información, razón por la que se interpretará en el sentido más favorable para el consumidor o adherente.²³⁸

Esta clase de interpretación, incluiría los aspectos de interpretar el contrato en el sentido más favorable para el consumidor, y en caso de duda sobre alcances de obligaciones se estará a la que sea menos gravosa, siendo la *ultima ratio* de este principio, la que se fundamenta en una necesidad tuitiva, desde la legislación, con el objeto de intentar restablecer el equilibrio general del sinalagma, superando así las diferencias de poder y materializadas en cláusulas abusivas o desequilibrio de los derechos y deberes de las partes.²³⁹

²³⁵ Ibid. 306; ver también a Silvia Díaz Alabart, “Introducción: La contratación con consumidores”, Manual de Derecho de Consumo. Op. Cit. 90; y Jorge Rodríguez Russo, “La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil uruguayo”. Op. Cit.: 10.

²³⁶ Jorge Rodríguez Russo, “La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil uruguayo”. Op. Cit.: 10. De una interpretación subjetiva, que intenta reconstruir la común intención de los contrayentes, pero en materia contractual de consumo se intenta pasar a una interpretación objetiva, teniendo como base la aplicación del principio “a favor del consumidor”.

²³⁷ Ibid. 14

²³⁸ María Laura Estigarribia Bieber, “Interpretación de los contratos. Evolución de sus principios”. Op. Cit. 66.

²³⁹ Idem.

2.3.4.3 Interpretación *contra proferentem* o *contra stipulatorem*

La particular situación de superioridad que tiene el predisponente en los contratos de consumo, y en especial en los de adhesión, que constituye la contrapartida a la regla de interpretación de las cláusulas dudosas u oscuras a favor del débil, ya que es el proveedor de bienes o servicios crediticios quien redacta o predispone las mismas, y es él quien debe cargar con las consecuencias de su obrar contrario a la buena fe.²⁴⁰

Esta regla de interpretación, puede resultar insuficiente, dando lugar a que los contratos por adhesión formulados por empresas crediticias, sean cada día más claros en perjuicio del cliente; y siendo claros, aunque sea en perjuicio del cliente, nada habría que interpretarse, esto puede implicar que se generen prácticas abusivas, en las que tendría que existir mayor control preventivo en los formularios de contratos de adhesión, por las instituciones involucradas.

Este principio está íntimamente ligado a otro principio que impone la obligación de hablar claro (*clare loqui*), y significa que se le impone una carga a aquel que tuvo la posición dominante en uso de su facultad de establecer las cláusulas negociales, por lo que tiene el deber de hablar claro y de no incurrir en abuso. Al contravenir estos últimos deberes, tendrá que hacerse cargo de las consecuencias, es decir, que la interpretación sea hecha en su contra.²⁴¹

La interpretación *contra proferentem* o *contra stipulatorem*, constituye una regla auténtica de interpretación de los contratos, para el caso de El Salvador se encuentra prevista en el art. 978 C. Com. Para RODRIGUEZ RUSSO, este precepto supone que ante una cláusula ambigua que ha sido extendida o dictada por una de las partes, habrá de interpretarse en su contra, siempre que la ambigüedad provenga de su falta de explicación. Recoge una antigua regla, cuyos antecedentes se remontan al Derecho romano, habiendo sido consagrada en el Digesto (XLV, 38, 18) en estos términos: “*In stipulationibus quum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt*”: “cuando en las estipulaciones se duda que es lo que se haya hecho, las palabras han de interpretarse en contra del estipulante”.²⁴²

2.3.4.4 Prevalencia de cláusulas

En los contratos de adhesión o predispuestos, las cláusulas especiales prevalecen sobre las generales, aunque éstas no hayan sido canceladas; y las incorporadas, sobre las predispuestas. Esta regla se encuentra prevista en el art. 976 C. Com., que dice: “*En los contratos de adhesión, las*

²⁴⁰ Ibid. 68. En igual sentido véase Atilio Anibal Alterino. Op. Cit. 420, quien al referirse al “*stipulator*”, se refiere, al que habiendo formulado la cláusula, estuvo en condiciones de expresarse con claridad y en cambio ha resultado ambiguo. Esto es una derivación del principio de la *buena fe*, lucrarse a costa de expresiones dudosas. En palabras de Silvia Díaz Alabart y María Teresa Alvarez Moreno. Op. Cit. 90, “La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiera ocasionado la oscuridad. Obviamente, cuando estamos tratando de contratos de adhesión, quien puede ocasionar la oscuridad que plantea dudas en la interpretación de las cláusulas será el empresario en tanto que predisponente que las incluyó en el clausulado”.

²⁴¹ María Laura Estigarribia Bieber, “Interpretación de los contratos. Evolución de sus principios”. Op. Cit. 68. La obligación de hablar claro tiene una aplicación lógica, ya que el que debía hacerlo y no lo hizo, debe responsabilizarse por ello, debido a su negligencia, y obedece también a cierto afán sancionatorio de la inclusión de cláusulas ambiguas, oscuras, que pudieran llevar a equívocos o hacer más gravosa la prestación de la otra parte.

²⁴² Jorge Rodríguez Russo, “La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil uruguayo”. Op. Cit. 28, buena parte de la interpretación contractual de consumo considera que para evitar problemas de interpretación las reglas y decisiones futuras deben sancionar a la parte que pudo prever el problema a menor costo.

cláusulas adicionales prevalecerán sobre las del formulario, aunque éstas no se hayan cancelado”.

Para algunos esta regla no es meramente una regla de interpretación de las cláusulas, sino más bien una jerarquización del contenido del contrato, entendiendo a dicho apartado como una expresión del ejercicio de la autonomía de la voluntad, siendo que las cláusulas particulares prevalecen o pueden derogar a las estipulaciones que integran normalmente el contrato de adhesión, puesto que las condiciones generales son insertadas indiscriminadamente y con carácter general, mientras que la cláusula particular, cobra sentido en el contrato en que han sido insertadas, revelando la verdadera intención de las partes en la contratación.²⁴³

Es una regla que resuelve cuando exista discrepancia entre lo particular y lo general, prevaleciendo lo particular, así también como lo dice Santos Briz, citado por RODRIGUEZ RUSSO, las cláusulas especiales tienen por objeto precisamente aclarar o alterar lo convenido en las condiciones comunes;²⁴⁴ así también, las cláusulas adicionales son un reflejo de la autonomía de la voluntad ya que se entiende haber sido negociadas, mientras que las predispuestas o las del formulario, como se diría en el art., 976 C. Com., responden a la supremacía del predisponente.

La doctrina Española representada por DIEZ PICAZO, prevé que esta regla de interpretación prima cuando exista discrepancia entre cláusulas y sea más favorable al consumidor la cláusula especial que la cláusulas predispuestas, por lo que sería una nueva regla (condición más beneficiosa). En caso de divergencia entre la condición general y una cláusula particular, se aplicará la que resulte más beneficiosa para el adherente. Y si no puede determinarse cuál de las dos es más beneficiosa, prevalecerá la cláusula particular sobre la general, entendiéndose que es más beneficiosa aquella que amplíe el ámbito de los derechos del adherente o reduzca el de sus obligaciones, cargas y deberes.²⁴⁵

2.3.4.5 Principio de Conservación del contrato

En el derecho clásico esta regla de interpretación corresponde a lo establecido en el art. 1433 C.C., que dice: “*El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá estarse a la interpretación a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno*”, para este caso el derecho asume y da por sentado que los contratantes expresan su voluntad para lograr efecto práctico y jurídico, pues no se ha querido insertar algo inútil, ya que es la esterilidad negocial lo que se pretende evitar, queriendo el legislador preservar hanta donde sea posible los efectos del negocio jurídico.²⁴⁶

²⁴³ María Laura Estigarribia Bieber, “Interpretación de los contratos. Evolución de sus principios”. Op. Cit. 74. Esta autora prevé que si en las cláusulas que conforman el formulario de contrato de adhesión, se incluya alguna cláusula en la que se imponga la ineficacia de los acuerdos individuales pactados por las partes, la inclusión de dicha cláusula general podría interpretarse como sorpresiva, por lo tanto abusiva. Ver Jorge Rodríguez Russo, “La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil uruguayo”. Op. Cit. 22.

²⁴⁴ Jorge Rodríguez Russo, “La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil uruguayo”. Op. Cit. 20 y 21. Este mismo autor, cita a Stella Richter, quien expone que las cláusulas negociadas, son efectivamente acordadas y queridas por ambas partes, por lo que priman sobre las unilateralmente predispuestas.

²⁴⁵ Luis Diez Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Op. Cit. 412, 413. Se procura resolver discrepancias entre dos cláusulas, una predispuesta y la otra negociada, para este caso se aplicará la que resulte más beneficiosa para el consumidor adherente, si no se puede determinar cuál es la más beneficiosa, prevalecerá la cláusula particular.

²⁴⁶ Jorge Rodríguez Russo, “El principio de conservación del contrato como canon hermenéutico”. Op. Cit. 271.

Es importante destacar la casuística que Vincenzo Roppo citado por RODRIGUEZ RUSSO, hace de la interacción de la regla de interpretación más favorable al consumidor (*favor debitoris – favor debilis*), con el principio de *conservación del contrato*, dado que la interpretación más favorable al consumidor no siempre parece ser la que resulta de la aplicación del *principio de interpretación contra proferentem*, en el supuesto que una interpretación aparentemente más gravosa para el mismo en definitiva resulte más favorable, pues lo gravoso de dicho clausulado nos puede conducir a la eliminación de la cláusula, por ser susceptible de calificarse como abusiva.²⁴⁷

Existe una paradoja que se puede presentar al aplicar la regla de interpretación *contra stipulatorem*, en el supuesto de que una cláusula que se encuentre orientada al beneficio de los intereses de la empresa y por consiguiente contra los intereses del consumidor, pero que no es unívoca en su significado, sino que sea ambigua, en este caso se pueden dar dos interpretaciones: **X** (la que sea menos gravosa para el consumidor, aunque sin llegar a ser abusiva) o bien **Y** (la más gravosa para el consumidor, alcanzando la calidad de cláusula abusiva, y por consiguiente nula en el contrato).²⁴⁸

En la aplicación de las reglas de interpretación al caso antes citado, puede ocurrir que al aplicar la regla *contra stipulatorem* interpretando la cláusula ambigua **X** (la que sea menos gravosa para el consumidor, aunque sin llegar a ser abusiva), estaría integrada al contrato por no alcanzar el grado de abusiva; y por otro lado de interpretarse en el sentido **Y** (la más gravosa para el consumidor), se obtiene la máxima ventaja para el consumidor, calificando la cláusula como abusiva, y se elimina del contrato.²⁴⁹

En todos estos casos de interpretación, por una parte la que conduce a la validez y mantenimiento de la cláusula, y por la otra la que lleva a la nulidad o ineficacia de la misma, todo en concordancia con el principio *pro consumatore*, debe preferirse la que alcance la nulidad de la cláusula. Mientras que si se aplica el principio *favor contractus o preservación del contrato*, hay que estarse a la validez de la estipulación o cláusula.²⁵⁰

²⁴⁷ Ibid. Cit. 272.

²⁴⁸ Idem.

²⁴⁹ Idem.

²⁵⁰ Idem.

CAPÍTULO 3

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

3.1 Las cláusulas Abusivas en la contratación

3.1.1 Concepto

Por Cláusulas Abusivas entenderemos a aquellas estipulaciones que en contra de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, tal como lo establece el Art. 17 LPC. La Directiva 93/13/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas,²⁵¹ en su Art. 3, incluye además, que una cláusula se considera abusiva, si ésta no ha sido negociada individualmente, cuando contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio (ventaja excesiva) importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Por su parte ECHEVERRI SALAZAR, afirma que los contratos de adhesión por las características de su formación, son un campo fértil y favorecen la posibilidad en los cuales pueden emplearse las cláusulas abusivas, mismas que define como aquellas que 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.²⁵²

El Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, establece que cláusulas abusivas son las condiciones, requisitos o consecuencias que el proveedor pueda establecer en un contrato que coloquen al consumidor en una situación de desventaja, desigualdad o anulen sus derechos;²⁵³ a lo que FRATTI DE VEGA adiciona a ese concepto que dichas cláusulas vayan en contra de la buena fe, causándole perjuicio al consumidor y que dichas cláusulas se encuentren en un contrato de adhesión.²⁵⁴

REYES LÓPEZ, define las cláusulas abusivas a todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.²⁵⁵

²⁵¹ Directiva 93/13/CEE Sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. (Unión Europea: Consejo de las Comunidades Europeas, 5 de abril 1993). El artículo 3, al referirse a un desequilibrio, se refiere a que este debe ser significativo entre los derechos del consumidor, las obligaciones y cargas del profesional, derivadas del contrato en perjuicio del primero. Así como quedó redactado ese artículo, ha motivado que se le interprete en el sentido que la cláusula es abusiva sólo cuando determina un desequilibrio significativo que se halle en contraste con el principio de buena fe, a tal suerte que una cláusula que consagre un desequilibrio como el referido pero que no infrinja la buena fe, no podría constituirse en abusiva.

²⁵² Verónica María Echeverri Salazar. Op. Cit., 125, 127. Esta autora expresa la necesidad de proteger los derechos de los consumidores en los contratos de adhesión a través del control que el Estado haga de las cláusulas abusivas, afirmando que no siempre que se presenta un contrato de este tipo hay cláusulas abusivas, pero la posibilidad que tiene el predisponente de modificar el equilibrio de las cargas y de las obligaciones para beneficiarse hace que el contrato de adhesión sea un campo especialmente fértil para su implementación.

²⁵³ Tribunal Sancionador, *Resolución, Referencia: 250/2010* (El Salvador: Defensoría del Consumidor, del 20 de mayo de 2010).

²⁵⁴ Karla María Fratti de Vega, "Contratación en materia de consumo, Contratos de Adhesión" (Ponencia, Escuela Superior de Economía y Negocios, 2006).

²⁵⁵ María José Reyes López, *La protección de los derechos de los consumidores, en Manual de Derecho Privado de Consumo*, 2º Ed. (Madrid: La Ley, 2012), 333.

Para el sistema de protección al consumidor de Perú, se consideran cláusulas abusivas, a todas aquellas cláusulas que se encuentren insertadas en los contratos de adhesión y formen parte de las cláusulas generales de contratación que no hayan sido aprobadas administrativamente, y por tanto, se tienen por inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos.²⁵⁶

Los elementos diferenciadores del concepto que antecede, están referidos a la restricción en el ámbito de aplicación de las cláusulas abusivas, enmarcándolos únicamente en los contratos de adhesión y que formen parte de condiciones de la contratación, en el caso que dichas cláusulas no han sido negociadas individualmente, pero que además no hayan aprobado el control de revisión administrativa que se les hiciera.

Para STIGLITZ, las cláusulas abusivas serán aquellas cuyo contenido o elementos esenciales queden al arbitrio del predisponente o las establecidas en su beneficio exclusivo y en perjuicio del adherente, que comprometan el principio de la mayor reciprocidad de intereses, que contengan la renuncia por el consumidor, sin fundamentos declarados que lo justifiquen.²⁵⁷

Así también el art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE define a la cláusula no negociada individualmente como aquella que haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. Así también en el art. 3.3 de dicho cuerpo legal, prevé que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de la disposición del art. 3.2, al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

3.1.2 Características

El art. 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, contempla tres de los requisitos o características que integran la conformación del concepto de cláusula abusiva que destaca esta disposición legal: debe tratarse de una estipulación no negociada individualmente, debe ser contraria a las exigencias de la buena fe contractual, y debe generar un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio del consumidor o usuario.

Sin embargo es importante destacar que la forma de caracterización que se haga de las cláusulas abusivas dependerá de la definición que tenga cada legislación interna, es por ello necesario que nos remontemos al contenido del art. 17 LPC, que provee la definición de fuente legal de cláusula abusiva en El Salvador, la cual dice: "*Se consideran cláusulas abusivas todas aquellas 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...*".

²⁵⁶ Alfredo Maraví Contreras, "Breves apuntes sobre el sistema de protección al consumidor en el Perú", *Revista de Actualidad Mercantil*, n° 11 (2013): 39.

²⁵⁷ Rubén Stiglitz, *Contratos Civiles y Mercantiles*. Tomo 2 (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998), 27.

Por lo que partiendo de este concepto, se destacan como características de las cláusulas abusivas, a las estipulaciones que sean: a) que causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, denotando el elemento objetivo en ello; y, b) contrarias a las exigencias de la buena fe, siendo éste el elemento subjetivo.

a) Desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes

El art. 17 LPC, establece que se considera cláusula abusiva a todas aquellas estipulaciones que causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes. Por su parte STIGLITZ atribuye una crítica a las disposiciones legales que tienen este alcance, en vista que no cualquier desequilibrio entre los derechos y las obligaciones en perjuicio del consumidor pone de manifiesto la existencia de una cláusula abusiva, y agrega que debe tratarse de un desequilibrio significativo o manifiesto.²⁵⁸

STIGLITZ se refiere a la característica de desequilibrio que importa el concepto de cláusula abusiva, como una desventaja exagerada lo que desnaturaliza la relación de equivalencia en perjuicio del consumidor, pues presupone inexistencia de contrapartida o de fundamento suficiente que justifique el desequilibrio en que desemboca. De manera más clara se puede decir que la inequivalencia presupone ampliación de las ventajas o provechos del profesional, o aligeramiento o supresión de sus obligaciones y, consecuentemente, agravamiento de las cargas y obligaciones del consumidor sin que de la correlación de los polos provecho-sacrificio surja una contrapartida en beneficio del consumidor o sea fundamento legítimo, con el que quedaría preservado el principio de la máxima reciprocidad de intereses.²⁵⁹

No se trata de un desequilibrio económico, ni de enjuiciar el contenido económico del contrato, ni si el precio es justo o no, sino, única y exclusivamente un desequilibrio estructural entre las obligaciones y derechos de cada una de las partes en la relación contractual, en definitiva es un desequilibrio normativo o estructural, puede tratarse de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra o se produzca una restitución u obstáculo al contenido de los derechos o imponga una obligación adicional no prevista por la normativa nacional.²⁶⁰

b) Contraria a las exigencias de la buena fe

La buena fe entendida como lealtad en el tráfico entre las partes, es referida por la Sala 1ª del Tribunal de Sentencia del Tribunal Supremo Español, cuando destaca que para hablar de contrario a la buena fe, debe hacerse, atendiendo a la finalidad de las condiciones generales –su incorporación a pluralidad de contratos con consumidores- y de su control abstracto, no es posible

²⁵⁸ Rúben S. Stiglitz, “Contrato de consumo y cláusulas abusivas”. Op. Cit. 34, 38, este desequilibrio significativo entre derechos del consumidor y las obligaciones y las cargas del profesional derivadas del contrato en perjuicio del consumidor puede darse en contratos que se dieron como fruto de un proceso de negociación o como una simple adhesión.

²⁵⁹ Rúben S. Stiglitz. Op. Cit. 40. La falta de adecuación del precio remuneración afrontado por el consumidor con relación al bien adquirido o servicio suministrado por el profesional, ni la definición o determinación del objeto sobre el que se contrata pueden considerarse como desequilibrio obligacional, ya que éstos han sido discutidos, en su caso negociadas individualmente, o más bien tienen que ver con precios de mercado y no con protección jurídica como es el caso que se pretende hacer en el derecho de consumo.

²⁶⁰ Silvia Díaz Alabart y María Teresa Álvarez Moreno. Op. Cit. 83-84.

limitarla a la esfera subjetiva; sino que es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien legalmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido. Máxime tratándose de préstamos hipotecarios en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario para ofertar el producto.²⁶¹

3.1.3 Clasificación

El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias, del Reino de España (TRLUCU) en su art. 82.4, distingue seis tipos de cláusulas abusivas según afecten a²⁶²:

a) la vinculación del contrato a la voluntad del profesional, los contratos no pueden quedar al arbitrio de uno de los contratantes, y tratándose de los contratos del adhesión resulta evidente el carácter abusivo de las cláusulas en las que de una u otra el predisponente se reserva la facultad de decidir extremos para el equilibrio de las posiciones jurídicas entre los contratantes, art. 85 TRLUCU;

b) limiten los derechos del consumidor y usuario, se trata de derechos reconocidos legalmente al consumidor, o se imponen renunciaciones previas a dichos derechos, art. 86 TRLUCU;

c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato; en los que se conceden facultades al profesional como un *ius variandi* del contrato, o la facultad de resolución contractual o de retener cantidades, etc., que no se atribuyen equivalentemente al consumidor, o bien se imponen sobre el consumidor obligaciones, cargas u obstáculos que no tiene el profesional, como la duración excesiva del contrato, o la imposición de obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de sus derechos, art. 87 TRLUCU.

d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, art. 88 TRLUCU;

e) imponer cláusulas que resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, art. 89 TRLUCU; o

f) contravengan las reglas sobre competencias y derecho aplicable. Entre las que se encuentran: la sumisión expresa a un Juez o Tribunal distinto del que corresponde al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento o de aquel en el que se encuentre el bien si fuese inmueble; sumisión a un derecho extranjero elegido por el predisponente respecto del que corresponda al consumidor; y, sumisión a arbitrajes diferentes del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje de consumo, art. 90 TRLUCU.

²⁶¹ Sala Primera de lo Civil, *Sentencia de Recurso de Casación, núm.: 241/2013* (Villa de Madrid, España: Tribunal Supremo, de fecha 9 de mayo de 2013).

²⁶² Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (España: Ministerio de la Presidencia, 2007). Dicho documento fue aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1/2007, de fecha 16/11/2007.

La Ley de Protección al Consumidor de El Salvador, ni ninguna otra legislación en nuestro país, provee de ningún tipo de clasificación de las cláusulas abusivas, sino que en el art. 17 LPC provee de una lista, la cual no es exhaustiva, es decir, dicho artículo no establece un catálogo cerrado de las mismas, sino de manera general, establece que podrán catalogarse como abusivas las condiciones, requisitos o consecuencias que el proveedor pueda establecer en un contrato que coloquen al consumidor en una situación de desventaja, desigualdad o anule sus derechos.²⁶³

Como mencionan DIAZ ALABART y ALVAREZ MORENO, tanto la legislación Española como la Salvadoreña, se asemejan en brindar una definición genérica de cláusulas abusivas, complementando con un amplio listado de cláusulas concretas que aparecen frecuentemente en los contratos de adhesión, resultando útil para la simplificación de la tarea de determinar el carácter de abusividad, así también huye de la rigidez que proporcionaría establecer únicamente la lista cerrada de cláusulas abusivas.²⁶⁴

El listado que aparece en las regulaciones jurídicas ha sido denominado por la doctrina como “cláusulas negras” o “lista negra”, el legislador español acoge al igual que El Salvador un elenco “negro”, por lo que siempre que se incluyan en los contratos cualesquiera de dichas cláusulas, se tendrán por no escritas; este elenco o listado es indicativo no exhaustivo y refleja las cláusulas más habituales, pero no todas las posibles o imaginables²⁶⁵. En ese sentido las Cláusulas consideradas como abusivas en el art., 17 LPC, son las siguientes:

- a) *Exonerar, atenuar o limitar la responsabilidad de los proveedores en relación a los daños causados por el consumo o uso de los bienes o servicios prestados;*
- b) *Permitir al proveedor modificar unilateralmente en perjuicio del consumidor las condiciones y términos del contrato, o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones;*
- c) *Desnaturalizar las obligaciones derivadas de la contratación a cargo de los proveedores;*
- d) *Renunciar anticipadamente a los derechos que la ley reconoce a los consumidores o que, de alguna manera limiten su ejercicio o amplíen los derechos de la otra parte;*
- e) *Invertir la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;*
- f) *Establecer la prórroga del contrato sin la voluntad del consumidor;*
- g) *Estipular cargos por pago anticipado, salvo que se trate de proveedores de servicios financieros, en cuyo caso se aplicará lo establecido en el Art. 19, literal m) de esta ley;*
- h) *Imponer cualquier medio alternativo de solución de controversias en los contratos de adhesión; y,*
- i) *Las cláusulas que supongan la imposición de una penalización que no corresponda al daño causado al proveedor por el incumplimiento del contrato por parte del consumidor.*

3.1.4 Otros contratos en los que se incorporan cláusulas abusivas

Doctrinariamente se ha discutido acerca de sí las cláusulas abusivas se presentan exclusivamente en los contratos de adhesión, como sí el hecho de haber sido discutidas y aceptadas por las partes les quitaría el carácter de abusivas; o por el contrario, sí pudieran darse en los contratos de libre discusión de cláusulas y términos contractuales.

Para STIGLITZ las cláusulas abusivas que integren el contrato de consumo pueden ser del contenido de contratos discrecionales, es decir, paritarios, así también de contratos con cláusulas

²⁶³ Tribunal Sancionador, *Resolución, Referencia: 250/2010*. Op. Cit.

²⁶⁴ Silvia Díaz Alabart y María Teresa Álvarez Moreno. Op. Cit. 86.

²⁶⁵ *Ibid.*

predispuestas, como los de adhesión. Las cláusulas abusivas no son patología propia y exclusiva del contrato por adhesión, más bien en él encuentra una posibilidad cierta y real de ser incorporadas, dado que el contenido del contrato es obra exclusiva y excluyente del profesional o empresario. Para este autor la presencia de las cláusulas abusivas se da únicamente en los contratos con consumidores, y dentro de estos contratos distingue si son de adhesión o son de libre discusión de cláusulas.²⁶⁶

Para ECHEVERRÍ SALAZAR, el ámbito en que se pueden dar las cláusulas abusivas, no es exclusivamente en los contratos de adhesión, pero hay mayor posibilidad de presencia; se pueden presentar frente a un adherente que a su vez tenga carácter de consumidor, así como frente a un adherente que no lo sea, y en ambos casos amerita protección de parte del ordenamiento jurídico; en el caso de ser el adherente un consumidor, el beneficio es que la protección de que goza es más clara, por pertenecer a un grupo tutelado en dicha materia; y por último, un ámbito de aplicación más restringido, que genera polémica de si se debería ampliar la protección a los contratos entre profesionales o a los contratos de libre discusión de cláusulas.²⁶⁷

La cláusula abusiva es un tema que atrapa en su formulación a la contratación privada y pública; discrecional o predispuesta; controlada previamente (administrativamente) o no, pero que en el marco de los contratos de consumo encuentra sede propicia en la negociación uniforme o a tipos constantes o estandarizados, es decir, los de adhesión.²⁶⁸

Para la Sala 1ª del Tribunal de Sentencia del Tribunal Supremo español, el desequilibrio no es exclusivo de los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas, ni su aplicación está limitada a aquellos en los que la reciprocidad se proyecta en la ejecución del contrato, por lo que sin duda puede darse en contratos de préstamo, aunque se calificaran como contratos reales y unilaterales, ya que la finalidad de la normativa de consumo y la generalidad de sus términos impone entender que el equilibrio de derechos y obligaciones es el que deriva del conjunto de derechos y obligaciones, con independencia de que el empresario haya cumplido o no la totalidad de las prestaciones.²⁶⁹

3.1.5 Justificación del control de las cláusulas abusivas

El consumidor como usuario del mercado, en la mayoría de casos carece del poder adquisitivo, o más bien, *“es una sociedad de no poseedores, pues el acto de adquisición se realiza a pesar de que en el patrimonio de cualquiera de los adquirentes no haya liquidez actual para hacer frente al pago de la contraprestación, es otro quien lo presta, haciendo posible el acto de*

²⁶⁶ Rúben S. Stiglitz, “Contrato de consumo y cláusulas abusivas”. Op. Cit. 34. Como afirma Verónica María Echeverri Salazar, Op. Cit., 128, los contratos de adhesión son un caldo de cultivo especialmente propicio para el abuso, y la tentación de desequilibrar de manera excesiva el contrato estipulando un mayor número de beneficios para el predisponente y se traslada gran cantidad de riesgos y desventajas para el adherente. En este contrato ya existe desproporción en la paridad de las partes, acentuándose las cláusulas abusivas.

²⁶⁷ Verónica María Echeverri Salazar. Op. Cit., 129.

²⁶⁸ Rúben S. Stiglitz y Gustavo A. Stiglitz. *Derechos y defensa del consumidor* (Buenos Aires: La Rocca, 1994), 233.

²⁶⁹ Sala Primera de lo Civil de Tribunal Supremo, *Sentencia de Recurso de Casación, núm.: 241/2013*. Op. Cit.

adquisición”²⁷⁰. Esto da lugar a un mercado de crédito y la financiación desequilibrada, en este sentido, imperfecto, es que se advierte, existe una interrupción de intereses jurídicamente tutelados, pues el consumidor entra en el mercado, en la contratación de créditos no en un plano de igualdad, sino en desventaja, de desequilibrio; pues debe someterse a créditos que le posibiliten sufragar su necesidad.²⁷¹

Éstas relaciones de consumo han generado gran interés por parte de los gobiernos, primeramente porque en éstas la posición jurídica y económica del consumidor, es de debilidad e inferioridad; así mismo, hay un interés jurídico porque al suscribir un contrato de esta naturaleza se encuentra frente a cláusulas que no han sido negociadas, es decir, son predisuestas por el acreedor, muchas veces por medio de contratos de adhesión, y a la vez, económico, pues se encuentra frente a empresas que poseen superioridad de poderío pues tienen experiencia como proveedores.

Dicha forma de contratación requiere la imposición de limitaciones para resguardar la buena fe en la contratación, por parte del proveedor,²⁷² y ante esta financiación desequilibrada el Estado debe proceder a su ordenación para proteger de abusos a aquel sector vulnerado; es en ese sentido que la Constitución de la República, eleva los derechos de los consumidores a rango constitucional, ya que regula en el Art. 101 que el orden económico del país debe responder a principios de justicia social, y que es obligación del Estado defender los intereses de los consumidores.

Las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, establecen que corresponde a los gobiernos formular y mantener una política de protección al consumidor, siendo importante promover el desarrollo económico y social justo y equitativo; para ello se crea la Ley de Protección al Consumidor, a efecto de garantizar la protección de los consumidores de manera preventiva, cuyo objeto de dicha ley, es según el Art.1, proteger los derechos de los consumidores a fin de procurar el equilibrio, certeza y seguridad jurídica en sus relaciones con los proveedores.

En cumplimiento a esta Ley se realiza un control de índole administrativo mediante un Sistema Nacional de Protección al Consumidor, que está compuesto por la Defensoría del Consumidor, dependencia del Órgano Ejecutivo y demás instituciones del Estado. Entre los asuntos de su competencia le corresponde velar sectorialmente por los derechos de los consumidores o vigilar a las empresas que operan en público, así como velar por que en los instrumentos utilizados en los contratos se cumplan con las condiciones necesarias para no violentar los derechos de los consumidores... (Art., 58 lit. h) LPC), y en el Art., 17 de ese mismo cuerpo legal, regula las cláusulas que se consideran abusivas, pero dicho listado como se ha venido insistiendo no es taxativo sino ilustrativo; así también esta ley establece el régimen jurídico de la relación contractual de consumo.

²⁷⁰ Lorenzo Prats Albertosa. Op. Cit. 417. Esto ha producido a niveles exagerados el sobreendeudamiento familiar, muchas veces por necesidad y otras por apariencias, financiado por el mismo empresario o por una entidad financiera distinta.

²⁷¹ María del Ángel Iglesias Vásquez, Marina Matud Juristo y Mónica Muesmann Torres de Navarra. *La Política Común de Consumidores en la Unión Europea, en Derecho de los Consumidores y Usuarios: una Perspectiva Integral*. Ed. por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Raúl Canosa Usera (España: Netbiblo, 2008), 33.

²⁷² Roberto A., Vásquez Ferreyra y Eduardo Romera, *Protección y Defensa del Consumidor. Ley 24240* (Buenos Aires: Editorial Depalma, 1994).

El control que se haga de las cláusulas abusivas constituirá una forma de limitación de la autonomía de la voluntad privada, en vista que aunque formen parte integral del contrato, éstas pueden ser descartadas mediante diferentes sanciones impuestas por los ordenamientos jurídicos, y por consiguiente ser desconocidas por los operadores jurídicos, ya sea en sede administrativa o en sede judicial.²⁷³

En ese sentido, los contratos de adhesión o las condiciones generales de contratación se caracterizan por su formulación unilateral y su imposición, en cuanto que el consumidor generalmente posee una escasa capacidad de influencia sobre su contenido, dado que no son negociadas. Esta situación, justifica su control administrativo o judicial, a fin de determinar si alguna condición contractual constriñe las libertades de los consumidores o crea situaciones innecesariamente desiguales entre las partes, en menoscabo del consumidor.²⁷⁴

La Sala de lo Contencioso Administrativo, al hablar de incorporación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión mencionó que: Básicamente, el aludido favorecimiento recae sobre el hecho de que las cláusulas en los contratos de adhesión, han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que esta última tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas o modificarlas, sino simplemente aceptarlas o rechazarlas en su integridad; de manera que, si bien se mantiene la libertad de contratar, esto es de celebrar o no el contrato, no sucede lo mismo con la libertad contractual propiamente dicha caracterizada por el principio de autonomía de la voluntad, teniendo ambas partes la facultad de establecer y aceptar mutuamente las cláusulas del contrato.²⁷⁵

Partiendo de los supuestos anteriores, podemos llegar a la afirmación que en los contratos de adhesión o contratos que contengan condiciones generales de la contratación, carecen del principio de la autonomía de la voluntad, por ser evidente la escasa capacidad de influencia en los términos contractuales por parte del consumidor, por lo que se tiende a incorporar cláusulas abusivas, las cuales le son impuestas para que éste las acepte o rechace, no existiendo la posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas o modificarlas, quedando limitada la libertad contractual para el consumidor en dos únicas alternativas: celebrar o no el contrato.

3.2 Entidad contralora de las cláusulas abusivas en el ámbito administrativo

3.2.1 Origen y evolución del derecho de los consumidores

Las reglas del derecho civil eran adecuadas para los contratos en los que no existía gran desequilibrio entre consumidor y comerciante. Desde finales del siglo XIX, se da la utilización masiva de maquinaria en las empresas, dándose fuertes inversiones de capital, por lo que el modo de producción y prestación de servicios, pasa a ser una producción en masa, generando grandes

²⁷³ Verónica María Echeverri Salazar. Op. Cit., 128.

²⁷⁴ Tribunal Sancionador, *Resolución*, Referencia: 240/2011 (El Salvador: Defensoría del Consumidor, del 8 de febrero de 2012).

²⁷⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, *Sentencia de Proceso Contencioso Administrativo*, Referencia 297-2010 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia 2017). En esta sentencia se cita además el criterio adoptado por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el que al hablar del derecho a la libre contratación consagrado en el art. 23 Cn., incluye, como aspectos fundamentales, el derecho a decidir si quiere o no contratar, el derecho a decidir la celebración o no celebración de un contrato; el derecho a elegir con quien se quiere contratar; y el derecho a determinar el contenido del contrato, es decir, la forma y modo en que quedarán consignados los derechos y obligaciones de las partes. (Sentencias del 15/2/2017, emitida en el proceso de inconstitucionalidad con referencia 13-2014 AC).

cambios sociales y económicos, aumenta el número de adquirentes, y como consecuencia, nuevas formas de actuación en el mercado.²⁷⁶

La Revolución Francesa trae consigo la reconocida libertad individual como manifestación de la autonomía de la voluntad, contrayendo derechos para auto regularse, sin intervención del Estado, adquiriendo obligaciones de forma voluntaria. Con la Revolución Industrial evolucionan los medios de transporte, lo que facilita acercarse a los distintos lugares y atravesar las fronteras. Posteriormente, surge la contratación seriada o en masa, la cual fue un medio para racionalizar y simplificar la capacidad negocial, y de esta manera vender los bienes y prestar los servicios, se genera una serie de relaciones jurídicas homogéneas, por medio de las cuales comenzaron a cometer toda clase de abuso contra los adquirentes por medio de contratos de adhesión.²⁷⁷

Las cláusulas contenidas en dichos contratos eran limitantes de la responsabilidad del empresario proveedor, o en su extensión más grave, eximían de responsabilidad, no otorgar garantía de ningún tipo del servicio prestado, reservarse la facultad de modificar y dar por terminada unilateralmente el contrato por cualquier motivo, entre otras, siendo así como este contrato de adhesión fue y es un instrumento que genera desigualdad de las partes y que a su vez vela únicamente por los intereses del empresario en perjuicio del adquirente.²⁷⁸

Entrado el siglo XX, se producen una serie de cambios en el mercado, por lo que era necesario replantearse si la regulación del Código Civil era apropiada para el nuevo mapa de la contratación entre consumidores y comerciantes. La única opción real que tienen es contratar o no, pero sí deciden hacerlo habrá de ser aceptando en bloque las cláusulas predispuestas por el comerciante, sin hacer modificaciones, perdiendo sentido el aforismo: “quien dice contractual dice justo”. Se dan otros cambios en el mercado.²⁷⁹

Asimismo, el siglo pasado como implementaciones dentro del Código de Comercio, trajo también nuevas técnicas de contratación más agresivas, como lo es la contratación celebrada fuera del establecimiento comercial y la celebrada a distancia, art. 966 Com., en donde el comprador y el vendedor no se encuentran físicamente presentes, no teniendo el consumidor la oportunidad de examinar lo que adquiere, como lo regula el art. 1019 Com., evolucionando con la venta por catálogo, art. 970 Com., por teléfono, art. 968 Com., y actualmente el comercio electrónico y la publicidad, art. 971 Com.²⁸⁰

Vistos los cambios sufridos en el mercado, resulta fácil comprender que el Derecho tenía que dar soluciones más adecuadas a las expuestas en el Código Civil y Código de Comercio, para ese sector de la contratación, como lo dice BAROCELLI: “El Derecho del Consumidor es la respuesta del campo jurídico a las transformaciones sociales, políticas, económicas, culturales y

²⁷⁶ Silvia Díaz Alabart, “Introducción: La contratación con consumidores” *Manual de Derecho de Consumo*. Op. Cit. 8.

²⁷⁷ Camilo Posada Torres. Op. Cit. 149-150.

²⁷⁸ Camilo Posada Torres, “Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano”, Op. Cit. 151.

²⁷⁹ Silvia Díaz Alabart, “Introducción: La contratación con consumidores” *Manual de Derecho de Consumo*. Op. Cit. 8-10.

²⁸⁰ El art. 13 LPC, regula la venta fuera del establecimiento mercantil y la celebrada de contratos a distancia, como reglas para ejecutar el derecho de retracto en la contratación.

tecnológicas que atravesaron y atraviesan las sociedades en Occidente como consecuencia de la consolidación de la llamada "sociedad de consumo".²⁸¹

La evolución del derecho de consumo comienza en el mundo anglosajón en 1959, en Inglaterra por intermedio de la Comisión Oficial para el estudio de una política jurídica de protección de los consumidores que elabora el "informe Molony". El 15 de marzo de 1962 John F. Kennedy, Presidente de los Estados Unidos de América en su discurso dijo: "todos somos consumidores"²⁸² y siendo el grupo económico más grande del mundo, se nos olvida continuamente", lo que motivó al apoyo masivo por las asociaciones americanas de consumidores que ya empezaban a tener gran importancia social y económica.²⁸³

Para la década de los 70's la Comunidad Económica Europea, lanza su proyecto de elaborar una normativa europea de protección del consumidor aplicable a todo el ámbito de la Unión. En 1984 España promulgó la primera Ley para la Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 20/1984 del 19 de junio), incorporándose el país Ibérico a la Unión Europea en 1985, y a partir de ese momento el Derecho de Consumo Español tiene dos vertientes: la elaborada por el legislador español y la otra por el Parlamento y la Comisión Europea, en formato de Reglamentos o Directivas.²⁸⁴

Las Naciones Unidas por Resolución de 1981/62, pidió al Secretario General que se hiciera la consulta a los países miembros a fin de elaborar directrices para orientar a la protección de los consumidores, cuyo resultado fue materializado en 1985 con la elaboración de las Directrices de la ONU para la Protección al Consumidor,²⁸⁵ por lo que cada gobierno tendría que establecer sus prioridades para la protección de los consumidores.

Así también en la Declaración de Montevideo de 2006²⁸⁶, los jefes de Estado de Iberoamérica se comprometieron mediante el punto 26 a: "Conscientes de la importancia de los derechos de los consumidores en los países iberoamericanos, nos comprometemos a crear y fortalecer mecanismos que promuevan el efectivo ejercicio de estos derechos".

El Salvador, no ha sido la excepción a esta corriente de cambios, ya que fue en Art., 101 Cn., en el que se constitucionalizó el principio de protección a los consumidores, y para efectos de

²⁸¹ Sergio Sebastián Barocelli, "Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial", *Revista Derecho Comercial, del Consumidor y la Empresa* (febrero 2015): 1. <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/09/Doctrina1857.pdf>.

²⁸² Mario A. Bonfati, *Derecho del Consumidor y del Usuario*. Op. Cit. 18.

²⁸³ Silvia Díaz Alabart, "Introducción: La contratación con consumidores" *Manual de Derecho de Consumo*. Op. Cit. 14. El presidente de los Estados Unidos de América, dijo: "todos somos consumidores y siendo el grupo económico más grande del mundo, se nos olvida continuamente".

²⁸⁴ Silvia Díaz Alabart, "Introducción: La contratación con consumidores" *Manual de Derecho de Consumo*. Op. Cit. 15-16. No era un proyecto sencillo de llevar a cabo, por las diferencias de sistemas jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea, además de salir perjudicados los grandes sectores empresariales. A partir de 1985 el derecho de consumo en España se ha ido conformando por dos vías, la primera por normas elaboradas por el legislador español y la segunda, por las del Parlamento y la Comisión europea, en ocasiones con el formato de Reglamento o Directiva que ha de trasponerse a los ordenamientos de los países que componen la Unión Europea.

²⁸⁵ Directrices de las Naciones Unidas sobre la Protección del Consumidor, Asamblea General, 1985.

²⁸⁶ Declaración de Montevideo, XVI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y Gobierno. 2006. <https://www.oei.es/historico/xvicumbreddec.htm>

desarrollar esos derechos, fue que en 1992 se promulgó la primera Ley de Protección al Consumidor²⁸⁷, la que fue derogada por la Ley de Protección al Consumidor de 1996²⁸⁸, creándose la Dirección General de Protección al Consumidor, dependencia del Ministerio de Economía como entidad competente para conocer de los asuntos en las que intervendrían un proveedor y un consumidor.

Ante la necesidad de reestructurar el marco normativo de la protección al consumidor, se hizo necesario decretar la actual Ley de Protección al Consumidor aprobada mediante Decreto Legislativo N° 776 de fecha 18 de agosto de 2005, esta nueva Ley creó la Defensoría del Consumidor, desarrollando a la vez los derechos de los Consumidores e incorporó un artículo referido a los contratos de adhesión, que regula el depósito de los mismos en la institución encargada de su fiscalización.

3.2.2 Defensoría del Consumidor

La entidad encargada de aplicar la Ley de Protección al Consumidor y coordinar las acciones adjuntas con las instituciones de la administración pública es Defensoría del Consumidor, y entre sus competencias se encuentra la de velar por los derechos e intereses de los consumidores en las relaciones con los proveedores de bienes y prestadores de servicios, según lo regula el art. 58 lit. b) LPC.

El lit. h) del art. 58 LPC, dice: *“Velar porque en los instrumentos utilizados en los contratos cumplan con las condiciones necesarias para no violentar los derechos de los consumidores; pudiendo ordenar, previo procedimiento en el que se oirá al proveedor, el retiro inmediato de los formularios que no cumplan tales condiciones cuando se trate de contratos de adhesión.”* Disposición legal que se encuentra desarrollada, en el art. 31 RLPC.

Es de aclarar que la Defensoría del Consumidor, no tiene como competencia el depósito, objeción o rechazo de los formularios de adhesión utilizados por los proveedores de servicios financieros, ya que corresponde a las respectivas entidades fiscalizadoras según la normativa aplicable ejercer dicho control, ni tampoco lleva un registro de control en la supervisión de dichos contratos, sin embargo existe un sin número de contratos de adhesión cuyos formularios no son depositados en ninguna de esas instituciones, como más adelante se dejará constancia.

Es por ello que la Defensoría del Consumidor actúa hasta que ya se ha iniciado algún proceso contra el proveedor en sede administrativa; tal es el caso de los créditos a plazo de muebles y electrodomésticos otorgados por las casas comerciales, ante este fenómeno económico, la Defensoría del Consumidor presentó un Estudio denominado “Créditos en casas comerciales: costos y condiciones”, tomando como parámetros para dicho estudio a los almacenes Simán, La Curacao (Grupo Unicomer), Omnisport, Prado y Tropigas, a efecto de verificar si en los créditos

²⁸⁷ Decreto Legislativo N° 267 (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1992).

²⁸⁸ Decreto Legislativo N°. 666 (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1996).

otorgados por los mismos se respetan los derechos de los consumidores y lo regulado en el art. 17 LPC.²⁸⁹

Los resultados del estudio en mención produjeron como punto en común la observancia de cláusulas abusivas, por lo que se alertó a los consumidores sobre dicho hallazgo, y a la vez se hizo un llamado a las casas comerciales o proveedores a efecto de corregir esas prácticas y modificar las cláusulas que afectan los derechos de los consumidores, entre los cuales se destacan las siguientes:

1. La que obliga al consumidor a renunciar anticipadamente a sus derechos.
2. La que limita el derecho del consumidor a realizar pagos o abonos anticipados al crédito.
3. La que limita el derecho de cancelar el contrato cuando el proveedor incumple sus obligaciones.
4. La que permite al proveedor aplicar los pagos hechos por el consumidor a otras obligaciones distintas a las del contrato.
5. La que permite al proveedor cancelar anticipadamente el contrato cuando el consumidor se retrase con un pago, ya sea del crédito en cuestión o de otro contrato distinto, e incluso contratos con entidades distintas al proveedor.
6. La que autoriza penalidades desproporcionadas para cubrir los gastos en los que incurra el proveedor en caso de mora del consumidor.
7. La que obliga al consumidor a permanecer vinculado al contrato por un período mayor al previsto en contra su voluntad.
8. La que permita al proveedor modificar unilateralmente las condiciones del contrato, como establecer una fecha de pago distinta a la pactada entre las partes.
9. La que impide al consumidor utilizar el domicilio que le corresponde, dificultando la realización de procesos legales y limitando su derecho de defensa en sede judicial.
10. La que amplía el plazo en el que el pagaré (título valor) puede ser presentado en perjuicio del consumidor, y en contra del plazo establecido por el Código de Comercio.

De lo anterior, se puede concluir, que la Defensoría del Consumidor si ejerció un control de cláusulas y prácticas abusivas, control que no fue preventivo, ya que fue hasta el año 2018 que se hizo dicho Estudio, y se mandó corregir lo que vulneraba derechos de los consumidores, pero todos aquellos consumidores que sus contratos de créditos a plazos otorgados por estas casas comerciales ya habían sido cancelados, sufrieron las cargas de cláusulas abusivas.

Otra de las acciones realizadas por la Defensoría del Consumidor es la de auditar carteras de créditos otorgados por los operadores del sistema financiero, en cumplimiento al art. 58 lit. f) LPC, con el fin de identificar prácticas o cláusulas abusivas en perjuicio de los derechos e intereses de los consumidores; en el período comprendido entre el 27/06/2014 al 27/02/2015, uno de los casos auditados fue el de Grupo Q (11,173 créditos) y CREDI Q (2,223 créditos) otorgados entre el 1/06/2012 al 31/05/2014, teniendo como resultado el haber encontrado indicios de infracciones a la LPC, por cobros indebidos por más de \$3,000,000.00 a sus clientes, renuncia anticipada a los derechos de los consumidores y cláusulas abusivas. Habiéndose remitido dicho caso al TS.²⁹⁰

²⁸⁹ Defensoría del Consumidor, Estudio: "Créditos en casas comerciales: costos y condiciones". San Salvador, 20 de noviembre de 2018. <https://www.defensoria.gob.sv/defensoria-del-consumidor-realizo-estudio-sobre-costos-y-condiciones-de-creditos-en-casas-comerciales/>

²⁹⁰ Fausto Valladares, ed., *Institucionalidad y derecho de consumo en El Salvador, Defensoría del Consumidor ¡10 años de protección al consumidor!* (San Salvador: Equipo Maíz, 2015), 89-90.

3.2.3 Instituciones encargadas de la fiscalización y vigilancia de los proveedores de servicios financieros.

Los incisos cuarto y quinto del art. 22 LPC, disponen: *“Los proveedores de servicios financieros depositarán los formularios en la institución encargada de su fiscalización y vigilancia, la que verificará conjuntamente con la Defensoría del Consumidor, en un plazo no mayor a treinta días contados a partir del respectivo depósito, que cumplen lo correspondiente a derechos del consumidor, haciendo en su caso, dentro de dicho plazo, las observaciones pertinentes. Caso contrario se entenderá que los formularios cumplen con la correspondiente normativa y en consecuencia pueden ser utilizados por los proveedores.*

Lo dispuesto en este artículo se desarrollará en el Reglamento de esta ley.”

El procedimiento de revisión de contratos de adhesión se desarrolla en el artículo 32 del Reglamento de la LPC, disposición que establece que la entidad fiscalizadora y de vigilancia de los proveedores de servicios financieros deberán hacer del conocimiento de la Defensoría la presentación de la solicitud de revisión de los formularios de dichos contratos, así como remitirle copia de los mismos. Estas instituciones fiscalizadoras y de vigilancia deberán remitir y notificar resolución en la que se habilitará o prohibirá el uso de los formularios, como resultado del procedimiento de revisión de los contratos.

Debido a que las instituciones fiscalizadoras y de vigilancia de los proveedores de servicios financieros, que se encuentran expresamente determinadas por el art. 22 LPC son: la Superintendencia del Sistema Financiero (SSF), el Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo (INSAFOCOOP) y la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles (SOM), estudiaremos a detalle la forma en que ellas ejercen un control preventivo de cláusulas abusivas, es decir, realizan un control efectivo para evitar la incorporación de cláusulas en la etapa precontractual.

Con el fin de darle cumplimiento al art. 22 LPC y art. 32 RLPC, la Defensoría del Consumidor en cooperación con las instituciones mencionadas en el párrafo anterior, han revisado en el período del año 2005 al 2015, alrededor de 2,266 formularios o modelos de contratos de adhesión y sus respectivos anexos, mismos que fueron utilizados por los proveedores de servicios financieros en las contrataciones, con el fin de verificar que dichos contratos cumplen y respetan los derechos de los consumidores.²⁹¹

Así también es el caso que en el período comprendido de junio 2014 a mayo 2019, la Defensoría verificó en coordinación con las tres instituciones encargadas de la fiscalización y vigilancia de los operadores de servicios financieros, es decir, con la Superintendencia del Sistema Financiero, el Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo y la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles un total de 1,106 contratos de productos y servicios financieros.²⁹²

²⁹¹ Defensoría del Consumidor, “Memoria de labores 2019-2020” (2020): 9. <https://www.defensoria.gob.sv/wp-content/uploads/2020/06/Informe2020.pdf>

²⁹² Defensoría del Consumidor, “Memoria de labores Junio 2018 a mayo 2019” (2019): 21. <https://www.defensoria.gob.sv/wp-content/uploads/2019/05/labores.pdf>. El detalle de la revisión de contratos de junio 2014 a mayo 2019, es el siguiente: 1) junio 2014 a mayo 2015: 255 contratos; 2) junio 2015 a mayo 2016: 203; 3) junio 2016 a mayo 2017: 233; 4) junio 2017 a mayo 2018: 236; 5) junio 2018 a mayo 2019: 179.

En la memoria de labores de la Defensoría del Consumidor, de junio 2019 a mayo 2020, se informa que 449 contratos y 1,489 anexos de proveedores del sector financiero y telecomunicaciones fueron revisados, con la finalidad de evitar la inclusión de cláusulas abusivas y proteger los derechos del consumidor, en cumplimiento al art. 22 LPC.²⁹³

La importancia del depósito de los formularios de contratos de adhesión, para la respectiva revisión y aprobación, se deriva en propiciar al proveedor de la seguridad jurídica de haber obrado conforme a derecho y actuado con la diligencia debida, tal es el caso de la Resolución 34-09 del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor²⁹⁴, en la que expresa:

...Con tales antecedentes, ha de analizarse que en el presente caso, el presunto infractor presentó para revisión y aprobación de la Superintendencia del Sistema Financiero, el contrato de Emisión y Uso de la Tarjeta de Crédito Visa, en el cual se encontraban las cláusulas cuestionadas. Al no realizarse en el plazo de ley observaciones a las referidas cláusulas, a tenor del art. 22 LPC: “*se entenderá que los formularios cumplen con la correspondiente normativa y en consecuencia pueden ser utilizados por los proveedores*”. Tal enunciado, crea en el destinatario la seguridad jurídica de haber obrado conforme a Derecho, y actuado con la diligencia debida. En esa línea, la valoración realizada en el presente caso, a la luz de las argumentaciones del recurrente, llevan a considerar que no puede atribuirse al Banco denunciado negligencia en su actuar, ya que al haber depositado y obtenido la aprobación del formulario de contrato por la Superintendencia del Sistema Financiero, conforme a ley, el mismo se entendía que cumplía con la normativa...

Los proveedores de servicios financieros que presentan para revisión y aprobación de la respectiva institución fiscalizadora y de vigilancia, el contrato de adhesión, en el que se encuentre alguna cláusula cuestionada de abusiva, pero que al haber sido depositados y dejar transcurrir el plazo que otorga el art. 22 LPC, sin que se le realice observaciones a las referidas cláusulas, se entenderá que los formularios cumplen con la correspondiente normativa y pueden ser utilizados por los proveedores, no pudiendo atribuírsele negligencia en su actuar, por haber cumplido con la normativa.

3.2.3.1 Superintendencia del Sistema Financiero

Los arts. 1 y 3 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, otorgan la calidad de fiscalizadora y de vigilancia a la Superintendencia del Sistema Financiero; y el art. 4 de la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito²⁹⁵, establece que dicha Superintendencia, es la competente en fiscalizar a los emisores, coemisores, administradores o gestores de tarjetas de créditos, cuando éstos sean bancos, sociedades miembros de conglomerados financieros, Bancos cooperativos, Sociedades de Ahorro y Crédito, Federaciones de Bancos Cooperativos y otras sociedades que conforme a las leyes estén sujetas a la SSF.

La Defensoría del Consumidor conjuntamente con la Superintendencia del Sistema Financiero realizan acciones de supervisión previa a la formación y validez de los contratos de adhesión utilizados por los proveedores de servicios financieros, todo para verificar que dichos formularios no contengan violaciones a los derechos del consumidor, la cual se encuentra regulado desde el año 2005 en el Art., 22 de la Ley de Protección al Consumidor.

²⁹³ Defensoría del Consumidor, “Memoria de labores 2019-2020” (2020): Op. Cit. 9.

²⁹⁴ Tribunal Sancionador, *Resolución*, Expediente 34-09 (El Salvador: Defensoría del Consumidor, del 26 de octubre de 2009)

²⁹⁵ Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2009).

Es el caso que dicho control fue ejecutado por la SSF, hasta el año 2007, no obstante debería de haberse realizado desde el año 2005, fecha en la cual dictó la Ley de Protección al Consumidor, circunstancia que quedó evidenciada en la resolución dictada por la Oficial de Información de dicha Superintendencia, que en lo concerniente dice:

“Siendo el depósito de los modelos de contrato, un procedimiento innovador, el mismo comenzó a impulsarse paulatinamente, siendo hasta en el año 2007, que luego de múltiples revisiones que se realizaran a los modelos, por parte del personal técnico de la Defensoría del Consumidor como también de esta Superintendencia, se comenzaron a depositar los primeros contratos referidos a Aperturas de Crédito Rotativas, por medio de las cuales se otorgan las Tarjetas de Crédito”.²⁹⁶

En el año 2009 con la entrada en vigencia de la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito, se reiteró la obligatoriedad para los proveedores de servicios financieros, es decir los emisores y coemisores de tarjetas de crédito, de depositar en la Superintendencia del Sistema Financiero los formularios de contratos que serían utilizados con los tarjetahabientes, lo cual quedó regulado en el art. 7 letra c) de dicha Ley, que los contratos que utilicen deberán ser los modelos autorizados y depositados en la Superintendencia.

Los arts., 10 al 12 de las Normas Técnicas para la Transparencia y Divulgación de la Información de los Servicios Financieros Bancarios,²⁹⁷ establecen el procedimiento para que la Superintendencia del Sistema Financiero revise los formularios de contratos de adhesión que le son depositados por los operadores de servicios financieros, a fin de determinar que no contengan cláusulas o disposiciones violatorias a los derechos de los consumidores.

Además el mencionado procedimiento de revisión y depósito de los formularios de contratos de adhesión, al que se refieren los arts. 22 LPC y 32 RLPC, cuando la función la ejerza la Superintendencia del Sistema Financiero, deberá también ceñirse a lo establecido en la letra l) del art. 56 de la Ley de Bancos²⁹⁸, y art. 37 letra h) inc. 3° de la Ley de Bancos Cooperativos y Sociedades de Ahorro y Crédito²⁹⁹.

Con el fin de conocer sobre las entidades que depositan sus formularios de contratos de adhesión, para la respectiva revisión y depósito, así como las cláusulas abusivas identificadas en los mismos se solicitó al Oficial de Información de dicha institución, los datos que así lo describieran, lo que así fue proporcionado mediante Resolución UAIP-SSF-2021-0035, extendida por el Oficial de Información Cristian Marcel Menjivar Navarrete³⁰⁰, y que contiene los siguientes datos:

²⁹⁶ Resolución OIR.SSF-0022/2017, 21/02/2017 por Carmine Olga Portillo Silva, Oficial de Información, Superintendencia del Sistema Financiero.

<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:OhgCF8pc6ukJ:https://www.transparencia.gob.sv/institutions/ssf/documents/175231/download+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=sv> VER ANEXO 2.

²⁹⁷ Normas Técnicas para la Transparencia y Divulgación de la Información de los Servicios Financieros Bancarios (El Salvador: Banco Central de Reserva de El Salvador, 2018).

²⁹⁸ Ley de Bancos (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1999).

²⁹⁹ Ley de Bancos Cooperativos y Sociedades de Ahorro y Crédito (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2000).

³⁰⁰ Resolución UAIP-SSF-2021-0035, 21/06/2021 por Cristian Marcel Menjivar Navarrete, Oficial de Información, Superintendencia del Sistema Financiero. Ver ANEXO 3.

Las entidades supervisadas por la SSF, que están autorizadas a otorgar créditos de consumo, tal como lo establece el art. 51 letras s) de la Ley de Bancos; y al art. 158 letra f) de la Ley de Bancos Cooperativos y Sociedades de Ahorro y Crédito, y que asciende a un total de 10 bancos privados; 2 bancos estatales, 7 bancos cooperativos y 4 Sociedades de Ahorro y Crédito, mismas que en el período correspondiente a los años 2010 al 2019 han depositado los formularios de contratos de adhesión a la Superintendencia del Sistema Financiero, y que se detallan así:

a) Bancos privados

Banco Agrícola, S.A.

Banco Cuscatlán de El Salvador, S.A.

Banco Davivienda Salvadoreño, S.A. (Quien absorbió al Banco HSBC S.A.)

Banco G&T Continental El Salvador, S.A.

Banco Promérica, S.A.

Banco de América Central, S.A.

Banco Atlántida El Salvador, S.A. (Quien absorbió al Banco Procredit, S.A.)

Banco ABANK, S.A. (Quien Absorbió al Banco Azteca S.A.)

Banco Industrial El Salvador, S.A.

Banco Azul de El Salvador, S.A.

*Se debe adicionar a este listado Scotiabank El Salvador, S.A. (que fue absorbida por Banco Cuscatlán, S.A.)

b) Bancos estatales:

Banco de Fomento Agropecuario

Banco Hipotecario de El Salvador, S.A.

c) Bancos Cooperativos

Multi Inversiones Banco Cooperativo de los Trabajadores, Sociedad Cooperativa de R.L. C.V.

Banco de los Trabajadores Salvadoreños, S.C. de R.L. de C.V. –BTS R.L. de C.V.

Banco Izalqueño de los Trabajadores, Sociedad Cooperativa de R.L. de C.V.

Primer Banco de los Trabajadores, Sociedad Cooperativa de R.L. de C.V.

Asociación Cooperativa de Ahorro y Crédito Visionaria de Responsabilidad Limitada o Banco Cooperativo Visionario de Responsabilidad Limitada. (ACCOVI de R.L. o BANCOVI de R.L.)

Asociación Cooperativa de Ahorro y Crédito del Colegio Médico de El Salvador de R.L. (COMEDICA DE R.L.)

Federaciones de Cajas de Crédito y Banco de los Trabajadores (FEDECREDITO)

d) Sociedades de Ahorro y crédito

Sociedad de Ahorro y Crédito CREDICOMER, S.A.

Sociedad de Ahorro y Crédito Apoyo Integral, S.A.

Sociedad de Ahorro y Crédito Constelación, S.A.

Sociedad de Ahorro y Crédito Gente, S.A.

Los formularios de contratos de adhesión presentados a la Superintendencia del Sistema Financiero, no especifican el destino final del crédito o préstamo, ya que en los referidos documentos se deja un espacio en blanco para que dependiendo de las circunstancias se

complemente la información que corresponda, razón por la cual no es posible establecer el número de formularios que correspondan a créditos de consumo.

Las revisiones como se ha mencionado tienen como finalidad que los contratos no contengan cláusulas abusivas ni cobros, recargos, cargos o comisiones contrarias a la LPC y su reglamento, razón por la que se vuelve útil revisar la información contenida en las memorias de labores proporcionadas por la Defensoría del Consumidor, en las que se detallan las cantidades de contratos revisados juntamente con la Superintendencia del Sistema Financiero, en cumplimiento al art. 22 LPC, que proporcionan los datos siguientes:

Para los años de gestión correspondientes a junio 2010 a mayo 2016 no se informó por parte de la Defensoría del Consumidor, en específico el número de contratos revisados en conjunto con la Superintendencia del Sistema Financiero.

En el período comprendido en los años 2016-2017, se verificaron 233 contratos de productos y servicios financieros.³⁰¹

En el año de gestión correspondiente a junio 2017 a mayo 2018, se revisaron 336 contratos de productos y servicios financieros.³⁰²

En el año de gestión correspondiente a junio 2018 a mayo 2019, se revisaron 179 contratos de productos y servicios financieros.³⁰³

En el período comprendido en los años 2019 al 2020, la Defensoría del Consumidor revisó en conjunto con la SSF, un total de 224 contratos y 1064 anexos de proveedores del sector; y un contrato financiero revisado del proveedor COMEDICA DE R.L., en el marco de la Emergencia Nacional por COVID-2019.³⁰⁴

En la referida resolución de información extendida por el Oficial de Información de la Superintendencia del Sistema Financiero, se señaló que según los criterios del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, se expresaron dos cláusulas con contenido abusivo, y que fue señalada la no procedencia del depósito del contrato hasta la subsanación de las observaciones, siendo éstas: a) El sometimiento a los clientes al domicilio de la entidad financiera; y, b) La que autoriza al proveedor a resolver el contrato sin acudir al juez.³⁰⁵

De lo anterior puede destacarse que la Superintendencia del Sistema Financiero realiza una constante labor de revisión de los formularios de contratos de adhesión para el sistema bancario, sociedades y bancos cooperativos, por lo que este sector la SSF hace un esfuerzo en la prevención de inclusión de cláusulas abusivas, o control de inclusión, y como se expresó con anterioridad esto

³⁰¹ Defensoría del Consumidor, "Memoria de labores Junio 2016 a mayo 2017" (2017): 57. file:///C:/Users/HP/Downloads/reporte_actualizado.pdf

³⁰² Defensoría del Consumidor, "Memoria de labores Junio 2017 a mayo 2018" (2017): 69. [file:///C:/Users/HP/Downloads/Informe_de_labores%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/HP/Downloads/Informe_de_labores%20(1).pdf)

³⁰³ Defensoría del Consumidor, "Memoria de labores Junio 2018 a mayo 2019" (2019): Op. Cit. 21.

³⁰⁴ Defensoría del Consumidor, "Memoria de labores 2019-2020" (2020): 21. <https://www.defensoria.gob.sv/wp-content/uploads/2020/06/Informe2020.pdf>

³⁰⁵ Resolución UAIP-.SSF-2021-0035, 21/06/2021. Op. Cit. Ver ANEXO 3.

ayuda a propiciar al proveedor de servicios financieros de la seguridad jurídica de haber obrado conforme a derecho y actuado con la diligencia debida.

3.2.3.2 Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo (INSAFOCOOP)

El Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo “INSAFOCOOP”, de conformidad al art. 1 de la Ley de Creación del Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo³⁰⁶, es una corporación de derecho público, con autonomía en los aspectos económicos y administrativos, y el art. 2 letra f), dice: “*Son atribuciones del Instituto: ...f) Ejercer funciones de inspección y vigilancia sobre las asociaciones cooperativas, federaciones de cooperativas y Confederación Nacional de Cooperativas, e imponer a las mismas las sanciones correspondientes...*”, por lo que tiene como facultad lo establecido en el inc. 4° del art. 22 LPC, respecto del depósito de los contratos de adhesión.

Así también el INSAFOCOOP, es el encargado de fiscalizar, de conformidad al art. 4 de la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito, a las Asociaciones Cooperativas de Ahorro y Préstamos cuando estén autorizadas para emitir, administrar o gestionar tarjetas de crédito, debiendo cumplir con las normas técnicas emitidas por la Superintendencia del Sistema Financiero para el cumplimiento de la Ley de Sistema de Tarjetas de Crédito.

Según informe publicado por el Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo, el total de Cooperativas activas hasta el 31 de diciembre del año 2020, son 1324, de las cuales 514 tienen su asiento en el departamento de San Salvador,³⁰⁷ y siendo una gran cantidad de instituciones cooperativas que prestan servicios financieros en el área de crédito, se entendería que la utilización de contratos de adhesión debe ser considerable.

A efecto de conocer sobre la labor de fiscalización y vigilancia realizada por el INSAFOCOOP, en cumplimiento a lo establecido en el inc. 4° del art. 22 LPC, referente al depósito de los formularios de contratos de adhesión para verificar juntamente con la Defensoría del Consumidor, que cumplan lo correspondiente a los derechos del consumidor, y en especial a que no contengan cláusulas abusivas, se solicitó información a la Oficina de Información y Respuesta de dicha institución³⁰⁸, dando el resultado siguiente:

1. Nombre de las instituciones cooperativas que han depositado los formularios de contratos de adhesión de crédito por adhesión en el período de los años 2010 al 2020.

El Instituto de Fomento Cooperativo, únicamente recibió tres solicitudes para el depósito de formularios de Contratos de Adhesión, las cuales tuvieron auto de prevención, y las Asociaciones no lo subsanaron, por lo que los contratos no fueron depositados en INSAFOCOOP. Las Cooperativas a las que se les previno fueron: Asociación Cooperativa de Ahorro, Crédito y Consumo de Abogados de El Salvador, de Responsabilidad Limitada; Asociación Cooperativa de

³⁰⁶ Ley de Creación del Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo (El Salvador: Asamblea Legislativa. 1969)

³⁰⁷ file:///C:/Users/HP/Downloads/COOPERATIVAS_ACTIVAS_AL_31_DE_DICIEMBRE_2020.pdf

³⁰⁸ Informe de Lic. Ana Elizabeth Martínez Figueroa (Jefe Departamento Jurídico de INSAFOCOOP) a la sra. Guadalupe Roxana Alvarenga de Nerio, Oficial de Información y Respuesta OIR, solicitud Ref. 007-UAIP-INSAFOCOOP-2021. Ver ANEXO 4.

Ahorro y Crédito Centzontlialt, de R.L.; y Asociación Cooperativa de Ahorro y Crédito Santa Victoria, de R.L.

De éstas tres cooperativas, el INSAFOCOOP juntamente con la Defensoría del Consumidor, revisaron los formularios de contratos únicamente de una de ellas, debido a que las otras dos cooperativas no subsanaron la prevención que se les realizara en el sentido de presentar los formularios en formato digital o electrónico para su respectiva revisión.

2. Tipos de contratos de créditos por adhesión en formulario que han sido presentados para su revisión y aprobación juntamente con la Defensoría del Consumidor.

Préstamo Mercantil con Garantía Personal.
Préstamo Mercantil con Garantía Hipotecaria
Contrato de Ahorro a la Vista.
Contrato de Ahorro Programado Navideño
Contrato de Ahorro Infantil
Contrato de Ahorro para Créditos MIPYME
Contrato de Ahorro Programado Estudiantil
Contrato de Mutuo para Reestructuración de Crédito
Contrato de Mutuo para Línea de Créditos Automáticos
Contrato de Mutuo de Créditos con Garantía Prendaria sin Desplazamiento

En los formularios presentados al INSAFOCOOP, se hicieron las observaron del contenido de cláusulas abusivas siguientes:

“1. CONDICIONES GENERALES. El deudor se obliga: c) A pagar los impuestos que causen los recibos por los pagos que hiciere originados por este crédito, los gastos de cancelación y cuantos otros hiciere la Cooperativa en el cobro de esta deuda, inclusive los personales, aunque no fuere condenado en costas; e) A no hacer modificaciones o alteraciones en el inmueble que hipoteca sin previo permiso escrito de la Cooperativa; i) A otorgar nuevas órdenes irrevocables de descuento.

2. “GARANTÍAS. Eliminar que el deudor debe contratar con la XXXXX aseguradora. (establecen el nombre de la aseguradora).

3. HONORARIOS Y GASTOS. ...Así también, serán por cuenta del deudor los honorarios y gastos para la cancelación de este instrumento así como también los impuestos o tributos de los documentos que deban otorgarse con consecuencia del presente crédito y cuantos otros hiciere la Cooperativa en el cobro de esta deuda, inclusive costas procesales y personales si hubiere condena judicial o si el deudor aceptare por escrito el valor de dichas costas en caso llegare a un arreglo extrajudicial de pago con la Cooperativa aún antes de la sentencia definitiva.

4. “DOMICILIO, RENUNCIAS. Observación: Se debe dejar en blanco el domicilio al cual se someten las partes. Eliminar lo relativo a la renuncia del derecho de apelar al decreto de embargo, sentencia de remate y demás resoluciones apelables del juicio ejecutivo.”

Con la anterior información queda en evidencia el poco control preventivo que realiza el INSAFOCOOP concerniente a evitar la incorporación de cláusulas abusivas en los contratos y en la vigilancia de que no se vulneren los derechos del consumidor, pues de las 1324 cooperativas activas en el país³⁰⁹, solo se han aprobado la utilización de formularios de adhesión para una tan sola cooperativa; entendiéndose que las demás cooperativas no se han sometido a la revisión de

³⁰⁹ Op. Cit. file:///C:/Users/HP/Downloads/COOPERATIVAS_ACTIVAS_AL_31_DE_DICIEMBRE_2020.pdf

sus formularios de contratos de adhesión, por lo que existe la posibilidad de que éstos contengan cláusulas abusivas en perjuicio de los adherentes.

En los casos expuestos, ISAFOCOOP debió aplicar lo establecido en el art. 32 RLPC, en virtud de que el proveedor no presentó los formularios corregidos dentro del término de cinco días contados a partir del día siguiente al de la notificación de las observaciones, o habiéndose presentado, las observaciones no hubieren sido superadas, lo que correspondía era el haber emitido resolución final prohibiendo el uso de los formularios.

Cabe destacar que ante la falta de aprobación administrativa por parte del INSAFOCOOP, las cláusulas incorporadas a los contratos por parte de todas aquellas cooperativas que no han presentado sus formularios de contratos de adhesión para su revisión en cumplimiento del art. 22 LPC, en relación al art. 32 RLPC, podrían considerarse abusivas, si no han sido negociadas individualmente y hayan sido redactadas en contra de las exigencias de la buena fe, en el caso de colocar a los consumidores en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos.³¹⁰

3.2.3.3 Superintendencia de Obligaciones Mercantiles

Las atribuciones de la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles, respecto a la fiscalización y vigilancia de los operadores de servicios financieros, se encuentran contemplados en el art. 2 de la Ley de la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles; y el art. 4 de la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito, de los comerciantes nacionales y extranjeros, y cuando éstos emitan, administren o gestionen tarjetas de crédito.

Esta entidad es dependencia del Ministerio de Economía, como fiscalizadora y vigilante de los proveedores de servicios financieros prestados a través de tarjetas de crédito, ante quien se le depositan los formularios de contratos de adhesión para operar tarjetas de créditos, a fin de realizar la revisión y verificación conjuntamente con la Defensoría del Consumidor, de que dichos formularios no contengan cláusulas abusivas y que cumplan con los diferentes requisitos establecidos en el art. 3 de la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito y art. 9 de las Normas Técnicas del Sistema de Tarjetas de Crédito, en aplicación al art. 22 LPC y art. 32 RLPC.

En la Solicitud de depósito de contrato de adhesión,³¹¹ puede observarse que entre los requisitos que deben contener los formularios de contratos de adhesión que serán presentados a la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles, se encuentra un control de inclusión o de incorporación, los cuales se encuentran señalados en el inc. 1° del art. 22 LPC y el art. 22 RLPC.

Por información emitida por la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles³¹², se ha podido constatar que las empresas que han depositado sus contratos de adhesión para la emisión de Tarjetas de Crédito y que se encuentran supervisadas por dicha institución, son únicamente:

³¹⁰ Alfredo Maraví Contreras, "Breves apuntes sobre el sistema de protección al consumidor en el Perú", *Op. Cit.* 39.

³¹¹ Solicitud de Depósito de Formulario de Contrato de Adhesión Ver [ANEXO 5. file:///C:/Users/HP/Downloads/F_0005_DEPOSITO_DE_CONTRATO_DE_ADHESION_OPERADOR_TARJETA_DE_CREDITO_VP.pdf](file:///C:/Users/HP/Downloads/F_0005_DEPOSITO_DE_CONTRATO_DE_ADHESION_OPERADOR_TARJETA_DE_CREDITO_VP.pdf)

³¹² Resolución de Acceso a la Información emitida por la Oficial de Información del Ministerio de Economía, con Ref. SOM-059/2020, [VER ANEXO 6](#)

1. CREDISIMÁN, S.A. de CV.
2. Corporación de Tiendas Internacionales, S.A de C.V.
3. Sociedad Cooperativa de Ahorro y Crédito AMC, de Responsabilidad Limitada de Capital Variable.
4. Tu Solidaria, Sociedad de Responsabilidad Limitada de Capital Variable
5. CREDIBOMBA, S.A. de C.V.

Otro aspecto destacable de la Supervisión que ejerce la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles, es que es escasa la labor que realiza para prevenir que en los contratos de adhesión se incorporen cláusulas abusivas, pues en el período comprendido entre los años 2010 al 2019, únicamente se han presentado a dicha sede 5 formularios o modelos de contratos de apertura de Crédito para la emisión y uso de Tarjeta de Crédito, en cumplimiento al art. 22 LPC.

Las cláusulas abusivas, que se han podido observar en los formularios depositados en la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles, son:

1. Cobros por servicios inherentes al contrato.
2. Cobro por membresía o retiros de efectivo.
3. Cobro por recargos por mora, cuando ya está determinado el cobro de intereses moratorios.
4. Cobro por reposición de estado de cuenta.
5. Modificación unilateral del contrato, entre otras.

Pudiera advertirse que en nuestro sistema de mercado es de mucha presencia el uso de Tarjetas de Crédito, y ya no se diga respecto de las empresas e instituciones que hacen uso de dichos documentos para facilitar la adquisición de bienes de consumo, por lo que se evidencia la deficiencia en la supervisión de dicha actividad económica, y en especial, porque no existe casi nada de control en la prevención de la incorporación de cláusulas abusivas en estos tipos de contratación.

3.2.4 Procedimiento para la revisión de formularios de contratos de adhesión

Los proveedores de servicios financieros deberán remitir a las instituciones fiscalizadoras y de vigilancia correspondiente, antes de su ofrecimiento al público, los modelos o formularios de los contratos de adhesión y sus anexos, dichas instituciones conjuntamente con la Defensoría del Consumidor, deberán verificar en un plazo no mayor de treinta días, los cuales serán hábiles de conformidad al art. 164 LPC, en aplicación al art. 145 inc. 2° CPCM, y el art. 82 de la Ley de Procedimientos Administrativos³¹³, y serán contados desde el respectivo depósito, si dichos documentos cumplen con los correspondiente a los derechos de los consumidores.

Recibido el formulario (en dos copias) en la institución correspondiente, quien remitirá a la Defensoría del Consumidor dentro de los dos días posteriores a su recepción, para que en el plazo máximo de doce días revise su contenido, de lo cual levantará acta; dentro de dos días

³¹³ Ley de Procedimientos Administrativos (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2018).

posteriores a la emisión de dicha acta, la institución fiscalizadora deberá emitir resolución habilitando el uso de los formularios u observándolos y darle audiencia al proveedor.

Esta audiencia tiene la finalidad de que el proveedor se pronuncie sobre las observaciones y realice las correcciones dentro del plazo de cinco días; la institución encargada de la fiscalización y vigilancia juntamente con la Defensoría analizarán en el plazo de siete días los argumentos o los cambios que el proveedor ha realizado en el formulario, transcurrido dicho plazo tendrá que emitir resolución final dentro de dos días, teniendo por subsanadas las observaciones y teniendo por depositados los formularios de contratos de adhesión.

En el caso que el proveedor no hubiese presentado los formularios corregidos, o si habiéndolos presentado no hubiera subsanado las observaciones que se le hicieren, la institución fiscalizadora dictará resolución final no teniendo por subsanadas las observaciones y prohibirá el uso de los formularios.

3.2.5 Control de inclusión o de incorporación (formularios)

El art. 22 LPC, dice: *“En el caso de los contratos de adhesión y sus anexos, redactados en formularios impresos mediante cualquier procedimiento, deberán ser escritos en términos claros, en idioma castellano, impresos con caracteres legibles a simple vista y en ningún caso podrán contener remisiones a textos o documentos que no se entregan al consumidor, previa o simultáneamente a la celebración del contrato, salvo que la remisión sea a cualquier ley de la República. De todo contrato y sus anexos deberá entregarse copia al consumidor.*

Los formularios estarán a disposición de los consumidores, quienes tendrán derecho a conocerlos antes de suscribirlos, para lo cual los proveedores deberán facilitar su obtención mediante impresos o cualquier otro medio.

La Defensoría del Consumidor podrá proceder al retiro de los formularios cuando se determine, previa audiencia al proveedor, que éstos contienen cláusulas abusivas...”

Esta disposición legal comienza proporcionando un Control de Inclusión, mismo que CLAVERÍA, citado por Rodríguez Russo, define como el conjunto de medidas, impuestas por la ley, encaminadas a posibilitar y facilitar el conocimiento, por el adherente, de la existencia, el contenido y el alcance de las cláusulas predispuestas y no negociadas: tamaño de la letra, idioma, entrega previa del documento que las contiene, exigencia de firma una por una, claridad de la redacción, etc.³¹⁴

Para SERRA RODRÍGUEZ, el control de incorporación está conformado por los requisitos que deben cumplir las condiciones generales de la contratación, y las cláusulas no negociadas individualmente, para que puedan llegar a formar parte de un contrato, este control es de carácter formal y pretende asegurar el conocimiento de las condiciones generales o las cláusulas por el adherente.³¹⁵

³¹⁴ Jorge Rodríguez Russo, La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil uruguayo, *InDret Revista para el análisis del derecho* n°4, (2013): 13.

³¹⁵ Adela Serra Rodríguez, “Condiciones generales de la contratación y Cláusulas Abusivas”, en *Manuales Derecho Privado de Consumo*, coor. por María José Reyes López, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005), 325. Se parte del supuesto que si las cláusulas o las condiciones generales no logran superar este control, por no reunir los requisitos previstos, no llegarán a formar parte del contenido del contrato.

De lo regulado en el inc. 1° del art. 22 LPC, el control de inclusión que nuestra legislación prevé para los contratos de adhesión es similar al expuesto por Clavería, con la diferencia que no está la exigencia de firma del contrato una por una de las partes, pero sí la negativa o prohibición a las remisiones a textos o documentos que no se entregan al consumidor, previa o simultáneamente a la celebración del contrato.³¹⁶

El control de inclusión, es un control primario, que sin entrar a conocer el fondo de las cláusulas, se trata de establecer un filtro previo pero indispensable que garantice que el adherente, tiene información sobre las condiciones generales que se incluyen en el contrato a celebrar y que el texto de las mismas es comprensible. Se fija en exclusiva en el conocimiento que el adherente pueda tener de las cláusulas que forman el contrato y su redacción,³¹⁷ su fin es que el consumidor tenga accesibilidad y conozca de las cláusulas que componen el contrato, y que dicho contrato se haya redactado conforme a los criterios enunciados en el inc. Primero del art. 22 LPC.

Para O'Callaghan Muñoz, el control de inclusión tiene tres requisitos los cuales son: a) requisito de plasmación documental; b) requisito de disponibilidad; y c) requisito de formulación,³¹⁸ estos se encuentran detallados en los arts. 16 y 22 LPC., que regulan lo relativo a las promociones, ofertas y los contratos de adhesión respectivamente.

a) **Requisito de plasmación**, es el que exige que en las condiciones generales se hallen en el texto del documento que contiene el contrato, o que se haga una referencia expresa al documento en que se encuentran, mismos que deben ser facilitados al contratante, esta exigencia ejerce una función de transparencia, la que tiene por finalidad dotar al consumidor de la información necesaria en la fase de celebración del contrato.³¹⁹ Regulado en el inc. 2° del art. 22 LPC.

b) **Requisito de disponibilidad**, este control garantiza al adherente el conocimiento o provee una posibilidad real de conocer las condiciones generales que rigen el contrato, porque se le entregue un ejemplar del formulario, tal como lo dice el art. 23 RLPC letra a)³²⁰, a fin de que los consumidores puedan conocerlos de forma impresa o cualquier otro medio antes de suscribirlos, a esto se le llama accesibilidad, no se trata de mostrar, exhibir o enseñar, sino de entrega definitiva de los documentos.

Se prohíbe la remisión a textos o documentos que no se entregan al consumidor, de manera previa o simultáneamente a la contratación, esto es una práctica reiterada, que se pretende erradicar, y que consiste en que el profesional o proveedor de servicios financieros que a la vez es el predisponente, incluye una o más cláusulas que reenvían a otra u otras reglas incluidas en anexos que no forman parte del texto contractual y que se pretende aplicar. Con ello se evidencia el

³¹⁶ Tribunal Sancionador, *Resolución*, Expediente 320/2010 (El Salvador: Defensoría del Consumidor, del 30 de junio de 2010).

³¹⁷ Silvia Díaz Alabart y María Teresa Alvarez Moreno, "*Contratación con condiciones generales y cláusulas abusivas*", Op. Cit. 76-77. Como lo dice Adela Serra Rodríguez, Op. Cit. La finalidad de este control es asegurar que el adherente tenga un conocimiento de las condiciones generales, garantiza con ello que el adherente emita un consentimiento no viciado, sino una decisión libre y consciente.

³¹⁸ Xavier O'Callaghan Muñoz, Op. Cit. 23-24.

³¹⁹ Xavier O'Callaghan Muñoz, Op. Cit. 24.

³²⁰ Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2015).

desconocimiento del contenido de dichos documentos por parte del consumidor, y esto no se cubre con que la cláusula de reenvío contenga cualquier expresión que de la idea como que el contenido de la cláusula a la que se remite es (o se tiene por) conocida o aceptada.³²¹

c) **Requisito de formulación**, que aporta la legibilidad de las cláusulas, se exige para ello que la letra del contrato no sea menor a 3 milímetros de altura, art. 22 letra c) RLPC., quiere decir, que las condiciones generales estén redactadas de forma legible y comprensible, se trata que el texto sea legible por tanto se exige que tenga claridad visual, que su letra no esté tan pequeña que imposibilite su lectura, además que sea comprensible para el tipo medio de persona a que va normalmente destinado, es decir, al consumidor promedio.³²²

La sanción o consecuencia del control de inclusión es que al analizarse el formulario del contrato de adhesión por las instituciones fiscalizadoras y de vigilancia correspondiente a las que se refiere el art., 22 LPC, es la eliminación de éstas en el clausulado del contrato.

3.2.6 Control de Contenido

Tras efectuar el control previo de inclusión de los contratos de adhesión o condiciones generales de la contratación (señalado en el art. 22 LPC), lo que queda a la vista es que el consumidor o adherente conoce que el contrato celebrado tienen cláusulas predispuestas o condiciones generales, que ha tenido acceso a ellas, que por su tipo de impresión y su redacción son legibles y comprensibles, pero no se ha entrado a su contenido, y es para ello que sirve el segundo control, una vez que las cláusulas ya han sido incluidas en el contrato, es preciso constatar que no son cláusulas abusivas.

Se trata del Control de Contenido, que consiste en entrar en el sentido de las cláusulas para comprobar si se ajustan a derecho o deben ser declaradas abusivas. Este control, solo es posible realizarlo sobre cláusulas no negociadas, cuando el adherente sea además un consumidor. Es un sistema mixto de protección, compuesto por una regla general denominada cláusula general y un listado de cláusulas consideradas abusivas, que en las legislaciones complementan y ejemplifican la cláusula general.³²³

Este control trata de determinar si una cláusula, que a pesar de haber superado el control de inclusión, y por tanto formar parte del contrato, atenta contra las exigencias de la buena fe, y ocasiona un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de la partes, en perjuicio del consumidor. Si la cláusula no supera este control se calificará de abusiva y sancionada, para el caso de la legislación salvadoreña se tendrá por no escrita, mientras que en otras legislaciones³²⁴

³²¹ Rúben S. Stiglitz, "Contrato de consumo y cláusulas abusivas". Op. Cit.34.

³²² Xavier O'Callaghan Muñoz, Op. Cit. 24.

³²³ Silvia Díaz Alabart y María Teresa Álvarez Moreno, "Contratación con condiciones generales y cláusulas abusivas", Op. Cit. 82.

³²⁴ Ejemplo de ello es el Real Texto Refundido que contiene la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, de España, Op. Cit., que en su art. 83 dice: "Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho".

es sancionada con la nulidad de pleno derecho, pudiendo, en determinados casos, dar lugar a la nulidad de todo el contrato.³²⁵

Los requisitos de contenido se pueden reducir a la proclamación y aplicación del principio de la buena fe y el equilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes, los que se encuentran establecidos en el inc. 1° del art. 17 LPC.

En el caso del control de contenido, para el caso de El Salvador, la consecuencia es de tenerse por no escrita la cláusula, condición o estipulación en la que se determine el carácter abusivo, tal como lo establece el art. 17 inc. final LPC; mientras en el caso de la legislación española si una cláusula se declara abusiva, se tendrá por no escrita debe declararse la nulidad y la eliminación de dicha cláusula del contenido del contrato, mientras éste sigue rigiendo la relación entre las partes.

La Corte en Pleno, por medio de Resolución 111-D-2009, expresó: “El análisis sobre si la cláusula es abusiva corresponde al deber que tienen los Jueces en representación del Estado para controlar el contenido de las cláusulas contractuales y que se desprende del mismo Art. 17 in fine L.P.C. y que la doctrina conoce como control de contenido”.³²⁶

3.2.7 Pautas para declarar la abusividad de las cláusulas de naturaleza abusivas

El art. 17 inc. final LPC, expresa: “*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 del que éste dependa. Se tendrá por no escritas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se determine el carácter abusivo.*”

Cabe mencionar que esta regulación no incluye las circunstancias que puedan darse en la ejecución del contrato; y al hablar de las demás cláusulas del contrato, es porque se debe interpretar conjuntamente los derechos y obligaciones que se derivan para cada parte del contrato, con el fin de verificar si existe el desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor; y al establecer que deben tomarse en cuenta las cláusulas de otro contrato del que dependa, se refiere al tema de contratos vinculados, conexos o complementarios³²⁷, como los es el caso de la presente investigación, un contrato de compraventa de un bien y otro de crédito al consumo.

El Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, ha establecido que para determinar el carácter abusivo de una cláusula no hace falta que esta se hubiera aplicado, sino que con solo la incorporación en el texto del contrato de una cláusula abusiva, aun cuando se establezcan salvedades donde se traslade al consumidor la responsabilidad por el contenido del contrato, amparándose en la aceptación expresa de los contenido abusivos del contrato por parte del consumidor, ya que dicha práctica al encontrarse proscrita no puede ser avalada por los particulares, siendo una infracción prevista en el art. 44 letra e) LPC.³²⁸

³²⁵ Adela Serra Rodríguez, Op. Cit. 326.

³²⁶ Corte Suprema de Justicia, *Resolución Conflicto de Competencia*, Referencia: 111-D-2009, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2010).

³²⁷ Silvia Díaz Alabart y María Teresa Álvarez Moreno, Op. Cit. 84

³²⁸ Tribunal Sancionador, *Resolución, expediente: 240/2011*. (El Salvador, Defensoría del Consumidor, del 8 de febrero de 2012).

La Directiva 93/13/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, determina la misma regla para la apreciación de abusividad de una cláusula, que se encuentra contemplada en el inc. final del art. 17 de la LPC; pero adiciona que esta apreciación no se referirá a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precios y retribuciones, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que esas estipulaciones se redacten de manera clara y comprensible.

3.2.8 Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor

El empleo de cláusulas abusivas en la contratación tanto de consumo como en los contratos de créditos civiles y mercantiles es una problemática que se ha querido erradicar desde hace un buen tiempo; las acciones para contrarrestarlas por parte de la Defensoría del Consumidor de El Salvador, han sido por medio del examen de los formularios de contratos de adhesión; así como las Sentencias dictadas por el Tribunal Sancionador de dicha institución, sentando jurisprudencia en la determinación de la cláusulas que en nuestro país pueden considerarse abusivas, mismas que han sido consignadas en el documento denominado Criterios Jurisprudenciales de Protección al Consumidor en el período de 2005- 2015³²⁹, y las sentencias que se han dictado desde esa fecha hasta la actualidad.

Dicho Tribunal es un ente colegiado integrado por tres personas (no incluye a la presidencia de la Defensoría) que tiene la responsabilidad de ejercer la facultad para instruir los procedimientos administrativos sancionatorios en materia de protección al consumidor de conformidad a lo establecido en la LPC, así también tiene como facultades el análisis de proporcionalidad o equidad, tal es el caso de las cláusulas incorporadas a los contratos de adhesión, ante el desequilibrio en que se encuentra el consumidor en algunas relaciones comerciales.

El Tribunal Sancionador ha expresado que moderadamente en materia contractual, si bien se mantienen las reglas tradicionales del Derecho Civil, en cuanto a que las cláusulas convenidas se sujetan a la autonomía de la voluntad y a la igualdad formal, hay ciertas estipulaciones que en términos reales implican para la parte contratante más débil de la relación, un sometimiento a las mismas sin que tengan la libertad real de controvertirlas o rechazarlas, en ese sentido los principios que sustentan el Derecho de Consumo, a fin de propiciar la equidad entre las partes ante el desequilibrio en los contratos de adhesión.³³⁰

Es importante destacar, además, que la escasa litigiosidad judicial en materia de consumo, debido a que las reclamaciones muchas veces tienen poco valor económico o a que no existen los cauces procesales adecuados, hace que las interpretaciones sobre el derecho de consumo que lleva a cabo el Tribunal Sancionador se conviertan, en muchos casos, en los criterios de referencia que determinan y rigen las relaciones de consumo.³³¹

³²⁹ Armando Enrique Mena Castro, ed. *Criterios Jurisprudenciales del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor*. (El Salvador: Defensoría del Consumidor, 2015). <https://www.defensoria.gob.sv/defensoria-del-consumidor-presenta-libro-criterios-jurisprudenciales-de-proteccion-al-consumidor/>

³³⁰ Tribunal Sancionador, *Resolución, expediente: 139/11*. (El Salvador, Defensoría del Consumidor, del 9 de febrero de 2012).

³³¹ Mena Castro, Armando Enrique. Ed. *Criterios Jurisprudenciales del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor*. Op. Cit. 11-12.

3.2.8.1 Jurisprudencia

Las Cláusulas que han sido interpretadas como abusivas por el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, y que fueron incorporadas a los contratos de créditos de consumo, las encontramos en resumen en los Criterios Jurisprudenciales de Protección al Consumidor³³², los cuales son:

1. La que exime de toda responsabilidad al proveedor por el mal funcionamiento del cajero.

Se consideró abusiva esa cláusula, por haber sido redactada en términos genéricos, lo que podría amparar de manera ilícita supuesto que deben ser asumidos por el proveedor de servicios financieros, como profesional y responsable en la prestación del servicio; este tipo de cláusula al crear desventaja en la relación contractual en perjuicio del consumidor, encajaba con lo establecido en la letra e) del art. 17 LPC. (Resolución del Tribunal Sancionador, del 26/10/2009, en el expediente 34/2009).³³³

2. La que fija una penalidad desproporcionada

La cláusula que habilita al proveedor de servicios apropiarse de lo pagado, importa una evidente desproporción, derivando en un desequilibrio contractual en favor del proveedor, no existiendo una contraprestación suficiente que lo justifique, lo que constituye un elemento de carácter abusivo en la cláusula. Ya el TS, había establecido que cuando se dice que el incumplimiento del consumidor en el pago de las cuotas, el proveedor está habilitado a establecer cláusulas penales a fin de indemnizarle por los daños ocasionados, pero no le da derecho alguno a la retención íntegra de lo cancelado por el consumidor, entendiéndose que habrían retenciones desproporcionadas, dotándosele de carácter exorbitante.

El contenido de dicha cláusula es contradictorio a lo establecido en el art. 13 inc. 4° LPC, ya que crea un “desistimiento presunto del consumidor”, pero sin otorgarle los efectos que la ley ha dispuesto para tal efecto, como lo es la potestad de proveedor de retener una suma equivalente al interés legal, sino, que establece como consecuencia la resolución unilateral del contrato, con la apropiación de la totalidad de la cantidad pagada, atribuyéndola como indemnización. (Resolución del TS, del 7/09/2009, en el expediente 1280/2009).³³⁴

3. La que obstaculice el ejercicio del derecho a desistir del contrato

Incluirse en la cláusula de las causales de terminación del contrato, en la que se indique que se dará por terminado el contrato sin responsabilidad del proveedor, ni devolución de dinero en los caso por las razones propias del cliente que decida rescindir en forma unilateral el contrato, realizándose los descuentos de conformidad a la ley, gastos operativos en que incurrió la empresa desde el momento de la firma del contrato, comisiones bancarias y otros cargos que se deriven del contrato, siempre y cuando exista incumplimiento comprobado por parte del proveedor.

³³² Armando Enrique Mena Castro, Ed., *Criterios Jurisprudenciales del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor*. Op. Cit. 79-96.

³³³ Tribunal Sancionador, *Resolución, expediente: 34/2009*. Op. Cit.

³³⁴ Tribunal Sancionador, *Resolución, expediente: 1280/2009*. (El Salvador, Defensoría del Consumidor, del 7 de septiembre de 2009).

Lo anterior contradice el art. 13 LPC, ya que ante el incumplimiento del proveedor o mora en el servicio prestado, el consumidor por ley tiene derecho a renunciar a que se le entregue el bien o preste el servicio, dando por terminado el contrato de manera unilateral, teniendo derecho a que se le reintegre lo pagado o indemnice como lo establece el inc. 1° art. 13 LPC, se estima que el incumplimiento del proveedor le hace incurrir en responsabilidad frente al consumidor por el principio de buena fe en la contratación, causándole perjuicio o desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, letra a) art. 17 LPC, siendo una infracción muy grave, letra e) art. 44 LPC. (Resolución del TS, del 3/09/2009, en el expediente 116/2009).³³⁵

4. La que autoriza al proveedor a compartir la información crediticia y personal del consumidor

Es considerada cláusula abusiva la que autoriza al emisor de tarjeta de crédito, para que consulte y reporte información referente al historial crediticio del tarjetahabiente, cuando sea hecho a empresas del Conglomerado Inversiones Financieras Uno, S.A., del cual el emisor fue parte, o a través del Sistema de Superintendencia del Sistema Financiero y Empresas fiscalizadoras por ésta.

Es permitida dicha estipulación, cuando sea pactada como cláusula adicional, libremente discutida por las partes, pero no puede aparecer como parte del formulario impreso que se entrega al consumidor, ni tampoco deberá ser establecida como una condición para la celebración del contrato por contradecir el art. 22 LPC, en relación al art. 6 del RLPC. (Resolución del TS, del 26/10/2009, en el expediente 34/2009).³³⁶

5. La que somete al consumidor a un domicilio especial en caso de acción judicial

Cuando la fijación de domicilio, es fruto de una decisión unilateral, como lo es el caso de un contrato de adhesión, existe un desequilibrio respecto al derecho del consumidor, ya que no existió real negociación entre las partes, lo que derivaría en que la jurisdicción pactada sea inaccesible para el consumidor, quien tiene su domicilio fuera de San Salvador, en virtud de la distancia y los costos derivados de litigar en una zona distinta a la de su domicilio, pudiendo limitar derechos constitucionales como el acceso a la jurisdicción, o bien derechos de audiencia y defensa. (Resolución del TS, del 20/05/2010, en el expediente 250/2010).³³⁷

6. La que suponga una carga excesiva para que el consumidor pueda darse de baja

Es considerada como abusiva la cláusula que impone condiciones desfavorables al consumidor frente al proveedor al momento de ejercer la facultad de darse de baja del servicio, constituyendo así un obstáculo injustificado que vuelve nula dicha facultad, ya que el consumidor al hacer uso del derecho consagrado en el art. 13 LPC, debe tener fondos suficientes antes de solicitarla, y por tanto el proveedor no debe estipular obstáculos disuasivos al consumidor que impidan que éste pueda darse de baja, y su finalidad es el de mantenerlo cautivo de dicho servicio

³³⁵ Tribunal Sancionador, *Resolución, expediente: 116/2009*. (El Salvador, Defensoría del Consumidor, del 3 de septiembre de 2009).

³³⁶ Tribunal Sancionador, *Resolución, expediente: 34/2009*. Op. Cit.

³³⁷ Tribunal Sancionador, *Resolución, expediente: 250/2010*. Op. Cit.

mientras no tenga fondos suficientes para cumplir la obligación impuesta, lo cual constituye una imposición contraria a derecho, por cuanto limita la libertad de contratación.

El tribunal en el análisis de dicha cláusula, estima que se opone a la buena fe del consumidor, ya que lo pone en una posición de desventaja injustificada, obstáculo para el ejercicio de una facultad dada por la LPC, frente al proveedor que simplemente debe tomar la decisión de sustraerse de sus obligaciones, quien además no asume responsabilidad frente al consumidor. (Resolución del TS, del 20/05/2010, en el expediente 250/2010)³³⁸

7. La que autoriza al acreedor a disponer de los bienes dados en prenda

La cláusula que establece: “para que el comisionista en su nombre y representación y sin necesidad de agotar trámite alguno de venta efectúe la venta extrajudicial de la prenda”, es nula por contravenir lo dispuesto en los arts. 2144 al 2151 C.C., por ejecutar la venta o disponer de la prenda sin acudir al juez, ante la mora del deudor, al respecto el Tribunal Sancionador, consideró esa cláusula un mecanismo para vender los bienes dados en prenda distintos de los establecidos en la ley. Lo anterior genera un marco de desproporcionalidad en detrimento del consumidor, el consumidor es colocado en una posición de desequilibrio. (Resolución del TS, del 10/11/2009, en el expediente 258/2009).³³⁹

8. La que implica una renuncia del consumidor al derecho de apelar

El Tribunal Sancionador estimó que la garantía de acceso a medios impugnativos es de naturaleza constitucional procesal, pues constituye una facultad que ofrece la posibilidad de que se alcance una real protección jurisdiccional, para ello tomó de base lo establecido por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de inconstitucionalidad 9-97, que declaró inconstitucional el ord. 2º del art. 986 Pr.C., que dice: “*La ley niega la apelación: ...2º.) Cuando entre las partes hubo pacto de no apelar;*”.

El TS, destacó de dicha sentencia lo siguiente: “Cualquiera de los derechos o categorías jurídicas integrantes del debido proceso, por su finalidad de potenciar el acceso completo de las personas a las instancias jurisdiccionales instauradas para la solución de sus conflictos sociales, sólo pueden disponerse si se está frente a una situación concreta y conocida; es decir, sólo si el sujeto la realiza libremente y, sobre todo, dentro de una realidad por completa conocida”. Es decir, cuando ya exista ese proceso iniciado y la oportunidad procesal para ello se haya producido.

La posibilidad de renuncia de derechos integrantes del proceso se circunscribe a sí ya exista certeza absoluta de lo que se está privando y sus consecuencias, de lo contrario y de hacerse la renuncia sobre la base de unos determinados acontecimientos procedimentales futuros, que se produzcan defectuosamente, la renuncia carecería de valor, pues podría posibilitar procesos reñidos con la Constitución; además se prohíbe disponer bajo ninguna forma, categorías integrantes del debido proceso frente a actuaciones jurisdiccionales que eventualmente puedan ser

³³⁸ Op. Cit.

³³⁹ Tribunal Sancionador, *Resolución, expediente: 258/2009*. (El Salvador, Defensoría del Consumidor, del 10 de noviembre de 2009).

arbitrarias, ilegales o inconstitucionales, siendo improcedente estimar una renuncia o un pacto cuya base fue la idea de una situación procesal completamente diferente.

El pacto de no apelar por medio de una convención, solo puede haberse hecho en un contexto de plena incertidumbre del contenido y alcances de la sentencia, por lo que la autonomía de la voluntad cede, siendo abusiva dicha cláusula por contravenir lo establecido en el art. 17 letra d) LPC, es decir, no se puede renunciar de forma anticipada a un derecho de rango constitucional por parte del consumidor, mediante un supuesto acuerdo de voluntades entre las partes, o que de alguna manera limiten su ejercicio o amplíen los derechos de la otra parte. El TS considera dicha cláusula como abusiva por omitir los elementos de un trato equilibrado de las partes, ya que pretende sustraer a los consumidores de la esfera de protección jurídica a la cual se someten mediante un proceso judicial. (Resolución del TS, del 30/04/2013, en el expediente 1589/2012).³⁴⁰

9. La que autoriza al proveedor a resolver el contrato sin acudir al juez;

Esta cláusula es analizada por haber sido incluida en contratos de arrendamientos, es decir en contratos bilaterales, pero para efectos prácticos del presente estudio cabe rescatar que de manera generalizada la inclusión de pacto comisorio que tenga como variante que ante el incumplimiento, se establezca la posibilidad de hacer efectiva la terminación unilateral del contrato sin acudir a la vía judicial, es decir dando por terminado el contrato *ipso facto*, privando de la garantía del debido proceso al consumidor, ya que el conocimiento judicial otorga una garantía de imparcialidad. (Resolución del TS, del 15/02/2013, en el expediente 1588/2012).³⁴¹

10. La que implica la renuncia del consumidor al derecho de reclamación

Al igual que la anterior, esta cláusula fue analizada en contratos de arrendamiento, y aunque la renuncia del consumidor al derecho de reclamación sea aceptada por éste en los contratos de adhesión, el TS, concluye que toda exención de responsabilidad a favor de la arrendadora y desnaturalización de sus obligaciones, no puede ser avalado por los particulares por estar legalmente proscrito, siendo calificado como abusiva dicha cláusula. (Resolución del TS, del 8/02/2012, en el expediente 240/2011).³⁴²

Cabe advertir que existe infracción si la cláusula nunca se aplicó, pues como lo dice el TS, para la configuración de una infracción, no se requiere entre los elementos tipo que las cláusulas abusivas establecidas en los documentos contractuales sean aplicadas, ya que la sola inclusión de ella en dichos documentos basta.³⁴³ Tal criterio es valioso en su contenido ya que representa ser una salvaguarda para el consumidor pues no requiere que la cláusula este surtiendo efectos bastando únicamente que forme parte del contrato.

³⁴⁰ Tribunal Sancionador, *Resolución, expediente: 1589/2012*. (El Salvador, Defensoría del Consumidor, del 30 de abril de 2013).

³⁴¹ Tribunal Sancionador, *Resolución, expediente: 1588/2012*. (El Salvador, Defensoría del Consumidor, del 15 de febrero de 2013).

³⁴² Tribunal Sancionador, *Resolución, expediente: 240/2011*. Op. Cit.

³⁴³ Tribunal Sancionador, *Resolución, expediente: 119/2010*. (El Salvador, Defensoría del Consumidor, del 24 de marzo de 2010).

3.2.8.2 Sanciones

Con el análisis que el Tribunal Sancionador haga del contrato ya validado por las partes, pero que contenga cláusulas abusivas, se establece una clara contravención a lo establecido en el art. 17, en relación al art. 44 letra e) LPC, que establece: “*Son infracciones muy graves, las acciones u omisiones siguientes... e) Introducir cláusulas abusivas en los documentos contractuales o realizar prácticas abusivas en perjuicio de los consumidores.*”. y el art., 47 LPC, dice: “*Las infracciones muy graves se sancionarán con multa hasta de quinientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria*”, pero con ello no existen elementos que permitan determinar o cuantificar el daño causado.

Se debe tener en cuenta que de tratarse de infracciones que afecten intereses colectivos o difusos, ésta nunca será inferior al daño causado o a lo cobrado indebidamente a consecuencias de la infracción que se le ha comprobado, en este caso la multa no podrá exceder de cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos en la industria, tal como lo regula el art. 48 LPC.

En ese sentido se deberá tomar como base el art. 49 LPC, que provee parámetros para la determinación de la multa, siendo los siguientes: tamaño de la empresa, el impacto en los derechos del consumidor, la naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores, el grado de intencionalidad del infractor, el grado de participación en la acción u omisión, cobro indebido realizado y las circunstancias en que ésta se cometa, la reincidencia o incumplimientos reiterado, según el caso.

Algunas de las circunstancias o parámetros considerados por el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, para imponer la multa, por la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos, pueden ser:

La amplitud del universo de promitentes consumidores que contraten o adquieran los servicios; que la inclusión de la cláusula forma parte de una práctica generalizada de la sociedad denunciada; que la inclusión de la cláusula coloque al adherente en una situación de desventaja; que el proveedor es una persona jurídica dedicada a la prestación del servicio contratado, y como tal debía actuar con profesionalismo y diligencia en el negocio; se aprecia como conducta dolosa cuando el proveedor al tener como giro la actividad contratada, incluye cláusulas que limitan su responsabilidad y menoscaba los derechos del consumidor.³⁴⁴

El grado de perjuicio al consumidor, sí es reflejado en la suma de dinero cancelada; si existe afectación a intereses personales o patrimoniales; que la conducta del proveedor sea apreciada como dolosa por la evidencia de incluir cláusula abusiva; que la conducta implique reincidencia o incumplimiento reiterado por parte del proveedor; que se aprecien o no agravantes o atenuantes a considerar.³⁴⁵

³⁴⁴ Tribunal Sancionador, *Resolución, expediente: 797-07*. (El Salvador, Defensoría del Consumidor, del 31 de julio de 2009).

³⁴⁵ Tribunal Sancionador, *Resolución, expediente: 1036-09*. (El Salvador, Defensoría del Consumidor, del 18 de enero de 2010).

3.3 Control Judicial de las Cláusulas Abusivas

3.3.1 Intervención de la Defensoría del Consumidor en sede judicial

Una de las competencias de la Defensoría del Consumidor es representar a los consumidores en el ejercicio de sus derechos ante instancias administrativas y judiciales, y habiéndose consultado los juzgados en material civil y mercantil, en los cuales la Defensoría actuó representando directa o por medio de apoderados a los consumidores, de conformidad al art. 58 lit. i) LPC, en el período comprendido entre los años 2010 al 2019, se proporcionó el cuadro que se encuentra incorporado al ANEXO 7.³⁴⁶

En el período de labores de la Defensoría del Consumidor para los años 2019 al 2020, se informó que esa institución a través de la Dirección Jurídica ejerció acciones judiciales en defensa de los derechos de los consumidores, haciendo un total de 75 trámites relacionados a expedientes abiertos en etapa judicial para la atención de 8 consumidores que solicitaron apoyo jurídico de representación judicial ante los tribunales con jurisdicción civil y mercantil en defensa de sus derechos.³⁴⁷

3.3.2 Jurisprudencia

Cláusula Penal

Sentencia del Recurso de Apelación Ref. 22-2012-4, dictada por la Cámara de lo Civil de la Primera Sección de Occidente³⁴⁸; en primera instancia Juez Tercero de lo Civil y Mercantil de Santa Ana, condenó a la demandada al pago de capital, intereses y costas, pero declaró sin lugar el pago de \$40.00 mensuales, que comprenden el recargo de penalidad por mora solicitado por SCOTIABANK EL SALVADOR, S.A., por considerar dicha cláusula abusiva, la que declaró “por no escrita” de conformidad al art. 17 de la LPC, siendo éste el punto apelable.

En ese aspecto la Cámara citó el art. 1406 C.C., que proporciona la definición de cláusula penal; y estableció las características de dicha cláusula, tales como: a) es una obligación accesoria de garantía, porque asegura la obligación principal, b) constituye una evaluación anticipada de los perjuicios, porque se evalúa la posibilidad de los perjuicios cuantificándolos, c) es una obligación condicional, debido a que para poder exigirla es necesario que el deudor no cumpla o se retrase en el cumplimiento de la obligación, y d) es una caución. Esto es porque se contrae para asegurar el cumplimiento de una obligación. Así la cláusula penal, tiene como fin asegurar la indemnización de los perjuicios ocasionados al acreedor por el incumplimiento de la obligación de los perjuicios al acreedor por el incumplimiento...

Analizó la procedencia de la cláusula penal en armonía a los arts. 1428 y 1408 C.C., que regulan lo correspondiente al momento en que puede exigirse la pena, teniendo por establecida la legalidad de la cláusula penal ya que fue incorporada en sustitución de otra forma de satisfacer la indemnización, es decir los intereses moratorios, regulado en el art. 1414 C.C.; reconociendo que

³⁴⁶ Resolución de entrega de Solicitud de Información 43-10/2020, 10/11/2020 por Aida Funes Rivas, Oficial de Información y transparencia, Defensoría del Consumidor. Ver ANEXO 7. La representación que realiza la Defensoría del Consumidor es gratuita de conformidad al art. 62 LPC.

³⁴⁷ Defensoría del Consumidor, “Memoria de labores 2019-2020” (2020): 20. <https://www.defensoria.gob.sv/wp-content/uploads/2020/06/Informe2020.pdf>

³⁴⁸ Cámara de lo Civil de la Primera Sección de Occidente, *Sentencia Recurso de Apelación*, Referencia: 22-2012-4, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 18 de abril 2012).

se respetó y cumplió con los principios de autonomía de la voluntad y el de libre contratación, y con los requisitos de ley para la validez del contrato de mutuo con hipoteca abierta y cláusula penal, y al no haberse objetado por la parte demandada con relación a dicha cláusula, atribuyéndosele al juez Aquo, que sus conjeturas van encaminadas a sustentar una defensa que no le corresponde, poniendo en riesgo su deber de imparcialidad.

Esta sentencia usó de la interpretación subjetiva de los contratos, ya que tuvo como base el art. 1431 C.C., que expresa “*Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*”, y teniendo como justo el acuerdo de la cuantía en la que se estableció la cantidad correspondiente a la cláusula penal, misma que al ser aceptada por el deudor, fue convalidada.

Se debe destacar en el presente caso el Tribunal Superior no entró en el estudio de que el documento base de la acción fuere un contrato de adhesión, y que el mismo debe interpretarse bajo las reglas de la interpretación objetiva, y en ese caso, debería de haberse tomado en cuenta lo referente a la cláusula penal regulado en el art. 17 letra l) LPC, no obstante la aplicación de la regla general de las cláusulas penales establecida en el art., 1414 C.C., fue muy atinada al respecto.

Sometimiento a domicilio especial

Las resoluciones de Conflictos de Competencia pronunciadas por la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia, han sostenido que el domicilio especial fijado contractualmente, únicamente se tiene como válido si fue acordado por ambas partes, haciendo una especial mención a los casos de mutuos que sirven de documento base de acción ejecutiva, tal es el caso de los siguientes criterios:

Ref. 198-D-2009 ...En tal sentido, la Corte ha dado un paso más en la protección de los consumidores, ya que ha resuelto que la cláusula de sumisión expresa y unilateral a un domicilio especial no surte fuero, no vale en los contratos de adhesión, cuando la misma fue impuesta en el contrato mediante el uso de formularios o impuesta mediante mutuos, confeccionados en el seno de relaciones crediticias entre sujetos ubicados en posiciones económicas desiguales, es decir, contratos celebrados masivamente con los consumidores.³⁴⁹

Ref. 111-D-2009,³⁵⁰ el ejercicio de la autonomía de la voluntad de forma amplia, concebida por los Códigos decimonónicos ha cambiado a ser intervenida por el Estado, debido al cambio de los tiempos en los que se ha reconocido los intereses difusos de los consumidores y de otros colectivos sociales, la Corte admite no ignorar el replanteamiento del derecho contractual a causa de la aparición del Derecho de consumo y el estudio de “las condiciones generales de la contratación” y “las cláusulas abusivas”, por lo que la autonomía de la voluntad y los actos que de ella emanen deben ser entendidos en el actual contexto social y económico de la contratación en masa ocupada en gran parte de los negocios.

En dicha Resolución la Corte en Pleno expuso: “La cláusula de sometimiento de los consumidores a un domicilio especial para efectos de entablar un reclamo judicial por incumplimiento, a tenor del art. 17 LPC... Asimismo, el análisis de la estipulación de un domicilio especial debe tener en cuenta la relación de dicha

³⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, *Resolución Conflicto de Competencia*, Referencia: 198-D-2009, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 10 de junio 2010).

³⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, *Resolución Conflicto de Competencia*, Referencia: 111-D-2009, Op. Cit.

norma con las demás integrantes en el Código Civil, entre otras leyes. A todas estas últimas debe dársele lectura desde los contratos en masa con los consumidores. Esta es una labor que debería realizar todo Juez competente en la materia o en fin, debería realizar una interpretación integral del ordenamiento jurídico salvadoreño, según las exigencias del caso concreto”.³⁵¹

Los criterios para determinar la abusividad de esa cláusula fueron:

- La cláusula es contraria a la buena fe e inexistencia de libertad de elección del domicilio especial, en ese sentido la imposición de la cláusula cuando el domicilio especial no tenga ningún tipo de conexión con las partes, (el demandado no vive, ni tiene parientes ni trabaja en ese lugar).³⁵²
- Causa en desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, ya que éste incurre en gastos mayores a los que sufragaría si la acción judicial se realizara en su domicilio.
- Renuncia anticipada a los derechos que la ley le reconoce, art., 17 letra d) LPC. En ese sentido el demandado tiene derecho a que se le demande ante su Juez Natural, que corresponde a su domicilio, renuncia anticipadamente a un derecho que le beneficia y traslada esa bonanza a la contraparte.
- La naturaleza de los bienes o servicios del contrato. En ese sentido el bien objeto del contrato, el dinero constituye un instrumento idóneo que provoca que la entidad negocie a su favor las condiciones contractuales que le favorecen, tienen el poder en sus manos, de modo que su comportamiento debe ser mesurado.

En conclusión se determinó: Obligar al consumidor o usuario mediante una cláusula de sumisión expresa a un domicilio especial a litigar en un lugar lejano a su domicilio provocaría que el mismo desista del ejercicio de la defensa de sus derechos, situación que se regula en el Art. 17 lit. lit. d) de la Ley de Protección al Consumidor. La falta del acceso a la justicia tiene su efecto negativo en el derecho privado, en el patrimonio del usuario. El acceso citado mediante la eliminación de la cláusula abusiva de sumisión expresa, también persigue evitar un daño por no conferirse facilidad al usuario a fin de que haga uso de su derecho de defensa.

Ref. 297-2010, Sentencia dictada en Proceso Contencioso Administrativo,³⁵³ en la que al hablar del desequilibrio contractual en la cláusula de sometimiento a domicilio especial, establecida de manera unilateral por los proveedores, obligando al consumidor a dirigirse exclusivamente a un domicilio, sin ningún fundamento legal para tal situación, es una cláusula que podría limitar derechos constitucionales de los consumidores usuarios de servicios, tales como el derecho constitucional de acceso a la jurisdicción, o bien, los derechos de audiencia y defensa.

³⁵¹ En el capítulo 4 “La heterointegración de las leyes de consumo y de la jurisprudencia especializada al proceso civil y mercantil, como medio para el reclamo judicial en el que se ejerzan acciones amparadas en cláusulas abusivas insertadas en los contratos de crédito civiles y mercantiles” de la presente investigación, se retomará este criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia.

³⁵² En ese sentido la Corte en Pleno, señaló que la fijación del domicilio, correspondía ser concebido únicamente por el acreedor bajo la creencia de que el Juez de esa competencia territorial resuelve rápidamente por estar desahogados del trámite de expedientes o porque en dicha localidad la empresa tiene su asiento.

³⁵³ Sala de lo Contencioso Administrativo, *Sentencia Proceso Contencioso Administrativo*, Referencia: 297-2010, Op. Cit.

Contrato de Mutuo

Ref. 157-11M1-2012, Sentencia del Recurso de Apelación, dictada por la Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro³⁵⁴, en primera instancia Juez Primero de lo Mercantil de San Salvador, declaró no ha lugar a la ejecución del Crédito B, amparada en un contrato de mutuo, otorgado por Scotiabank El Salvador, S.A., debido a que una de sus cláusulas referente a la Caducidad del Plazo, establecía que: “El plazo concedido en este instrumento caducará, y la deuda se hará exigible en su totalidad, inmediatamente con sus intereses, como si fuera obligación de plazo vencido, en los casos siguientes: a) por falta de pago de una cuota de éste o de cualquier otro crédito a cargo del deudor y a favor del banco”.

La jueza inferior, consideró que es un sometimiento unilateral de parte del demandado, existiendo vicio del consentimiento que la vuelve ineficaz, por ser una cláusula abusiva de conformidad al art. 17 LPC, Ya que al ser uno de los requisitos del juicio ejecutivo que el deudor sea moroso, siendo que la cláusula sirvió de base para establecer la mora es ineficaz, y hay imposibilidad para ejecutarlo.

La Cámara señaló que en ese caso no era aplicable ninguna de las disposiciones de la Ley de Protección al Consumidor, porque se trataba de un contrato de mutuo, en el que no había ninguna relación de consumo de bienes o prestación de servicios entre las partes contratantes, y además porque el demandado al estampar su firma en el contrato, manifestó así su voluntad de obligarse al vencimiento del período de tiempo pactado, a pagar lo estipulado en el mutuo, aceptando los motivos de caducidad del plazo, teniendo el deudor libertad de pactar los términos del mutuo con la sociedad acreedora, y hasta de rechazar el contrato, buscando un crédito con otra institución financiera.

Termina concluyendo la Cámara que nos encontramos frente a un contrato de adhesión, ni es abusiva la cláusula de dicho contrato, como la afirmó la juez Aquo.

Para la Corte en Pleno, en la Sentencia 111-D-2009³⁵⁵ antes citada, expresó: el contrato de mutuo es unilateral en donde legalmente la parte que se obliga es la firmante, pero en la realidad, ocurre que el sujeto quien impone la forma de obligarse es la parte contraria y no a quien en efecto -legalmente- le correspondería decidir la manera en que se obliga... La falta de libertad de elección podemos evidenciarlo del hecho que las entidades crediticias tienen sus formularios del contrato de mutuo y sobre su base confeccionan el contrato particular, sin consultar al usuario sobre su clausulado. También ocurre que ellos entregan el formulario al notario, en el mejor de los casos al escogido por el usuario, para la confección del documento, aspecto que es de conocimiento público.

Razón por la que consideramos que el planteamiento expuesto por la Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, no es válido para la presente investigación, a sabiendas que también como se ha estudiado en este capítulo, los operadores de servicios financieros deben depositar los formularios de contratos de adhesión para la respectiva verificación y depósito por la institución fiscalizadora y de vigilancia, de conformidad al art., 22 LPC., y al 32 del RLPC, y que

³⁵⁴ Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Sentencia Recurso de Apelación*, Referencia 157-11M1-2012. (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 13 de mayo de 2013).

³⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, *Resolución Conflicto de Competencia*, Referencia: 111-D-2009, Op. Cit.

dichos formularios, no son en exclusiva de créditos de consumo, sino que de todo tipo de crédito o contrato que sea formalizado mediante la figura de contrato de adhesión.

De lo visto en este capítulo se puede reflexionar en la importancia de realizar un control preventivo fuerte de las cláusulas abusivas, pero también es necesario complementarlo con un control represivo, que permita una adecuada protección de los derechos del consumidor, tal como se plantea en la presente investigación, pues el enfoque es una protección jurídica, no se pretende corregir déficit económico, solo jurídico en relación con los derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato, ya que se entiende que en un régimen de libre concurrencia es suficiente para que los consumidores informados puedan haber valorado correctamente las propuestas del contrato.³⁵⁶

³⁵⁶ El derecho de Consumo en general no pretende corregir déficit económicos, sino solo jurídicos en relación con los derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato, ya que se pretende que en un régimen de libre concurrencia es suficiente para que los consumidores informados puedan haber valorado correctamente las propuestas de contrato, por lo que no es posible valorar desde la protección al consumidor, cláusulas de interés abusivo. Sino que hay que remitirlo a la Ley Contra la Usura, así se expone Luis Antonio Soler Pascual, *Acciones individuales relativas a condiciones generales de contratación y a la protección de usuarios y consumidores. Cuadernos digitales de formación*, Nº 6, (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2017). 19.

CAPÍTULO 4

LA HETEROINTEGRACIÓN DE LAS LEYES DE CONSUMO Y DE LA JURISPRUDENCIA ESPECIALIZADA AL PROCESO CIVIL Y MERCANTIL, COMO MEDIO PARA EL RECLAMO JUDICIAL EN EL QUE SE EJERZAN ACCIONES AMPARADAS EN CLÁUSULAS ABUSIVAS INSERTADAS EN LOS CONTRATOS DE CRÉDITO CIVILES Y MERCANTILES.

4.1 La naturaleza jurídica del Derecho del Consumo: su dimensión privada y autónoma

Se ha considerado como una tarea problemática asignar un domicilio jurídico al Derecho de Consumo, ya que la protección a los consumidores se nutre de diversas técnicas y mecanismos, algunos surgidos del derecho privado como lo es el derecho contractual y el de daños, y otros han sido retomados del derecho público, tales como las técnicas del *enforcement* administrativo y las sanciones penales.³⁵⁷

DURAND CARRIÓN define al Derecho de Consumo como el conjunto de medidas legales adoptadas por un Estado con la finalidad de defender la capacidad adquisitiva de su población, cautelar su salud y seguridad física frente a la administración de determinados productos y servicios, y garantizar la utilidad o capacidad de uso de los bienes que adquiera o de los servicios que contrate para la satisfacción de sus necesidades; siendo el Derecho del Consumidor el conjunto de reglas dirigidas a controlar todo lo concerniente a los actos jurídicos que realiza el consumidor para satisfacer sus necesidades.³⁵⁸

El Derecho de Consumo nace, se desarrolla y justifica su existencia en la sociedad de consumo y regula la producción y comercialización de productos y servicios a través del prisma del consumo, y éste tiene lugar en la vida cotidiana. Estriba su actualidad en la protección de la vida cotidiana de los individuos, por lo que las soluciones del liberalismo clásico a esta realidad económica diferente a la del tiempo en que fue dictado el Código Civil y que no tuvo en cuenta que los fenómenos de masa no permiten remedios individuales, por lo que el derecho de consumo le provee respuestas efectivas que solucionan problemas de carácter colectivo, es decir, generalizado a la colectividad de consumidores.³⁵⁹

³⁵⁷ Víctor Andrade Ramírez, "Derecho del consumo. "Un breve relato sobre sus fundamentos teóricos, desarrollos y nuevas tendencias" (tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. 2015), 12-13. La interacción entre el derecho privado y el público en el Derecho del Consumo se evidencia desde la forma en que instrumentos y técnicas de ambas disciplinas se combinan en el diseño y ejecución de políticas públicas que giran alrededor de los mercados de consumo y la protección de los intereses de los consumidores. En igual sentido ver Gabriel García Cantero, "Integración del derecho del consumo en el derecho de las obligaciones", Op. Cit. 39-40. Así también ver Sergio Cámara Lapuente, "La codificación del Derecho de Consumo: ¿Refundación o Refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho Comparado)", *Revista de Derecho Civil*, vol. II, n° 1 (enero-marzo, 2015): 109 indica que debe existir una relación entre los agentes de Derecho Privado y los de Derecho Público, en ese sentido la Unión Europea tiene un reciente movimiento institucional para acentuar los mecanismos de ejecución de las obligaciones (*enforcement*).

³⁵⁸ Julio Baltazar Durand Carrión, "Determinación del Derecho del Consumidor como Disciplina Jurídico Autónoma", *Derecho & Sociedad*, n° 34, (2010): 69, 72.

³⁵⁹ *Ibid.* 75.

Para algunos el Derecho de Consumo es un producto del derecho mercantil, señalando que no es una rama autónoma del derecho, sino un conjunto de normas que encuentran cabida en el contexto de un derecho mercantil amplio o totalizador³⁶⁰; en esa línea LOPEZ CAMARGO, expone que en un principio el acto de consumo no fue considerado un acto de comercio, sino que mediante la doctrina de los actos mixtos se mercantilizó el acto de consumo, ya que el Derecho Mercantil y su planteamiento subjetivo y profesional, en el que las nociones de empresa y empresario hacen que toda actividad de los empresarios y sus relaciones jurídicas con los consumidores, queden contempladas en el ámbito mercantil, siendo una amenaza convertir todo lo que toca en este último ámbito.³⁶¹

La corriente antes expuesta perdió fuerza, pues hoy en día es el principio de protección de los consumidores y usuarios, el que se presentó como factor de desmercantilización del tráfico económico, pero se le atribuye al legislador la decisión sobre la controversia de la independencia de ramas del derecho, resolviendo en darle entidad jurídica propia a un nuevo cuerpo normativo constituido por normas de protección del consumidor, lo que a juicio de López Camargo complica aún más la aplicación e interpretación del derecho, al existir tres disciplinas jurídicas (civil, mercantil y consumidores)³⁶², siendo esa la realidad jurídica en El Salvador.

Para el legislador español, el conjunto de normas de protección al consumidor no merecería la calificación de derecho nuevo, ya que no introduce nuevas instituciones ni figuras, pues la terminología que es utilizada en el mismo es propia del Derecho Privado, por lo que define al derecho de consumo como un conjunto de normas asistemáticas que afectan directamente al derecho patrimonial, cuyo punto en común es tener como objeto los derechos de los consumidores y usuarios.³⁶³

A pesar de que la influencia en el ámbito de la contratación y de la responsabilidad ha sido objeto de regulación en el plano jurídico poniendo de relieve la necesidad de configurarlo o clasificarlo como “derecho de consumo”, sino una rama específica, porque este derecho no puede constituir por sí mismo un derecho autónomo al estar vertebrado sobre instituciones y principios

³⁶⁰ Víctor Andrade Ramírez, Op. Cit. 13, citando a Sandoval López.

³⁶¹ Javier López Camargo, “La protección del consumidor en el Derecho Privado Codificado” *Con-Texto*, vol. 7 (2000). 39. Al respecto Karla María Fratti de Vega, “El Derecho de Consumo en El Salvador”, *Revista Escuela Superior de Economía y Negocios*, (2013), 3, expone que el derecho comercial nació para regular las relaciones de contenido económico, siendo el cliente un sujeto más de la relación, este Derecho era concebido como un Derecho de empresa, que se ha olvidado que la empresa existe, vive y actúa para llegar, de un modo u otro, hasta el consumidor y usuario final. Cita que hoy el “cliente” o consumidor es concebido como pieza clave del mercado y sujeto de protección estatal. Cita lo dicho por el ex Presidente del Congreso de la República de Perú, Carlos Torres y Torres Lara, quien enfocó la atención en el consumidor al decir: “*el centro del Derecho Empresarial, deja de ser la empresa misma, para trasladarse a la relación “empresa-consumidor”, afirmando categóricamente: “Con el desarrollo de la sociedad de consumo hoy se abre un nuevo centro de tensión: el consumidor”.*

³⁶² Javier López Camargo. Op. Cit. 39. Ante la evidencia de los problemas que presenta la coexistencia de regímenes normativos en materia de contratación civil, mercantil y de los consumidores, Rodrigo Momberg U., “Análisis de los modelos de vinculación del Código civil y la legislación de protección al consumidor. Hacia un principio general de protección de la parte débil en el derecho privado”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, n° 2 (2015): 738, expone en los distintos modelos de vinculación normativa, a efecto de establecer un sistema que contemple la protección general de la parte débil en la contratación, y evitar la inseguridad que genera la división de normativas en el ámbito de contratación.

hacia un sistema que contemple la protección general de la parte débil

³⁶³ María José Reyes López, “*La protección de los derechos de los consumidores*” en *Manual de Derecho Privado de Consumo*. Op. Cit. 39. Este conjunto de normas merecerían ser valoradas como conformadoras de un derecho estatutario llamado a proteger una categoría específica de personas físicas o jurídicas vinculados a un empresario.

de Derecho privado, si una nueva vertiente de éste, lo que obliga a hacer un replanteamiento de algunos de los principios fundamentales sobre los que se asienta.³⁶⁴

Algunos se plantean el hecho de que el derecho de consumo responde a una lógica y a principios distintos del derecho civil, pues éstos difieren esencialmente por razones políticas y sociales, entre otras, mientras tanto el derecho civil goza de estabilidad propia; otros refieren a una autonomía del derecho de consumo, sin embargo, la tendencia apunta a sugerir que el derecho de consumo puede servir como un factor de renovación del derecho patrimonial ante las nuevas necesidades ocasionadas por el tráfico en masa.³⁶⁵

Para Martínez de Aguirre y Aldaz, citado por GARCÍA CANTERO, el Derecho de Consumo no es un conjunto de normas de carácter dogmático, sino que se sitúa como un conjunto de normas cuyo sentido y unidad es prevalentemente funcional, procedente de las finalidades a las que atienden las normas que lo integran las que son de distinta naturaleza, y para conseguir cumplir la finalidad de proporcionar protección a los consumidores y usuarios, atraviesa las disciplinas jurídicas tradicionales, de las que toma y a las que son reconducibles, técnicas, instrumentos materiales y mecanismos jurídicos que endereza a la finalidad que le es propia.³⁶⁶

En la relación contractual en el Derecho Civil, es decir en el Derecho Privado, donde se asume que las partes contratantes son iguales, la consecuencia inevitable era el surgimiento de una nueva área del Derecho que intenta compensar la asimetría en las relaciones entre ofertantes de productos y servicios y los consumidores, se otorga a una de las partes, es decir, los consumidores, una serie de ventajas con respecto a la otra parte, los proveedores, quienes tienen mayor información y medios para lograr que las transacciones se ajusten a sus intereses particulares.³⁶⁷

El Derecho del Consumidor se erige como un sistema de normas principiológicas, de fuente constitucional, con carácter esencialmente protectorio de la parte débil y vulnerable; esto es, de aquellas que adquieren o utilizan bienes o servicios para satisfacer necesidades domésticas, que atraviesa todo el ordenamiento jurídico positivo, poniendo en crisis muchos de sus paradigmas clásicos y resignificando mucho de sus postulados a la luz de sus normas, principios e instituciones cuando se verifica la existencia de una relación de consumo.³⁶⁸

En consonancia con lo anterior, hemos de retomar lo expresado por Durand Carrión, que considera al Derecho de consumo como un sistema autónomo y una disciplina singular, especializada y con cierta autonomía que no se ubica en el Derecho Privado, ni en el Derecho Comercial, ni en el Derecho Civil, ni Derecho Administrativo, sino que constituiría una disciplina

³⁶⁴ María José Reyes López, Op. Cit. 20.

³⁶⁵ Rodrigo Momberg U., "Análisis de los modelos de vinculación del Código civil y la legislación de protección al consumidor. Hacia un principio general de protección de la parte débil en el derecho privado". Op. Cit. 743, así mismo ver Gabriel García Cantero, "Integración del derecho del consumo en el derecho de las obligaciones", *Revista Jurídica*, n° 13 (2012): 45.

³⁶⁶ Gabriel García Cantero, "Integración del derecho del consumo en el derecho de las obligaciones", Op. Cit. 44.

³⁶⁷ Alberto Rebeza Torres, "¡No me defiendas, compadre!, Los efectos económicos de la intervención del Estado en materia de protección al consumidor", en *Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú*, ed. Oscar Súmar (Lima: Universidad del Pacífico, 2011), 75. A semeja la aparición de este Derecho con un rol equilibrante ante posiciones desiguales que se catalogan como injustas, tal como aparecieron en su tiempo las Leyes de Inquilinato, la de la Reforma Agraria o las leyes en materia laboral.

³⁶⁸ Sergio Sebastián Barocelli, "Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial", Op. Cit. 1

de carácter interdisciplinario, que está fortalecida de nuevos conceptos y con notas características importantes; por tal razón es un sistema global de normas, principios, instituciones e instrumentos consagrados por el ordenamiento jurídico para garantizar al consumidor una posición de equilibrio en el mercado frente a los empresarios, en una relación de consumo.³⁶⁹

La autonomía del Derecho de Consumo, se manifiesta en tres categorías: a) didáctica, contando con su propio objeto y contenido, teniendo unidad de estudio lo que implica que puede ser estudiado, desarrollado y analizado de manera autónoma; b) científica, pues como disciplina jurídica se ha aislado su objeto de estudio, sus fines, principios y creado su propio árbol de categorías que le dan institucionalidad propia haciéndolo diferente a otras disciplinas, y, c) jurídica, pues como se ha afirmado no es una relectura, sino que constituye una mejor elaboración y comprensión de normas especiales que regulan relaciones fácticas especiales.³⁷⁰

La ciencia jurídica se ha clasificado por materias y agrupadas en tres ramas: Derecho Público, Derecho Privado y Derecho Social, en ésta última, encontramos al Derecho Laboral, Derecho Ambiental, Derecho Agrario, Derecho de Familia, etc., a consideración de DURAND CARRIÓN, el Derecho de Consumo se ubica en la rama del Derecho Social, como disciplina autónoma, ya que la defensa de los intereses de los consumidores no responde a intereses individuales, sino que a intereses difusos por lo que es un enfoque social por englobar a toda la comunidad de consumidores en general.³⁷¹

Para MOMBERG U., determinar la posición formal del derecho del consumidor en el sistema jurídico es algo relevante, ya que influye en la forma en que sus normas son interpretadas y aplicadas por la doctrina y los tribunales, sin embargo y a pesar que el derecho de consumo tiene reconocida madurez y un desarrollo doctrinario suficiente, su posición formal frente al derecho común en el sistema normativo sigue siendo incierta, es así como se ha tratado de vincular el derecho privado común, es decir derecho continental en los códigos civiles junto con las relaciones de consumo, como medio de garantizar una mejor protección judicial.³⁷²

FRATTI DE VEGA, considera que el Derecho de Consumo, no obstante ser dotado de un carácter multidisciplinario e integrador de contenidos de Derecho Civil y Mercantil que lo hace adquirir un componente de Derecho Privado, y que al tender a proteger a la parte débil de la relación contractual, adquiere un carácter de Derecho Social, cuya estructura se encuentra sobre una pluralidad de normas de variado origen, pero con una filosofía propia que posee en sí mismo

³⁶⁹ Julio Baltazar Durand Carrión, "Determinación del Derecho del Consumidor como Disciplina Jurídico Autónoma", Op. Cit. 73, 74. Este autor, afirma la conexión del Derecho del Consumo con otros campos del Derecho, considerando que el Derecho de Consumo no es un reestudio o relectura de normas pertenecientes a otra rama del Derecho y sus respectivos instrumentos, sino más bien que sí existe una relectura pero de los problemas de consumo que hoy en día son masificados, y provee soluciones incompatibles con el Derecho tradicional o las normas del Derecho Civil, en temas de contratación, ya que las disposiciones que contiene no son adecuadas para esas complejas relaciones de consumo, y que presiona al Derecho para hacerles frente.

³⁷⁰ Ibid. 78-79. Ya que el consumo es una parte importante del ser humano, ganando importancia en su tratamiento jurídico, ya que sus normas tienen las características siguientes: Normas de protección y defensa, normas específicas, normas preventivas, soluciones colectivas, soluciones efectivas e integración normativa.

³⁷¹ Ibid. 79-80.

³⁷² Rodrigo Momberg U., "Análisis de los modelos de vinculación del Código civil y la legislación de protección al consumidor. Hacia un principio general de protección de la parte débil en el derecho privado". Op. Cit. 738

los elementos para configurarse como una rama autónoma, inspirada por sus propios principios y directrices.³⁷³

Esa autonomía del Derecho de Consumo en cuanto a su estructura gira entorno a un núcleo particular, uniforme y coherente, como ya se dijo, que crea un régimen especial, con principios, conceptos, institutos, instrumentos y métodos de interpretación propios; pero tal autonomía no es absoluta, pues no se puede separar de manera absoluta y estándar con otras ramas del Derecho, tales como el Derecho Civil y Mercantil, en lo referente a la contratación, lo que constituye una integración internormativa propias de todas las disciplinas jurídicas, y que no afecta la unidad y especialidad que le compete a cada disciplina.³⁷⁴

4.2 Incidencia del derecho de consumo en el derecho de las obligaciones

Al crecer el comercio, las normas clásicas del Derecho Privado que están incorporadas en los códigos civiles de base romanista e influencia napoleónica, resultan insuficientes para regular los efectos jurídicos derivados de la contratación de consumo. Existen dos posiciones frente a la influencia del derecho de consumo en el derecho civil, la primera sostenida por algunos tratadistas de que el Derecho de Consumo ha derogado y desplazado al Derecho Civil en materia de contratación de consumo; y la de otros que creen que el derecho de consumo ha complementado al derecho civil, en la parte contractual y en especial en los contratos de adhesión.³⁷⁵

En el primer capítulo se habló de la crisis de la autonomía de la voluntad, provocada por los cambios en la contratación, que dejan entre dicho la vigencia de los principios generales de la teoría tradicional de los contratos: el *Pacta Sunt Servanda*, la autonomía de la voluntad y la justicia contractual; lo que genera la creación de nuevos principios contractuales y nuevas figuras normativas.

Se expuso además que el contrato que antes era el símbolo de la autonomía de la voluntad ha perdido el significado de acuerdo de voluntades, llevándolo a un acto de sometimiento,³⁷⁶ esto debido a la anonimización y despersonalización del vendedor y la masificación de los consumidores que aceptan los contratos de adhesión con cláusulas predispuestas, implicando que nuestros sistemas jurídicos emanados del Código de Napoleón se consideren en crisis.

Es importante hacer mención de la declaración que DURAND CARRIÓN, hace respecto de las relaciones sociales reguladas a través de los principios de libertad contractual, libertad de

³⁷³ Karla María Fratti de Vega, "El Derecho de Consumo en El Salvador", Op. Cit. 4.

³⁷⁴ Julio Baltazar Durand Carrión, "Determinación del Derecho del Consumidor como Disciplina Jurídico Autónoma", Op. Cit. 73. Citando a Stiglitz, en su obra Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios, señala como ejemplo de autonomía del Derecho de Consumo a Brasil, ya que la codificación presenta todos los presupuestos de autonomía: la amplitud de la materia, mereciendo un estudio particularizado, especialidad de principios, conceptos, teorías e instrumentos, un método propio, es decir, el empleo de procesos especiales de interpretación, de su formulación y problemática.

³⁷⁵ Julio Baltazar Durand Carrión, "El Derecho del consumidor y sus efectos en el derecho civil, frente a la contratación de consumo en el mercado", Op. Cit. 97, 101. El Derecho de Consumo viene ejerciendo cierta influencia en las normas clásicas del Derecho Civil, en especial en el área contractual, y es que por la evolución del comercio, las normas del derecho privado son insuficientes para regular los efectos jurídicos derivados de los contratos de adhesión.

³⁷⁶ Julio Baltazar Durand Carrión, "El Derecho del consumidor y sus efectos en el derecho civil, frente a la contratación de consumo en el mercado", Op. Cit. 104.

comercio, no intervención del Estado en la gestión del mercado, responsabilidad del proveedor en caso de culpa, *pacta sun servanda*, así como las rígidas normas de legitimidad para obrar, de pruebas, entre otras, relaciones que son distintas de las de consumo, por lo que necesitan hoy ser revisadas, estudiadas, analizadas y actualizadas para adecuarlas a la nueva realidad que afronta el Derecho de Consumo como disciplina autónoma y relativamente nueva.³⁷⁷

Por eso la afirmación que se hiciera en el capítulo 1 de este trabajo respecto de que a los contratos masificados se les aplicará disposiciones pro consumidor, mientras a los contratos celebrados individualmente, mantienen vigentes los principios contractuales clásicos del Código Civil. La creciente problemática del consumidor presiona las normas clásicas del Derecho Civil en búsqueda de nuevas construcciones jurídicas que respondan a sus necesidades.

La ineficacia de los mecanismos de protección a la parte débil de la relación jurídica es decir al deudor que generan el Derecho Civil y el Mercantil, se debe según lo expone Martínez de Aguirre y Aldaz, citado por GARCÍA CANTERO a los siguientes factores:³⁷⁸

- 1) Que estos mecanismos no están diseñados para ser aplicables al tráfico en masa, por lo que sus resultados no son siempre satisfactorios en la protección al consumidor;
- 2) Su procedencia es de una tradición milenaria, hundida en raíces de Derecho Romano, cuya interpretación provoca resistencia notable en los operadores jurídicos a aplicarlos en la forma más adecuada para proteger al consumidor;
- 3) Se trata de instrumentos demasiado generales (que incorporan conceptos válvulas tales como: buena fe y abuso del derecho, entre otros) y su aplicación tiende a variar sensiblemente de uno a otro caso, y que ha demostrado que no siempre se ha alcanzado una interpretación progresiva del Código Civil o de Comercio.³⁷⁹

³⁷⁷ Julio Baltazar Durand Carrión, "Determinación del Derecho del Consumidor como Disciplina Jurídico Autónoma", Op. Cit. 75. Este autor en su obra El Derecho del consumidor y sus efectos en el derecho civil, frente a la contratación de consumo en el mercado", Op. Cit. 108, considera que ante el surgimiento y dinamización de las contrataciones de consumo, los principios que sirvieron para edificar la teoría de la contratación clásica se tornan insuficientes, pues las figuras jurídicas a las que dieron origen, son ineficientes al tratar de regular el contrato de consumo, relativizando los dogmas: a) de irrelevancia de la fase precontractual, b) irrelevancia de la desinformación y de toda coacción que no integre ninguno de los supuestos de vicios del consentimiento, c) el de *pacta sunt servanda*, d) el de neutralidad del Derecho frente al contrato, ya no puede afirmarse que el Derecho se preocupa de las reglas de juego, pero no del juego, e) justicia contractual objetiva.

³⁷⁸ Gabriel García Cantero, "Integración del derecho del consumo en el derecho de las obligaciones". Op. Cit. 39.

³⁷⁹ Juan B. Vallet de Goutisolo. *Anuario de Derecho Civil. El concepto del derecho en los maestros De Diego, Castán Tobeñas y Castro Bravo* Vol. 51, n° 3 (España: Dialnet, 1998). 1025. Para los tratadistas italianos los "conceptos válvulas", son los que califican de intermedio entre los hechos propiamente dichos y el derecho a ellos aplicable, constituido por aquellas reglas indeterminadas y flexibles, llamadas por los alemanes "máximas de experiencia", por la doctrina inglesa como "*standars jurídicos*" los modernos juristas franceses les llaman "directivas", pero que se entienden todos estos que el legislador o la jurisprudencia, en su caso, dejan a la discreción del intérprete, y la de fijar éste (derecho aplicable) extrayendo su contenido de las realidades prácticas de la vida. Como diría Carlos Pizarro Wilson, "La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno" Op. Cit. 125. Una de las fases de la evolución de las técnicas destinadas a proteger al adherente en la contratación, la constituye la doctrina y jurisprudencia española, alemana y francesa, por medio de la cual intentó controlar las cláusulas abusivas en la contratación por adhesión, inspirándose en el derecho común de los contratos, recurriendo a cláusulas generales, limitantes como la buena fe, orden público, buenas costumbres, a la protección del proceso de formación del consentimiento, vicios del consentimiento, lesión subjetiva, y a ciertas reglas de interpretación contractual como la regla *contra proferentem*, así como supuestas obligaciones implícitas en el contrato.

- 4) La progresiva degradación de la posición jurídica del consumidor o usuario, evidencia la limitada tutela realizada por los Códigos Civil y de Comercio, con normas referentes a la prohibición de condonación del dolo futuro, la ineficacia de pactos de renuncia a la acción de nulidad, prohibición al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de los contratos, sobre las cláusulas oscuras del contrato se ha previsto la interpretación contra stipulatorem, estipulaciones sobre la responsabilidad por vicios ocultos y otras.³⁸⁰

En el derecho común existe la restricción de la intervención judicial a los contratos pactados bilateralmente, pero en la esfera de la economía de mercado, así como la autonomía contractual deben de ser limitadas frente a la protección de intereses y derechos colectivos, especialmente en el ámbito de protección al consumidor³⁸¹, por la puesta en práctica de los contratos de adhesión, y en particular, del control de las cláusulas abusivas contenidas en ellos.

LÓPEZ CAMARGO, señala que la afirmación de que los actos de consumo son el último eslabón en la cadena de producción y distribución del Sistema de Mercado por el cual los individuos satisfacen sus necesidades; y siendo la esencia del Derecho Civil la tutela de la persona en el ámbito privado, por lo que su faceta de consumidor no puede serle indiferente.³⁸²

El derecho de consumo provoca una relectura del Código Civil respecto de las obligaciones contractuales en lo concerniente a la buena fe y al equilibrio de prestaciones. Por eso es que la mayoría de las legislaciones contemporáneas han incorporado mecanismos para ejercer dicho control, y con ello se ha implementado la intervención de un tercero, para otras legislaciones sería el juez³⁸³, para nuestro sistema normativo dicho control es de carácter preventivo y es ejercido por la Defensoría del Consumidor, tal como lo regulan los Arts., 1, 17, 22 LPC.

El desarrollo normativo y jurisprudencial referente a las cláusulas abusivas, así como de otras instituciones jurídicas, vuelve necesario la integración normativa, ya que no solo los consumidores merecen una legislación actualizada a los requerimientos económicos, sociales y tecnológicos de la sociedad contemporánea, sino también los demás contratantes, cualquiera que ellos sean, incluyendo por cierto a empresarios y comerciantes. De otra forma, se produce una discriminación no justificada en la que no todos los sujetos que merecen protección la reciben.³⁸⁴

En este estado, es importante recordar lo que ya se mencionó acerca de la ineficacia de los mecanismos de protección que generan el Derecho Civil y el Mercantil para la efectiva protección de los derechos de las partes y porque a los contratos masificados se les aplicará disposiciones pro consumidor, mientras a los contratos celebrados individualmente, mantienen vigentes los principios contractuales clásicos del Código Civil, por eso se vuelve necesario como ilustración,

³⁸⁰ Javier López Camargo, Op. Cit. 37.

³⁸¹ Karen Isabel Cabrera Peña, "El derecho de consumo: Desde la teoría clásica del contrato hasta los nuevos contratos" *Revista de Derecho*, n° 35, (2011): 59.

³⁸² Javier López Camargo, Op. Cit. 39.

³⁸³ Rodrigo Momberg Uribe, "El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato". Op. Cit. 12.

³⁸⁴ Rodrigo Momberg U., "Análisis de los modelos de vinculación del Código Civil y la legislación de protección al consumidor. Hacia un principio general de protección de la parte débil en el derecho privado", Op. Cit. 747-748.

conocer como algunas legislaciones contemporáneas han solucionado este impase, a través de la vinculación normativa de Derecho de Consumo y de Derecho Privado.

4.3 Modelos de vinculación normativa del Derecho de Consumo al Derecho Privado

Ante la problemática que presenta la coexistencia de regímenes normativos en materia civil, mercantil y de los consumidores, misma que genera inconvenientes como falta de certeza para los consumidores respecto de la normativa aplicable a su relación jurídica, el carácter terminológico, los conceptos legales son utilizados de manera diversa o contradictoria; razón por la que existen diversos modelos de vinculación normativa en materia contractual entre el derecho privado común contenido en los Códigos Civiles y la normativa de protección al consumidor, todo con el fin de ampliar la protección del derecho privado.³⁸⁵

4.3.1 Modelos de Distinción

Este tipo de modelo implica la existencia de la legislación especial de consumo separada del Código Civil, materializándose en una o diversas leyes especiales de consumo, al parecer es una situación que predomina en Latinoamérica, con las denominadas “leyes generales de protección a los consumidores”, y tienen como característica que no se haga referencia a la materia de consumo en los códigos civiles de los países que han optado por este modelo, tal es el caso de países como Chile, Colombia y El Salvador; mientras tanto Brasil y Perú han Codificado la legislación de protección al consumidor, por lo que la idea es la misma: regula las relaciones de consumo separadamente o al margen del derecho común, en esencia del Código Civil.³⁸⁶

Este modelo también es adoptado por algunos países de Europa, teniéndose en cuenta que el vigente Derecho originario de la Unión Europea declara la protección de los consumidores como una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros, siendo la regulación emanada por la Unión Europea de previsiones de mínimos y armonización parcial, pudiendo los Estados miembros optar o mantener el ámbito regulado por ellas, o más estrictas para garantizar al consumidor un mayor nivel de protección frente a los profesionales.³⁸⁷

Entre los países Europeos que utilizan el modelo de distinción se encuentran Francia, Italia y Luxemburgo, que han optado por la técnica de la codificación sistematizando diversos instrumentos legislativos en esta materia en un solo cuerpo legal; y otros países que han optado por las leyes generales de protección al consumidor tal como España, Portugal y Grecia. En el caso de Reino Unido, con la promulgación del *Consumer Rights Act del año 2015*, clarificó y simplificó

³⁸⁵ Ibid. 737 y 738. En el caso de Brasil se ha desarrollado una doctrina denominada del “diálogo de fuentes”, para coordinar ambos cuerpos normativos, es decir, El Código de Defensa del Consumidor y la dictación del Código Civil, y superar eventuales contradicciones entre ellos.

³⁸⁶ Ibid. 739 y 741.

³⁸⁷ Luis Antonio Soler Pascual, *Acciones individuales relativas a condiciones generales de contratación y a la protección de usuarios y consumidores*. Op. Cit. 14-15.

la legislación que tenía vigente, dicho instrumento ha sido calificado como un verdadero código de consumo británico, en igual sentido lo ha legislado Bélgica.³⁸⁸

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha establecido cuál sería la materia susceptible de codificación, es decir, que debe hacerse de la normativa imperativa que pretenda “reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas”, por lo que cualquier intento de compilar, refundir, codificar o sistematizar el Derecho de Consumo, debe ser sobre las concretas materias más idóneas para ser incorporadas a un auténtico Código de Consumo, debe afrontar primero una clara delimitación de su ámbito de aplicación (objeto) y de la noción legal de la persona protegida (sujeto).³⁸⁹

4.3.2 Modelos de Vinculación

La solución a la problemática de la coexistencia de normativas distintas en materia contractual ha sido en muchos casos la vinculación del Código Civil y la legislación de protección al consumidor, todo en búsqueda de principios de protección a la parte más débil, en ese sentido el Derecho de Consumo en Europa, a nivel de derechos nacionales tiene una gran variedad en las técnicas de regulación, por ser la rama del derecho privado. (Pues así ha ubicado al derecho de consumo en la Unión Europea), en la que el legislador ha desplegado mayor actividad con el objetivo de lograr un régimen legislativo armonizado o incluso unificado.³⁹⁰

Es el caso de Alemania y Holanda, que incorporaron en sus Códigos Civiles gran parte de la normativa general y especial en lo referente a contratos de consumo, y en el caso de Austria, se ha incorporado en Códigos Civiles la normativa sobre cláusulas abusivas, y en los últimos años Argentina con la promulgación del Código Civil y Comercial, también incorpora un título especial que regula algunos aspectos de los contratos de consumo.³⁹¹

³⁸⁸ Rodrigo Momberg U. “Análisis de los modelos de vinculación del Código Civil y la legislación de protección al consumidor. hacia un principio general de protección de la parte débil en el derecho privado”. Op. Cit. 740, el *Consumer Rights Act*, de Reino Unido se caracteriza por haber refundido la normativa contenida en los más importantes instrumentos legales y administrativos vigentes hasta la fecha en Inglaterra. Por su parte Sergio Cámara Lapuente, “La codificación del Derecho de Consumo: ¿Refundación o Refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho Comparado)”, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, n° 1 (enero-marzo, 2015): 109, 111, 112, quien señala que los modelos de Códigos de Consumo de Francia, Italia y Luxemburgo, se regula una interacción de la efectiva protección de los consumidores por la intensa relación entre el Derecho de Consumo y el Derecho Público, sin embargo, en estos modelos se dejaron fuera varias normas en las leyes especiales o sectoriales. Además señala que en los Códigos de Luxemburgo y Francia, se han determinado varias sanciones penales/administrativas por el empleo de cláusulas abusivas que ya se encuentran en la lista negra y ya están taxativamente prohibidas.

³⁸⁹ Sala Primera, *Sentencia de Proceso Monitorio, Asunto: C-618/2010* (Luxemburgo: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2012).

³⁹⁰ Sergio Cámara Lapuente, Op. Cit. 105. Este artículo plantea argumentos para el debate acerca de las perspectivas del Derecho comparado europeo acerca de las características de los cuerpos normativos y la técnica legislativa acerca de regular el Derecho de Consumo, ya sea en forma de Código o nuevas formas que aglutinan los aspectos centrales de la protección del consumidor. Así mismo ver Rodrigo Momberg U. “Análisis de los modelos de vinculación del Código Civil y la legislación de protección al consumidor. hacia un principio general de protección de la parte débil en el derecho privado”. Op. Cit. 742.

³⁹¹ Rodrigo Momberg U. “Análisis de los modelos de vinculación del Código Civil y la legislación de protección al consumidor. hacia un principio general de protección de la parte débil en el derecho privado”. Op. Cit. 743. Ver Sergio Cámara Lapuente, Op. Cit. 112, en el que distingue que el código alemán si incorpora materias ausentes en otros modelos de codificación consumerista, tales como el crédito de consumo, pero dejó fuera ámbitos propios del Derecho Privado como la responsabilidad

Los modelos de integración hacen la referencia a que la normativa de consumo se encuentra, en mayor o menor medida, de manera formal en un cuerpo normativo común, por regla general en los códigos civiles del sistema continental. Dicha integración se realiza en estas tres alternativas:³⁹²

- a) Trasposición completa del derecho privado de consumo contractual al Código Civil, ejemplo de ello se da en Holanda y Alemania que en el año 2002 integraron una parte del derecho de consumo en el Nuevo BGB. En este modelo podemos ubicar el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina³⁹³, que incluye en el Libro Tercero. Derechos Personales. Título III. Contratos de Consumo.
- b) Incorporación o trasposición parcial (ejemplo: solo compraventa de consumo), como es el caso de Austria.
- c) Integración de conceptos y reglas generales del derecho de consumo al Código Civil, articulados de manera coherente con el sistema de esta última normativa. Implica un verdadero trabajo de integración, ya que en el Código Civil se incluyen los principios o las normas básicas del derecho de consumo, integradas de manera coherente en el Sistema conceptual del derecho común, mientras la legislación especial de consumo subsiste.³⁹⁴

Como se expresó el modelo de vinculación normativa que es aplicable a El Salvador, es el de **Distinción**, es decir, cuerpos normativos de derecho de consumo y Código Civil separados, en los que no se dice nada de las relaciones de consumo en Este último cuerpo de leyes, aunque es de destacarse que la normativa civil, que es el derecho común, se mantiene como derecho supletorio de la Ley de Protección al Consumidor, tal como lo establece el art. 167 LPC, “*siempre que no contradigan los principios que informan la presente*”, mismo que sucede con el Código de

civil por productos defectuosos; el objetivo de Alemania en su codificación fue el de integrar todo el Derecho contractual de consumo en sede del Derecho de obligaciones y contratos del Código Civil (y, en esta cosa, aún existe la alternativa de insertar reglas en las sedes de la materia correspondiente o aglutinarlas o encapsularlas en una sección especial del Código Civil.

³⁹² Rodrigo Momberg U. “Análisis de los modelos de vinculación del Código Civil y la legislación de protección al consumidor. hacia un principio general de protección de la parte débil en el derecho privado”. Op. Cit. 742. Los modelos señalados en las letras a) y b), se implementan fácilmente, ya que se cumple con ellos con la inserción de las normas en los Códigos Civiles; pero presentan desventajas en lo técnico jurídico y de coherencia con el sistema interno del código, porque se incorporan sin adecuarlas al sistema general o conceptual del Código Civil, manteniendo su especialidad y diferenciación, en un mismo instrumento normativo.

³⁹³ Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, 2014). Este Código se ha puesto a la vanguardia de los Códigos contemporáneos, por ser un Código unificado, y su labor de codificar una parte del derecho de consumo, pues no se incorporaron la totalidad de las reglas de protección al consumidor existente en la legislación especial y en la jurisprudencia de ese país, sin embargo, ha generado concederle estabilidad al derecho de consumo de la que gozan los códigos.

³⁹⁴ Sergio Cámara Lapuente, Op. Cit. 112, 113. Señala los avances en la vinculación normativa de España, indicando que en la Comisión General de Codificación española sección civil, en el año 2009 se decantó por una mezcla incompleta e insatisfactoria de codificar solo el Derecho contractual de consumo, por una parte integrando parcialmente sólo algunas partes del Derecho contractual de consumo e integrar puntualmente solo algunos conceptos y reglas generales de las normas de consumo y dejar subsistente en su integridad la legislación especial de protección del consumidor pero ligada al Código Civil en el que se encuentran las normas básicas. Mientras tanto en el 2014 la Comisión General de Codificación española sección mercantil, en una forma difícil de sostener, presentó el Anteproyecto del Código Mercantil, en el que se pretende atraer al ámbito de la competencia exclusiva del Estado en materia mercantil el entero Derecho contractual de consumo.

Protección y Defensa del Consumidor de Perú, y con el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España.³⁹⁵

La delimitación en la presente investigación es sobre las cláusulas abusivas, por lo que es necesario ver si en nuestro sistema puede darse la defensa de la equidad contractual y de la corrección en la ejecución de los contratos masificados, o si no puede resolverse con los esquemas e instrumentos jurídicos tradicionales,³⁹⁶ en concreto analizar si el Código Procesal Civil y Mercantil prevé un mecanismo a efecto de que el demandado- consumidor pueda ejercer la defensa en un proceso ejecutivo por la inserción de cláusulas abusivas al documento base de la acción, o no se puede por la distinción de cuerpos normativos, o sí pudiera llevarse a cabo a través de alguna figura jurídica que pueda emplearse para la solución de esta problemática.

4.4 El control judicial de las cláusulas abusivas insertadas en los contratos de crédito civil y mercantil

En El Salvador al igual que en Chile con la Ley 19,496 Sobre Protección al consumidor³⁹⁷ contemplan un control de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, pero en los casos que aplican dicho contratos que no presentan un control administrativo, debería verificarse mediante el derecho común, tal como lo regula el art. 167 LPC, pero es escasa la jurisprudencia emanada del Órgano Judicial, en la que aplican la normativa de consumo vinculada a la normativa común en cuestiones de índole contractual a efecto de controlar la presencia de cláusulas abusivas.

Tanto el legislador Chileno como en el caso de El Salvador, han intentado poner fin a la desprotección o desequilibrio sufrido por el adherente en la contratación, quien es expuesto a cláusulas abusivas, es así que en ambas normativas se enuncia un catálogo de cláusulas consideradas abusivas y las cuales se tendrán por no escritas.³⁹⁸ En el capítulo 3 de esta investigación se desarrolló lo pertinente al control administrativo aplicable a los contratos de adhesión, mismo que es insuficiente, ya que se aplica a ciertos tipos de contratos celebrados por ciertos y determinados predisponentes, proveedores o acreedores, como se puede observar en los informes de acceso a la información extendidos por la Superintendencia del Sistema Financiero, INSAFOCOOP y la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles.

La justificación de la intervención de un tercero, en este caso del Juez en el contrato, se produce en ocasión a que en el caso de los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas que ellos contengan, los postulados de la contratación en sentido clásico de la libertad contractual y la autonomía de la voluntad pierden fuerza; como lo señala MOMBERG URIBE, en el caso de Chile es la Corte de Apelaciones la que en los últimos años ha asentado jurisprudencia que implica la

³⁹⁵ Rodrigo Momberg U. "Análisis de los modelos de vinculación del Código Civil y la legislación de protección al consumidor. hacia un principio general de protección de la parte débil en el derecho privado". Op. Cit. 741 y 742.

³⁹⁶ Luis Diez Picazo y Luis Ponce De León, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, 5a Edición (Madrid: Técnos, 1996), 327.

³⁹⁷ Carlos Pizarro Wilson, "La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno", Op. Cit. 134-135. La escasa o nula jurisprudencia en materia de control judicial de cláusulas abusivas en Chile, es explicado por una posición conservadora de los tribunales cercana al método de la Escuela de la Exégesis.

³⁹⁸ Ibid. 135. El legislador chileno al igual que el salvadoreño, sin contar con una jurisprudencia en el derecho común para controlar las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, pasó directamente a la fase legislativa.

modificación de contratos vigentes, por medio del control de cláusulas abusivas, ya sea en contratos de consumo y en menor medida contratos civiles y comerciales.³⁹⁹

La alta presencia de contratos con contenido abusivo y sobre los cuales no se ejerce control preventivo de su contenido, así como aquellos que por ley lo deberían de tener pero que por uno u otro motivo no se realiza, confirma que el control del procedimiento de formación del contrato como único mecanismo, además de ser escaso es ineficiente, y pese a que no se abordará el tema de la contratación electrónica, es de más decir que también en dicha órbita de la contratación existe la posibilidad del uso de cláusulas abusivas.

Si bien existen requisitos formales que deben cumplirse en la etapa de formación del consentimiento, a efecto de proporcionar al adherente de información suficiente para tomar decisiones racionales de contratar o no, aunque en el marco de los contratos de consumo y en especial los de adhesión, es la necesidad de adquirir el producto la que mueve al consumidor a contratar, y aun cuando se cuente con la información rara vez la leerá éste último, por lo que las reglas de transparencia y claridad del contrato toman mayor relevancia en la fase de ejecución del mismo, es decir en la etapa judicial.⁴⁰⁰

En el capítulo anterior se estudió lo concerniente a que el listado de cláusulas abusivas contenidas en el art. 17 LPC, no es exhaustivo, y esto se debe a que con el tráfico de consumo irán apareciendo muchas más cláusulas que tendrán un carácter de abusivas, y que por lo tanto a medida que la Defensoría del Consumidor y las instituciones fiscalizadoras de los formularios de contratos de adhesión las vayan advirtiendo, o por razón de sentencias emitidas por el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, sean advertidas y sancionadas, sin embargo es necesario para el control de las mismas ante la ineficacia que pudieren ejercer las antes mencionadas instituciones, se vuelve necesario reconocer y atribuir una labor más activa a los tribunales en el control de dichas cláusulas.

En ese sentido se destacan las maneras en las que pudiera realizarse un control judicial de las cláusulas abusivas, tomando en cuenta lo expuesto en la doctrina y en la legislación comparada, puede ser por medio de un control hecho por el Juez de manera oficiosa o el que le corresponde al demandado ejercer en el proceso, por medio de oposición formulada, en los motivos que se desarrollan a continuación.

4.4.1 Control de oficio de las cláusulas abusivas

La legislación comunitaria europea, por medio de la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, prevé en su art. 6, que las

³⁹⁹ Rodrigo Momberg Uribe, "El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato". Op. Cit. 12.

⁴⁰⁰ Carlos Pizarro Wilson, "La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno". Op. Cit. 136, el autor concluye su aporte expresando: *El modelo represivo contemplado en la legislación chilena es insuficiente para evitar la existencia de cláusulas abusivas en el tráfico contractual. Surge, entonces, la necesidad de implementar una reforma que comprenda mecanismos de control preventivo que eviten la presencia de cláusulas abusivas en el mercado contractual. Además, dicha legislación especial debería ampliar el rango de protección y no restringirse a los consumidores. Urge esta reforma legislativa para otorgar una mayor protección a la parte débil del contrato.*

cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, esto no podría alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas, y en algunos Estados miembros, las reglas de procedimientos permiten a los particulares defenderse a sí mismos en los litigios, pero al existir el riesgo de que no la invoquen por la ignorancia del consumidor, se deduce de la lectura de este artículo que el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula, para poder alcanzar una protección efectiva del consumidor.⁴⁰¹

En Chile, la Ley de Protección de Derechos de los Consumidores n° 17.496, no ha desarrollado la facultad de que el juez declare de oficio una o varias cláusulas consideradas abusivas, aun cuando dicha abusividad aparezca de manifiesto en el contrato que ha sido sometido a su conocimiento, atendiendo a los términos restrictivos con que los artículos 16 y 16 A, se encuentran formulados; por lo que sigue siendo común que la práctica de oficio sea de escasa utilización por los juzgadores, ya que el control que ejerza el juez es porque las partes han instado de una u otra forma para la intervención del juez en el contrato.⁴⁰²

En el sistema judicial de Chile, la resistencia de los tribunales superiores de justicia a ejercer una intervención directa en los contratos, se encontraba fundamentada en la Sentencia de la Corte Suprema de fecha 10 de enero de 1925; sin embargo como se ha mencionado ha sido la Corte de Apelaciones de Chile, la que ha desarrollado la jurisprudencia necesaria para que los jueces intervengan en los contratos controlen las cláusulas abusivas que se encuentren contenidas en los mismos, así también por medio de la jurisprudencia se ha instado a los jueces a darle cumplimiento al mandato legal, que les ordena a ellos a declarar la nulidad de las cláusulas abusivas, manteniendo la eficacia del resto del contrato, efectuando los acomodos necesarios para devolverle la conmutatividad perdida.⁴⁰³

En El Salvador, la intervención oficiosa de los jueces en el examen del contenido contractual, se ha limitado al análisis de la cláusula de prórroga de competencia, el cual se realiza de oficio, *in limini litis*, a efecto de determinar si el juez ante quien se ha interpuesto una demanda, con el objeto de verificar si es competente en razón del territorio para conocer sobre dicha

⁴⁰¹ Luis Antonio Soler Pascual, *Acciones individuales relativas a condiciones generales de contratación y a la protección de usuarios y consumidores*. Op. Cit. 22 y 23. El sistema de protección de la Comunidad Europea, se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas. Criterio establecido por Sala Primera, *Sentencia de Proceso Monitorio, asunto C-618/10*. Op. Cit.; así mismo ver el análisis comparado sobre el tema entre la legislación uruguaya y la española hecha por Ana Isabel Blanco García, "Necesidad de controlar de oficio las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo. Visión comparada con el régimen español", *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 41 (julio-diciembre 2016). 37-38.

⁴⁰² Marianela del Carmen Mancilla Bañares, "Las facultades del Juez en el control de las cláusulas abusivas insertadas en los contratos de adhesión. Análisis del modelo chileno y de derecho comparado" (tesis de licenciatura, Universidad Austral de Chile, 2013), 19. A consideración de la autora, la circunstancia descrita ha generado el problema de que en materia de consumo la facultad judicial de declarar de oficio una cláusula abusiva prácticamente no tenga aplicación, ya que los jueces deben esperar que sean las partes afectadas quienes ejerzan la acción de nulidad, y así poderla declarar en sentencia judicial.

⁴⁰³ Marianela del Carmen Mancilla Bañares, "Las facultades del Juez en el control de las cláusulas abusivas insertadas en los contratos de adhesión. Análisis del modelo chileno y de derecho comparado". Op. Cit. 27-28. El considerando de la sentencia decía: *los jueces no tienen más facultades que las que expresamente se les han otorgado, por lo tanto carecen de potestades para derogar o dejar sin cumplimiento la ley del contrato, ya sea por razón de equidad, o bien de costumbres, o de reglamentos administrativos, los que son absolutamente ajenos a las estipulaciones peculiares del conjunto de derechos y obligaciones que crea el contrato por libre y espontánea voluntad de las partes*. El citado considerando ha constituido una guía normativa utilizada por los jueces para evitar hacer una revisión judicial en el ámbito contractual.

demanda, esto para evitar la carga laboral, sin embargo este análisis debería de hacerse con el fin de garantizar al demandado que pueda ejercer sus acciones u oposiciones de la mejor manera.

En Resolución Conflicto de Competencia, Referencia: 111-D-2009,⁴⁰⁴ se señaló cuáles deben ser los motivos por los cuales un juez debe analizar la cláusula de sometimiento a un domicilio especial, y no es para equilibrar la carga laboral, sino que es abusiva porque: “Obligar al consumidor o usuario mediante una cláusula de sumisión expresa a un domicilio especial a litigar en un lugar lejano a su domicilio provocaría que el mismo desista del ejercicio de la defensa de sus derechos, situación que se regula en el Art. 17 lit. lit. d) de la Ley de Protección al Consumidor. La falta del acceso a la justicia tiene su efecto negativo en el derecho privado, en el patrimonio del usuario. El acceso citado mediante la eliminación de la cláusula abusiva de sumisión expresa, también persigue evitar un daño por no conferirse facilidad al usuario a fin de que haga uso de su derecho de defensa”.

Al respecto es necesario retrotraernos a lo que se expuso en el Capítulo 3, de esta investigación, cuando se citó la antes dicha sentencia, en el caso de cláusula de sometimiento a domicilio, en contravención al art., 17 LPC, en la que dijo la Corte en Pleno: “Asimismo, el análisis de la estipulación de un domicilio especial debe tener en cuenta la relación de dicha norma con las demás integrantes en el Código Civil, entre otras leyes. A todas estas últimas debe dársele lectura desde los contratos en masa con los consumidores. Esta es una labor que debería realizar todo Juez competente en la materia o en fin, debería realizar una interpretación integral del ordenamiento jurídico salvadoreño, según las exigencias del caso concreto”.⁴⁰⁵

Las sentencias pronunciadas en primera instancia declarando de oficio la abusividad de cláusulas abusivas incorporadas a los documentos base de la acción ejecutiva, no han sido válidamente fundamentadas, lo que ha tenido como consecuencia que en apelación, éstas hayan sido revocadas, como vemos a continuación:

En la Sentencia del Recurso de Apelación Ref. 157-11M1-2012⁴⁰⁶, en el que la Jueza Primero de lo Mercantil de San Salvador, consideró que en dicho juicio existía un sometimiento unilateral de parte del demandado, existiendo vicio del consentimiento que volvió ineficaz la cláusula, por lo que es abusiva de conformidad al art. 17 LPC, y siendo uno de los requisitos del juicio ejecutivo que el deudor sea moroso, y la cláusula sirvió de base para establecer la mora es ineficaz, por lo que hay imposibilidad para ejecutarlo, situación que contradice el principio de conservación del contrato; y por su parte la Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, realizó una defectuosa apreciación del contrato de mutuo objeto de la demanda.

Sentencia de Proceso Ejecutivo, Referencia 14626-11-EC-3MC2 (1)⁴⁰⁷, en la que la Jueza Tercero de Menor Cuantía (1), declaró que la cláusula que dice: *El deudor se obliga a pagar sobre la suma mutuada el interés nominal del DIEZ POR CIENTO mensual sobre saldos*; era una

⁴⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, *Resolución Conflicto de Competencia*, Referencia: 111-D-2009, Op. Cit.

⁴⁰⁵ Ibid. Dicha sentencia, habla de la autonomía de la voluntad y el replanteamiento del derecho contractual ante el surgimiento del derecho de consumo y sobre la aparición de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas, por lo que la cláusula de sometimiento y la otras a las que se refiere el art., 17 LPC, deben ser vistas por el juzgador por medio de una lectura de los contratos en masa, los cuales hemos estudiado como contratos de adhesión.

⁴⁰⁶ Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Sentencia Recurso de Apelación*, Referencia 157-11M1-2012. Op. Cit.

⁴⁰⁷ Juzgado Tercero de Menor Cuantía (Jueza dos), *Juicio Ejecutivo Civil*, Referencia 14626-11-EC-3MC2 (1), (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012). Hemos ya mencionado que

cláusula abusiva, por el excesivo interés reclamado, aun cuando el contrato había sido celebrado por dos personas naturales, en igualdad de condiciones, siendo evidentemente una relación contractual civil, la consideró una relación de consumo aplicando el art. 17 LPC, es de hacer notar que para la fecha de emisión de la sentencia, la Ley Contra la Usura, no había sido aprobada.

Al declarar la abusividad de la cláusula por medio de la cual se establecieron los intereses convencionales, la referida sentencia, es contraria al objeto de protección del consumidor, que como ya se mencionó no es la de corregir déficit económico, se ha considerado además que: *no hay por así decirlo, desde la perspectiva de condiciones generales, un interés “conceptualmente abusivo”, sino que hay que remitirse al control de la usura para poder alegar un propio “interés usurario” que afecte a la validez del contrato celebrado.*⁴⁰⁸ Por tratarse de una relación civil y por no existir para la fecha de interposición de la demanda, una Ley Contra la Usura, los intereses debían interpretarse de conformidad al Código Civil, que establece que se ampara el libre pacto de intereses.

4.4.2 La oposición en el Código Procesal Civil y Mercantil

El art. 464 CPCM, establece los motivos de oposición en el proceso ejecutivo, de la manera siguiente: *Sin perjuicio de lo establecido en otras leyes serán admisibles en el proceso ejecutivo los siguientes motivos de oposición:*

- 1°. *Solución o Pago efectivo.*
- 2°. *Pluspetición, prescripción o caducidad.*
- 3°. *No cumplir el título ejecutivo los requisitos legales.*
- 4°. *Quita, espera o pacto o promesa de no pedir.*
- 5°. *Transacción.*

Según PARADA GAMEZ, las oposiciones se pueden analizar desde una perspectiva tripartita, las primeras fundadas en vicios de carácter procesal, las que típicamente son subsanables; las segundas, cuando se funden en algún motivo de improponibilidad de la demanda, típicamente insubsanables; y tercero cuando se trate de alguno de los motivos de fondo señalados en el art. 464 CPCM.⁴⁰⁹

Sentencia de Amparo: Referencia 537-2015.⁴¹⁰

Se alegó la vulneración de los derechos a la protección jurisdiccional, audiencia y propiedad, a consecuencia que en los arts. 464 y 579 CPCM, en opinión de la reclamante no contemplan la posibilidad de alegar otros motivos de oposición que no se encuentren establecidos en las disposiciones citadas, las cuales son “taxativos”, siendo que el juzgador las aplica automáticamente, ya que contienen prescripciones que limitan a los operadores de justicia de conocer motivos de oposición vinculados a cláusulas abusivas y los efectos prescritos en el art. 17 LPC.

⁴⁰⁸ Luis Antonio Soler Pascual, Op. Cit. 19.

⁴⁰⁹ Guillermo Alexander Parada Gámez, *Lecciones procesales. Una revista al Código Procesal Civil y Mercantil*. Op. Cit. 221.

⁴¹⁰ Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo, *Referencia: 537-2015* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015).

Es debido a ese impedimento que sus poderdantes no alegaron que los documentos base de la acción, por cuanto eran de adhesión, contenían cláusulas abusivas las que debieron tomarse en cuenta para no ser condenados y ejecutados, y de existir una posición desventajosa o intenso desequilibrio entre el banco acreedor y los consumidores, situación que pudo ser discutido en el proceso ejecutivo, si las normas impugnadas establecieran dicho motivo de oposición.

Ante lo expuesto por la parte demandante en el proceso de amparo, la Sala de lo Constitución expuso: ... sus alegatos evidencian la inconformidad con la tramitación del juicio ejecutivo promovido en contra de ellos y con la fase de ejecución que se está diligenciando... ninguno de los ahora pretensores alegaron los motivos de oposición referidos a las supuestas cláusulas abusivas en la etapa cognoscitiva del proceso, y se colige que tampoco en la fase de ejecución.

Para los fines de la presente investigación, se destaca lo que el Máximo Tribunal expresó sobre los motivos de oposición: **Aunado a ello, es de destacar que el referido artículo 464 CPCM textualmente determina que “...Sin perjuicio de lo establecido en otras leyes serán admisibles en el proceso ejecutivo los siguientes motivos de oposición... (sic)” y en consecuencia no es cierto que el legislador haya impedido a las partes demandadas en un proceso ejecutivo que pudieran alegar otros motivos de oposición en el juicio, siempre que estén sustentados en las leyes. En ese sentido, las normas impugnadas no representan un obstáculo que impida el ejercicio del derecho de los actores a alegar otros motivos de oposición, sobre todo en la fase cognoscitiva del juicio, siempre y cuando estén fundamentados en las leyes.**

Para el caso del presente estudio, es decir para poder alegar la oposición por incorporación de cláusula de abusiva en el documento base de la acción del proceso ejecutivo, primeramente se debe de establecer el motivo o tipo de oposición que ésta sería, es decir, en ese caso y dados los efectos que produciría deberá ubicarse como una oposición por motivo de fondo, como otros motivos de oposición establecidos en otras leyes, de conformidad al art. 464 CPCM, “...*Sin perjuicio de lo establecido en otras leyes serán admisibles en el proceso ejecutivo los siguientes motivos de oposición...*”.

Cabe mencionar que así como se ha estudiado y analizado tanto el tema de la autonomía de la voluntad, su decadencia, los contratos de adhesión y su interpretación y las cláusulas abusivas, es necesario precisar que la oposición en el proceso ejecutivo, por incorporación de cláusulas abusivas, se limitaría a los contratos de adhesión de créditos de consumo, pues bien lo dice la sentencia 111-D-2009, antes mencionada, es en los contratos en masa con los consumidores donde debe realizarse por parte del juez la interpretación integral del ordenamiento jurídico.

4.4.2.1 Procedimiento de las oposiciones

El demandado tiene el plazo de diez días para contestar la demanda, arts. 462 y 465 CPCM, y al hacerlo formular su oposición por los motivos señalados en el art. 464 CPCM, transcurrido dicho plazo sin formular oposición a la demanda o habiéndola formulado no se presenta el demandado a la audiencia de prueba⁴¹¹, se dictará sentencia sin más trámite y se procederá a la ejecución forzosa, art. 465 CPCM.

⁴¹¹ María Ángela Miranda Rivas, “La defensa en juicio en el trámite de las oposiciones en el juicio ejecutivo civil y mercantil” (tesis de maestría, Universidad de El Salvador, 2014), 125. La incomparecencia del demandado a la audiencia de prueba, tiene como repercusión el tener por desistida la oposición, en tal razón el Juez deberá dictar sentencia de lo principal del proceso ejecutivo, como si no se hubiera formulado oposición, y procediéndose a la ejecución forzosa. La autora, expresa que ante la

Si el demandado formula oposición, el juez está facultado para resolverla sin trámite alguno, o, a petición de alguna de las partes se citará a audiencia de prueba, la cual deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes, debiendo acudir las partes con los medios probatorios correspondientes al caso, la presentación del demandado a dicha audiencia es necesaria, ya que su inasistencia tiene como consecuencia el tener por desistida la oposición, y condena en costas e indemnización al demandante que sí asistió a la audiencia; la incomparecencia del demandante, provoca que el Juez resuelva sin oírle sobre la oposición⁴¹², art., 467 CPCM.

Ante la comparecencia de ambas partes a la audiencia, el juez aplicará lo previsto para el Proceso Abreviado, es decir, en la audiencia se verificará:

1. Intentar la conciliación art. 426 CPCM;
2. Alegatos iniciales, debiendo comenzar la parte demandante para que ratifique, amplíe o reduzca su demanda; posteriormente los alegatos de la parte demandada quien deberá referirse sobre la oposición formulada, ratificándola, ampliándola o reduciéndola, así como afirmar o negar concretamente los postulados de la demanda, pudiendo el demandante contestar los defectos procesales alegados, teniendo derecho a ser oído en relación a los motivos de oposición planteados por el demandado, art. 427 CPCM;
3. Prueba: la cual debe ser propuesta, y de ser considerada atendible, el Juez la admitirá por ser útiles, pertinentes y legales, debiendo producir las mismas, art. 428 CPCM, pero teniendo en cuenta que para el proceso ejecutivo, las partes deben acudir a esta audiencia con los medios probatorios de que intenten valerse, en sintonía al art. 467 CPCM;
4. Alegatos finales, art. 429 CPCM.
5. Dictar sentencia, o anunciar verbalmente el fallo, art. 430 CPCM, si se desestima totalmente la oposición, será condenado el demandado a lo reclamado en la demanda, con condena en costas; en caso de estimación parcial de la oposición, no se condenará en costas el demandado, y se le condenará a la cantidad debida, art. 468 CPCM.⁴¹³

De acuerdo a lo que se ha mencionado en esta investigación, en lo correspondiente al efecto de tenerse por no escritas las cláusulas abusivas en un contrato, es por tal motivo que los alcances de la estimación de la oposición por este motivo, serían similares a los efectos de la estimación parcial de la oposición, es decir, se seguirá adelante con las actuaciones, solamente para obtener

incomparecencia de alguna de las partes, deberá otorgárseles una razonable oportunidad para justificar los motivos de su incomparecencia a la audiencia, por lo que las consecuencias legales deberán ser aplicadas por su incomparecencia injustificada a la audiencia, dicha regla a pesar de no estar prevista expresamente en el art. 467 CPCM, resulta de la integración normativa con otras disposiciones que regulan la misma situación, tal es el caso del art. 425 CPCM.

⁴¹² Para María Ángela Miranda Rivas, Op. Cit. 124, el art., 467 CPCM, provee la oportunidad del demandante de ser oído en la audiencia sobre la oposición formulada por el demandado, ya que el demandante debe contar con una razonable oportunidad incluso de solicitar la citación a audiencia, previa a que el Juez decida sobre la oposición.

⁴¹³ El inc. 2° del art. 17 LPC, establece que las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se determine el carácter abusivo, se tendrán por no escritas.

la cantidad debida, sin condena en costas, inc. 2° del art. 468 CPCM, ya que la obligación principal y demás accesorios quedan vigentes.

No obstante lo expuesto, la labor del Juez para la estimación o desestimación de las oposiciones por motivo de la incorporación de cláusulas abusivas, debe ser a través del estudio de los contratos, establecido en el Código Civil y el Código de Comercio, pero siempre y cuando se trate de un crédito por adhesión, de los que se estudió en los capítulos 2 y 3 de esta investigación, en ello el Juez debe recurrir a las leyes de consumo para su valoración e interpretación, fundamentado en las razones siguientes:

- 1) El art. 464 CPCM, al referirse que las oposiciones : *“Sin perjuicio de lo establecido en otras leyes serán admisibles en el proceso ejecutivo los siguientes motivos de oposición...”*, tal como lo expuso la Sala de lo Constitucional en la Sentencia de Amparo: Referencia 537-2015, que dijo de ese artículo: *“...no representa un obstáculo que impida el ejercicio del derecho de los actores a alegar otros motivos de oposición, sobre todo en la fase cognoscitiva del juicio”*⁴¹⁴; y,
- 2) Debe recurrir a las leyes de consumo y a su jurisprudencia, porque es donde se encuentran reguladas las cláusulas abusivas, y en atención a lo manifestado por la Corte en Pleno en el fundamento de la sentencia del Conflicto de Competencia Ref. 111-D-2009, que dijo: *“...A todas estas últimas debe dársele lectura desde los contratos en masa con los consumidores. Esta es una labor que debería realizar todo Juez competente en la materia o en fin, debería realizar una interpretación integral del ordenamiento jurídico salvadoreño, según las exigencias del caso concreto”*.⁴¹⁵

La situación problemática entonces, la encontramos en la valoración o interpretación que el Juez debería hacer sobre la oposición o si el control lo hará de oficio por la inserción de cláusulas abusivas en el documento base de la acción, que para delimitación de la presente investigación se ha tomado como referencia los contratos de créditos, y no existiendo un sistema de vinculación de normas de consumo y de Derecho Civil, sino más bien nuestro sistema normativo evidencia un modelo de distinción, se deberá recurrir a los métodos de integración normativa que nuestra legislación permite.

Para el caso de El Salvador, el art. 19 del CPCM establece parámetros de técnica jurídica a los que el juzgador puede acudir para colmar las lagunas que se presentan en el ordenamiento jurídico, por lo que esta disposición constituye una herramienta hermenéutica para la solución material de los casos concretos, que para este estudio correspondería aplicarlo a la valoración y estándares para cada caso de oposición por motivo de incorporación de cláusulas abusivas en los contratos de crédito de consumo que sean documento base de la acción ejecutiva, ya que los mecanismos proporcionados en materia civil y mercantil no satisfacen esta demanda.

⁴¹⁴ Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo, Referencia: 537-2015. Op. Cit.

⁴¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Resolución Conflicto de Competencia, Referencia: 111-D-2009, Op. Cit.

4.5 Las lagunas en el sistema normativo

El sistema normativo, que es una parte del orden jurídico, se conceptúa como el conjunto de preceptos integrantes de la regulación bilateral, externa y coercible de la conducta humana, es decir, que es el conjunto de normas que el Estado ha creado o reconoce para la regulación del comportamiento humano. Por lo que es el criterio ordenador de la conducta humana en la sociedad, dando como resultado un orden normativo.⁴¹⁶

Acerca del orden jurídico se predica que goza de plenitud hermenéutica o integridad, pero en lo relativo al sistema normativo, es decir en el derecho legislado y el derecho consuetudinario pueden presentarse vacíos, lagunas o fisuras, ya que puede ser incompleto, pero el orden jurídico no admite la existencia de vacíos o lagunas; para algunos es como decir que la ley tiene lagunas pero que el derecho no puede tenerlas.⁴¹⁷

Existe por parte del enjuiciado la necesidad de que el sistema normativo se presente como un ente lo más pleno, coherente y unitario posible, que provea solución a su causa, pero se ve afectado por la presencia de lagunas en la ley, con el silencio sobre la forma de solucionarlas, la imposibilidad del legislador de prever todas las situaciones que merecen ser tuteladas jurídicamente o dotar de perfección lo que ya ha regulado, sea visto como carencia o imperfección de las normas lo que se le ha llamado como lagunas legales.⁴¹⁸

Los infinitos problemas que plantea la vida cotidiana del Derecho evidencian la insuficiencia de las leyes para resolverlos, pese a la aspiración del legislador de prever todas las hipótesis posibles, siempre salen a la luz casos que no se imaginaban o no estaban en la mente del legislador al momento de hacer su labor, a estos casos se les llama lagunas de ley según GALIANO-MARITAN GONZÁLEZ- MILIÁN.⁴¹⁹

BASTERRA define “laguna” *prima facie* como aquellos casos que no tienen solución dentro de un sistema normativo, o que teniéndola es una solución “mala” o “injusta”, refiriéndose a la laguna axiológica, es decir, se trata de una situación que está contemplada en el ordenamiento jurídico pero la solución no es “justa”; mientras que laguna normativa, es aquella situación no contemplada en el ordenamiento jurídico, a lo que se le llama “vacío legal”, por lo que el sistema jurídico no tiene una solución normativa para un caso concreto.⁴²⁰

⁴¹⁶ José Gerardo Liévano Chorro, “La integración Jurídica y la Analogía”. *Revista de la Facultad de Derecho*, año 8, n° 13 (Enero 2016): 18.

⁴¹⁷ José Gerardo Liévano Chorro, Op. Cit. 19.

⁴¹⁸ Grisel Galiano-Maritan y Deyli González- Milián, “La integración del Derecho ante las lagunas de la ley. Necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del Derecho”, *Dikaion*, año 26, Vol. 21, n° 2 (diciembre 2012): 435- 436. La labor jurisdiccional se enfrenta a inconvenientes en la aplicación de la ley, uno de ellos son los vacíos legales, ya que al legislador le es imposible prever todas las situaciones que merecen ser tuteladas jurídicamente.

⁴¹⁹ Grisel Galiano-Maritan y Deyli González- Milián, Op. Cit. 436.

⁴²⁰ Marcela I. Basterra, “El problema de las lagunas del derecho”, *Derecho & Sociedad*, n° 15, (2000): 283, 284, 285. Esta autora considera a las lagunas en cuanto ausencia de normas para decidir, se conceptúan en posibilidades, siempre alternativas de poder utilizar normas supletorias no previstas para un caso concreto, pero adaptables a diversas situaciones. Ver Francisco Javier Vicente Ávila, “Las lagunas del derecho” (tesis de grado en Derecho, Universidad de Salamanca, 2017), 16, quien define la laguna axiológica como aquella que se da cuando de la creación de una norma la solución que esta da al caso que se la va a plantear es injusta, y se le considera así porque el legislador a la hora de crear la norma no ha tenido en cuenta todas aquellas propiedades

LIEVANO CHORRO, expresa que a la ausencia de regulación se le da el nombre de laguna, es decir, las deficiencias en los sistemas normativos; este autor cita a Zitelmann, quien observa que el juez debe siempre colmar los vacíos, es por eso la laguna el resultado de la pobreza de la teoría frente a la riqueza de la realidad; “la ley tiene vacíos” y en algunos casos por parte del juzgador se encubre el deseo de sustituir la norma existente y aplicable al caso, por otra que parece ser más justa, en este caso se trata de una “falsa laguna”.⁴²¹

Siempre Zitelmann, habla de dos clases de lagunas, por una parte la “falsa laguna” o denominadas por la doctrina como “lagunas creadas”, en las que el problema es que se quiere corregir la ley; la “laguna verdadera”, denominadas también como “lagunas técnicas” o “lagunas sufridas”, en las que se pretende complementar la ley, y que se presentan cuando el legislador establece una regla para la solución de un determinado acto jurídico, pero no dispone nada sobre los medios que deben ser empleados para dar cumplimiento a esa regla; utilizando operaciones mentales para llegar al resultado, es decir, juicio axiológico.⁴²²

Para OTÁROLA ESPINOZA, las lagunas legales normalmente se equiparan con las controversias o los casos, de modo que laguna es la falta de una norma para decidir o resolver una controversia o cuestión de derecho; o la falta de una norma para regular un supuesto de hecho abstracto jurídicamente relevantes para un sistema normativo dado.⁴²³

En palabras de BAYÓN, se debe evitar equívocos cuando se habla de “conductas no regladas”, en sentido estricto debería entenderse como una forma abreviada de referirse a casos individuales que no admitiesen ser considerados como instancias de ninguno de los casos genéricos a los que el derecho conecte una solución normativa... será tanto más improbable que suceda cuando mayor sea la presencia en el ordenamiento de normas que definan con muy altos niveles de abstracción los casos genéricos que regulan (dado que, a mayor nivel de abstracción, mayor será el conjunto de casos individuales a los que resultarán aplicables); y no creo que la presencia de un número significativo de normas de esa clase es justamente un rasgo característico de los ordenamientos de los Estados constitucionales de derecho.⁴²⁴

y que de haberla tenido el resultado de la norma habría sido distinto, llevaría una solución diferente al supuesto que cupiese aplicar la norma.

⁴²¹ José Gerardo Liévano Chorro, Op. Cit. 20-21.

⁴²² José Gerardo Liévano Chorro, Op. Cit. 21-22, cita a Ernest Zitelmann, en su discurso en 1903 al tomar posesión como rector de la Universidad de Bonn, discurso que es el punto de partida sobre los estudios acerca de las lagunas de la ley, afirmación hecha por García Máynez, a quien también cita Liévano Chorro. Véase a Marcial Rubio Correa, *EL SISTEMA JURÍDICO, Introducción al Derecho*, 10ª Edición, (Lima: Fondo Editorial, 2009), 262 y 263. Este autor se refiere a tres casos en los que existen lagunas de ley: 1. Al tratarse de un caso que carece de norma pero tiene racionalidad substantivamente iguala la de otro caso que se encuentra normado, aun cuando ambos casos sean fenómenos distintos, 2. Tratándose de un caso que de no recibir respuesta jurídica pudiera generar consecuencias que agraven los principios generales del Derecho, 3. Cuando el Derecho ha producido una norma genérica pero vigente, y por lo tanto exigible en sí misma, que requiere una normatividad reglamentaria aún no promulgada. Llamada teóricamente laguna técnica, que solo se sule por la creación de normas por vía legislativa.

⁴²³ Yasna Otárola Espinoza, “La función supletoria de las normas de derecho civil”, *Revista Chilena de derecho y ciencia política*, vol. 3, n° 2 (Agosto-diciembre 2012): 102.

⁴²⁴ Juan Carlos Bayón, “Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas” en *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*. (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009), 38. Sobre esta afirmación ver J. Ignacio Núñez Leiva, “Constitución, Neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (Normativas y Axiológicas)”, *Estudios Constitucionales*, año 10, n° 2 (2012): 524, que expresa: *En la actualidad, en tiempos del denominado Estado Constitucional de Derecho, los roles de las teorías omnicomprendivas del Derecho respecto de las lagunas parecen haberse alterado. Mientras en el pasado, la existencia de aquéllas era negada por las versiones más radicales del positivo.*

Así también existen lagunas voluntarias e involuntarias, en éstas últimas no cabe duda que el legislador omitió incluir un precepto que debería ser regulado por esa norma para dar solución a un caso concreto. Pero en las lagunas voluntarias, ocurre que al legislador le es imposible formular demasiadas reglas tanto minuciosas como particulares, optando por establecer una regla general dentro de la norma, dejando amplia la interpretación para el juez a la hora de dar una solución a casos concretos a resolver con la aplicación de la norma.⁴²⁵

Engisch, citado por ÁVILA, es partidario de que las lagunas voluntarias, no son lagunas, al decir: ... *no se puede hablar de lagunas, cuando el legislador, mediante conceptos normativos indeterminados o cláusulas generales (o cláusulas de interpretación libre), concede un amplio margen a la decisión. Pues aquí tenemos sólo un “relajamiento” que pretende obtener un ajuste de la decisión a las circunstancias especiales del caso concreto y a las cambiantes concepciones de la comunidad jurídica.*⁴²⁶

Por su parte la Sala de lo Constitucional ha expresado que con el surgimiento de los Estados Constitucionales de Derecho, se dejó atrás la concepción de la plenitud del ordenamiento jurídico, por lo que se reconoce que éste por naturaleza es lagunoso y que por lo tanto es tarea del juzgador valerse de distintas técnicas jurídicas, sean éstas interpretativas o argumentativas, para dar solución a aquellos casos que no se encuentren regulados por una norma jurídica expresa.⁴²⁷

En ese sentido se estudiarán cada uno de los métodos de integración jurídica, que solucionan las circunstancias de vacíos legales a efecto de proporcionar una herramienta interpretativa que facilite al juez la integración de las normas de consumo y la jurisprudencia especializada en sede judicial ante esas acciones de reclamo que incluyan cláusulas abusivas en los contratos de créditos civiles y mercantiles y de los que se haya alegado oposición a los mismos.

4.6 La integración normativa

GALIANO-MARITAN y GONZÁLEZ- MILIÁN, expresan que la solución a las lagunas jurídicas es la integración, la que tiene lugar cuando el juez como operador jurídico se enfrenta a la ausencia de un precepto que regule el caso o éste sea oscuro, por lo que puede hacer uso de una serie de elementos que se pueden encontrar dentro o fuera del cuerpo normativo aplicable para poder establecer una adecuada respuesta.⁴²⁸

Para Ferrari Yaunner, integrar significa: “analizar el Derecho como un todo, verlo en su totalidad para buscar una solución ante la ausencia o insuficiencia de regulación para un supuesto específico”. La integración jurídica puede dar la apariencia que solo es aplicación de métodos utilizados por los jueces para colmar lagunas, sin embargo va más allá, pues busca la certeza

⁴²⁵ Francisco Javier Vicente Ávila. Op. Cit. 18.

⁴²⁶ Ibid. 18.

⁴²⁷ Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Amparo, Referencia: 161-2016* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2016).

⁴²⁸ Grisel Galiano-Maritan y Deyli González- Milián, Op. Cit. 437. La solución principal ante los vacíos legales de las leyes, la tiene los legisladores, pero por medio de un proceso complejo, de índole política, y que se enfrenta a las prioridades legislativas, lo cual tiene que ver con el proceso de formación de ley, y que se demoraría tiempo en concretizarse, razón por la que la integración normativa es la vía más factible.

jurídica para que los ciudadanos que acuden a los juzgados vean en el derecho la salvaguarda de sus derechos e intereses⁴²⁹

A criterio de la Sala de lo Constitucional, la solución de las lagunas es la integración de la ley. Hay lugar a ella cuando el funcionario, ante la ausencia de un precepto que regule el caso, tiene que “crearlos”, es decir, tiene que hacer uso de una serie de elementos, que se pueden encontrar dentro o fuera del cuerpo normativo relacionado, para jurisprudencialmente establecer una solución. La integración del Derecho se produce, generalmente, ante la ausencia de norma que regule el caso y se realiza a través de la autointegración o de la heterointegración.⁴³⁰

La doctrina y los ordenamientos jurídicos positivistas han establecido unas normas para permitir a la actividad jurisdiccional superar las lagunas, por lo que plenitud del sistema normativo puede alcanzarse mediante la sistematización de dos métodos para colmar las lagunas en las normas, se habla entonces de: la autointegración y la heterointegración, siempre se deberá recurrir como primera medida a la autointegración y en última instancia a la heterointegración.⁴³¹

La autointegración, se produce cuando la solución deviene del propio ordenamiento jurídico existente (justicia formal); que se realiza a través de la analogía y de los principios generales del mismo ordenamiento que debe integrarse. En ese sentido el sistema acude a sus propias soluciones, y las vías habitualmente reconocidas para realizarla es por medio de la analogía y los llamados principios generales del Derecho.⁴³²

La heterointegración es un método para sufragar las lagunas del Derecho, que consiste en acudir a recursos externos del ordenamiento jurídico, es decir, fórmulas que se encuentran fuera de la norma que se pretende aplicar, considerando que es mejor acudir a un ordenamiento más perfecto que el suyo para suplir las lagunas, que utilizar el método de autointegración que implicaría dar una mala solución al caso planteado o poner en riesgo la seguridad jurídica; este

⁴²⁹ Majela Ferrari Yaunner, “Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba” (Tesis Doctoral, La Habana, 2010), 75. mientras tanto FERNANDEZ BULTÉ, expresa que la integración del derecho, se debe entender como el mecanismo legal empleado para suplir las lagunas del derecho, tal como lo expresa Julio Fernández Bulté, *Teoría del Estado y del Derecho* (La Habana: Editorial Félix Varela, 2005), 224. Ver también a Francisco Javier Vicente Ávila, Op. Cit. 24. Ya que el término integración proviene del verbo “integrar”, que significa componer un todo con sus partes integrantes, por lo que el derecho se integra por medio de completar aquellos preceptos a través de la elaboración de otros que no se encuentran recogidos en ese momento en el ordenamiento jurídico del estado.

⁴³⁰ Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo, Referencia: 161-2016. Op. Cit.

⁴³¹ Francisco Javier Vicente Ávila, Op. Cit. 25, 35. Doctrinariamente se establece un orden de prelación en la función integradora del Derecho entre la autointegración y la heterointegración, siendo la primera el principal método a aplicar en caso de que nos encontremos frente a lagunas en el Derecho. En igual sentido Grisel Galiano-Maritan y Deyli González- Milián, Op. Cit. 440, señalan que ante las evidentes lagunas jurídicas, los ordenamientos positivos han establecido reglas que permiten a los tribunales superar con eficacia dichas carencias, siendo el consolidado de esas estrategias evidenciados por los dos métodos: integración y heterointegración.

⁴³² Marcela I. Basterra, Op. Cit. 289. Así mismo ver lo expuesto por Grisel Galiano-Maritan y Deyli González- Milián, Op. Cit. 440, quienes además citan a Bobbio, quien afirma que la autointegración se realiza cuando los mecanismos de integración o sus fuentes se encuentran en el mismo ordenamiento jurídico, es decir, en su interior, sin tener que salir de él a otros ordenamientos jurídicos para ser completado.

método acude a fuentes externas como la costumbre, la jurisprudencia y valores como la equidad.⁴³³

Entenderemos para los efectos de esta investigación que heterointegración normativa se da cuando el sistema jurídico recurre a otro sistema diferente, pero de similar naturaleza para llevar a cabo la labor de complemento. Este es un sistema propio de sistemas jurídicos poco desarrollados, que presupone la existencia de otro mejor al que recurrir. Es el llamado sistema de los derechos supletorios. La solución se encuentra fuera del propio orden normativo, recurriendo a la justicia material y al deber ser ideal del valor.⁴³⁴

4.6.1 Factibilidad de integración normativa de las leyes de consumo y de la jurisprudencia especializada al Proceso Civil y Mercantil como medio para el reclamo judicial en el que se ejerzan acciones amparadas en cláusulas abusivas insertadas en los contratos de crédito civiles y mercantiles

La aspiración de plenitud del sistema jurídico, no puede entenderse desde la inexistencia de lagunas en la ley, sino como presupuesto a que el Derecho es integrable, por lo que se da la posibilidad de aplicar los métodos de integración como mecanismos que permitan solucionar los casos pese a la existencia de las lagunas jurídicas.⁴³⁵

La legislación civil salvadoreña reafirma el principio de la “Plenitud del Derecho”, ya que el legislador da pautas al juzgador para colmar los vacíos o lagunas de la ley, siendo la integración uno de los problemas más difíciles de solventar, ya que exige al juez estar dotado de cualidades especiales, por su parte al legislador le reconoce su impotencia para prever todos los problemas que el comercio jurídico puede generar, por lo que confiado en la capacidad del juzgador para que cierre esos vacíos.⁴³⁶

Como bien lo expresara MENA CASTRO, la escasa litigiosidad judicial en materia de consumo, debido a que las reclamaciones muchas veces tienen poco valor económico o a que no existen los cauces procesales, adecuados, hace que las interpretaciones sobre el derecho de consumo que lleva a cabo el Tribunal Sancionador se conviertan, en muchos casos, en los criterios de referencia que determinan y rigen las relaciones de consumo.⁴³⁷

4.6.1.1 Factibilidad teórica y jurisprudencial de la integración normativa

Para DURAND CARRION, las normas de consumo tienen una vinculación inter-normativa con otras disposiciones de otros cuerpos legales en una relación de complementariedad y asistencia que permiten una

⁴³³ Francisco Javier Vicente Ávila, Op. Cit. 33-34. El ordenamiento jurídico tiene que acudir a recursos externos para cumplir su función integradora, la heterointegración es un proceso que ha sido utilizado a lo largo de la historia en el desarrollo de diferentes ordenamientos jurídicos.

⁴³⁴ Julio Fernández Bulté, *Teoría del Estado y del Derecho*. Op. Cit. 222; completa esta opinión Marcela I. Basterra, Op. Cit. 289.

⁴³⁵ Grisel Galiano-Maritan y Deyli González-Milián, Op. Cit. 432.

⁴³⁶ Mauricio Alfredo Clará Recinos, “La integración del Derecho” (tesis de Doctorado, Universidad de El Salvador, 1970). 108- 109. Conceptúa la plenitud de la legislación civil y procesal como una plenitud abierta, ya que el autor acepta la posibilidad de incorporar al sistema, normas jurídicas individuales que carecen de asidero directo en la ley, porque la cuestión debatida no ha sido prevista, pero que en virtud de las normas de integración, ya que autoriza colmar las lagunas de la ley, adquieren fundamento legal.

⁴³⁷ Armando Enrique Mena Castro. Op. Cit. 11-12.

adecuada interpretación legal. Estas normas necesitan autonomía para ser integrales y fuertes para poder afianzar su funcionalidad en beneficio del ciudadano consumidor.⁴³⁸

El derecho de consumo, como se ha dicho responde a principios y a una lógica distintos a los plasmados en el derecho común, en las que existen dicotomías difíciles de salvar, pero que estas diferencias se vuelven difusas en un examen más profundo, ya que la protección al consumidor realizada por medio de los deberes de información puede justificarse con la finalidad de garantizar su autonomía para decidir si contrata o no, que es la misma justificación utilizada en la contratación clásica o comercial; al hablar de sancionar las cláusulas abusivas, es justificada en el principio de buena fe, principio reconocido en mayor medida en el derecho contractual común.⁴³⁹

Lo anterior señala una base para que desde un punto de vista teórico y axiológico sea posible argumentar a favor de un modelo de integración del derecho de consumo y el derecho civil, en la parte contractual, o establecer una legislación separada atendiendo razones de política legislativa; sin embargo, en El Salvador, cualquiera de esas propuestas o modelos de vinculación estarían fuera de nuestra realidad jurídica y legislativa, ya que tenemos cuerpos normativos que contemplan cada figura contractual de manera separada, por lo que se plantea en esta investigación un cuarto modelo de vinculación.

Una condición que se debe tomar en cuenta es que para el caso de los contratos de consumo, cuentan con una legislación sustantiva especializada y autónoma, que regula las fases precontractual y contractual en materia de consumo, pero no una regulación especializada para la ejecución del contrato, es decir, no existen Tribunales de Consumo, por lo que se debe recurrir a la legislación civil y de comercio, Código Procesal Civil y Mercantil y por consiguiente a los Juzgados Civiles y Mercantiles que tienen la competencia de las mismas, para los casos en los que el consumidor deba ejercer su defensa.

La dificultad que en este caso se puede presentar es que al encontrarse ante la jurisdicción de los mismos, estos contratos no son interpretados con las reglas de los contratos de consumo o por adhesión, es decir, no se valora la naturaleza jurídica del contrato, ya que como se ha mencionado los mecanismos que proporcionan el derecho civil y el derecho mercantil es inadecuado para tratar sobre esta materia, por lo que se vuelve necesario recurrir a las leyes de consumo para ser interpretados de manera adecuada.

Sentencia de Amparo 161-2016

Proceso de Amparo Constitucional instruido por la sociedad Empresa Transmisora de El Salvador, Sociedad Anónima de Capital Variable, que se abrevia ETESAL, S.A. de C.V., en contra de actuaciones de la Sala de lo Civil, por haber aplicado el art. 19 CPCM, en un Recurso de Casación tramitado bajo el Código de Procedimientos Civiles, por lo que se demanda la aplicación

⁴³⁸ Julio Baltazar Durand Carrión, "Determinación del Derecho del Consumidor como Disciplina Jurídico Autónoma", Op. Cit. 79.

⁴³⁹ Rodrigo Momberg U. "Análisis de los modelos de vinculación del Código Civil y la legislación de protección al consumidor. hacia un principio general de protección de la parte débil en el derecho privado". Op. Cit. 743-744. Éstas diferencias son extremos entre ideas de autonomía y solidaridad, individualismo y altruismo, promoción del Mercado y protección o bienestar del consumidor. Además en la dinámica del derecho del consumidor, sujeta a cambios legislativos constantes, por razones políticas y sociales, mientras que el Código Civil goza de estabilidad propia.

retroactiva de la Ley, por haber utilizado la disposición legal en la solución de un supuesto de hecho anterior a sus entrada en vigencia, siendo el caso en estudio de si la aplicación de la disposición ocasionó la alteración de las consecuencias jurídicas que el Código de Procedimientos Civiles, preveía.⁴⁴⁰

Lo medular de la resolución de la Sala de Civil, establecía: “[...] aun cuando no existe en el Derecho positivo salvadoreño disposición alguna que fije la extensión del dominio particular que sobre el espacio aéreo concede el Código Civil, de conformidad a lo dispuesto en el art. 19 C.P.C.M, es razonable acoger la más informada doctrina y por tanto afirmar que el espacio aéreo que pertenece al dueño de un inmueble llega hasta donde llega el interés práctico de dicho propietario”.

En ese sentido la Sala de lo Constitucional consideró que tal y como la Sala de lo Civil había aplicado el Art., 19 CPCM, fue únicamente como parámetro de auxilio interpretativo, ya que para colmar el vacío legal, era viable acudir a diversas fuentes del Derecho, por lo que el contenido normativo de dicha disposición no era determinante para solucionar el caso, y tampoco alteró las consecuencias jurídicas establecidas en el Pr.C., siendo la actividad racional del intérprete, en este caso la Sala de lo Civil, la que reveló la existencia de lagunas jurídicas y es esa misma actividad la que permite su integración independientemente de sí una disposición la habilita para ello.

Concluye la Sala de lo Constitucional, que el art. 19 CPCM, únicamente establece parámetros de técnica jurídica a los que el juzgador puede acudir para colmar las lagunas que se presentan en el ordenamiento jurídico, siendo una herramienta hermenéutica de tipo periférico para la solución material de los casos concretos, y a su criterio el art., 19 CPCM, lo considera casi una réplica a lo regulado en el art. 421 Pr.C.⁴⁴¹

Siendo el art., 421, Pr.C., la disposición que la Sala de lo Civil debió aplicar, por ser la normativa procesal aplicable al caso juzgado, pues establece: “*Las sentencias recaerán sobre las cosas litigadas y en la manera en que han sido disputadas, sabida que sea la verdad por las pruebas del mismo proceso. Serán fundadas en las leyes vigentes; en su defecto, en doctrinas de los expositores del Derecho; y en falta de unas y otras, en consideraciones de buen sentido y razón natural*”. Fue innecesario para el caso en concreto la aplicación del art. 19 CPCM.

4.6.2 Regulación jurídica

La integración de las normas procesales se encuentra regulada en el art. 19 CPCM que dice: “*En caso de vacío legal se deberá acudir a la regulación y fundamentos de las normas que rigen situaciones análogas, a la normativa constitucional y a los principios que derivan de este código, a la doctrina legal, a la doctrina de los expositores del derecho; y, a la falta de todo ello, a consideraciones de buen sentido y razón natural, atendidas las circunstancias del caso*”.

El art. 19 CPCM, contiene un sistema de fuentes a las que se puede acudir, mismas que señala de manera preferente, y sólo de faltar la primera, debe continuarse con la segunda, es decir se prefieren unas a otras. Por su parte PARADA GÁMEZ, expresa: El fundamento legal de la decisión jurisdiccional engloba el carácter autointegrativo y heterointegrador de la norma procesal, así como el sistema de

⁴⁴⁰ Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo, Referencia: 161-2016. Op. Cit.

⁴⁴¹ Código de Procedimientos Civiles (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1981).

fuentes, esto es, las herramientas de las que un juez habría de echar mano en caso de vacío legal. Desde la Constitución misma, pasando por los principios y la doctrina, hasta el juicio cognoscitivo- buen sentido- del aplicador, según corresponda.⁴⁴²

4.6.3 Procedimiento para integrar las normas de consumo y la jurisprudencia especializada en el Código Procesal Civil y Mercantil

Para la Sala de lo Constitucional, el integrar normas debe hacerse bajo el fundamento material de interpretar con base en la Constitución, leyes secundarias, doctrina y jurisprudencia; por lo que las decisiones judiciales deben justificarse, no bastando para ello la mera enunciación de disposiciones legales, en relación con la subsunción, sino que estas deben ser interpretadas y, solo luego de ello, pueden ser aplicadas al caso;⁴⁴³ en ese sentido deben estudiarse los parámetros de integración normativa.

4.6.3.1 La regulación y fundamentos de las normas que rigen situaciones análogas

El método de interpretación análogo, es priorizado por el art. 19 CPCM, debe hacerse uso de la analogía cuando se trate de resolver situaciones similares y donde para alguna de ellas el legislador haya guardado silencio.⁴⁴⁴ Se trata en este caso de una autointegración, en donde el propio ordenamiento jurídico acude a sus propias soluciones, ante un caso planteado que no tiene solución posible, se revisan las soluciones dadas a casos similares para los que si tiene solución y aplica ésta al caso planteado en la ley.⁴⁴⁵

La analogía provee de una de las herramientas otorgadas por la ley a los jueces para que puedan colmar las posibles lagunas que se encuentren en el ordenamiento jurídico, se debe aplicar una norma a un supuesto de hecho diferente del que esta misma ley regula, basándose en la similitud entre dichos supuestos; ante la cambiante realidad social la analogía es una técnica adecuada a utilizar por el juzgador.⁴⁴⁶

⁴⁴² Guillermo Alexander Parada Gámez, *Lecciones procesales. Una revista al Código Procesal Civil y Mercantil*. (San Salvador: Editorial Cuscatleca, 2020), 45.

⁴⁴³ Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo, Referencia: 161-2016. Op. Cit. Así mismo ver Francisco Javier Vicente Ávila, "Las lagunas del derecho". Op. Cit. 24, que menciona que los jueces tienen un poder discrecional puesto en ejercicio a la hora de aplicar las normas del ordenamiento jurídico, descartándose la potestad de crear normas, ya que su función es interpretar y aplicar las mismas acorde al sistema.

⁴⁴⁴ Guillermo Alexander Parada Gámez, *Lecciones procesales. Una revista al Código Procesal Civil y Mercantil*. Op. Cit. 45.

⁴⁴⁵ Francisco Javier Vicente Ávila. Op. Cit. 25. La analogía es el procedimiento interpretativo más importante de un sistema normativo, a través del cual se le atribuye a un caso no regulado el mismo tratamiento jurídico que uno que si está regulado y que es similar.

⁴⁴⁶ Se dijo al inicio de este apartado que el integrar normas debe hacerse bajo el fundamento material de interpretar y justificar las decisiones judiciales, por su parte el Dr. Saul Ernesto Morales, "Integración de las normas procesales" (Sesión sincronizada Curso de Metodología, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, 29 septiembre de 2020), realiza un ejemplo de cómo el Juez debe hacer un ejercicio interno para justificar la aplicación de la analogía, preguntándose: "¿Cómo podemos aplicar la analogía en procesal civil o derecho civil?, ¿Porque esa figura que quiero aplicar no está en el mismo cuerpo normativo donde tiene el problema jurídico por lo que puede irse a otro cuerpo legal para poder solventar ese vacío o laguna?". Es así que este primer elemento nos da una herramienta investigativa desde el punto de vista de la dogmática jurídica en relación

La analogía se compone de un procedimiento lógico, en el que el juez debe dar resolución a un conflicto que no se encuentre directamente regulado en el ordenamiento jurídico, teniendo que hacer una valoración tanto de la solución recogida en la ley, como el caso no recogido en la misma, siendo este método el más utilizado para suplir las lagunas del ordenamiento jurídico.⁴⁴⁷

CLARÁ RECINOS, expresa que la analogía toma como punto de partida la ausencia o silencio de la ley sobre determinado asunto, puede emplearse en presencia de las lagunas de la ley, lo cual supone la imprevisión total del mismo en las hipótesis de la ley, es decir que con la analogía se formula una norma que no existe en la ley ni en la costumbre, tiene por base el espíritu de la legislación y la semejanza con otras reglas para casos también semejantes.⁴⁴⁸

4.6.3.2 Aplicación directa de la constitución y al Derecho Constitucionalmente configurado.

Desde la perspectiva del Constitucionalismo contemporáneo y/o el Neoconstitucionalismo, los ordenamientos jurídicos que contemplen normas que definan altos niveles de abstracción en los casos genéricos que regulan, sumado al desbordamiento constitucional, producen como consecuencia que la existencia de eventuales lagunas se vea significativamente disminuida, ya que cualquier caso no regulado, puede terminar siendo correlacionado con alguna disposición Constitucional, en este caso la Constitución puede servir para colmar lagunas de la ley, en este caso el Neoconstitucionalismo tiene como tesis que los jueces podrán frente a un caso no reglado por la ley, aplicar de manera directa el Derecho contenido en la Constitución, y no ejercer mera discrecionalidad.⁴⁴⁹

El art. 2 inc. 2° CPCM, ordena que el juez debe analizar una ley comenzando por la Constitución, trata que el juzgador busque en la Constitución y el derecho constitucionalmente configurado, es decir, en las leyes secundarias, en los tratados internacionales, la solución a sus problemas, y si allí no aparece la solución, se debe ir a la interpretación legislativa, o la interpretación judicial o la interpretación de los expositores del derecho, y si con todo eso no encuentra solución, entonces, sería momento de dar a luz una solución.⁴⁵⁰

Al hablar de derecho constitucionalmente configurado, se trata de una garantía genérica que acoge otras más que se gestan, nacen y desarrollan al interior del procedimiento previsto para cada proceso jurisdiccional, ya sea civil y mercantil, laboral u otro.⁴⁵¹

a los métodos de interpretación, pero para ello se debe dominar la interpretación legislativa, la interpretación judicial y la interpretación de los expositores del derecho.

⁴⁴⁷ Francisco Javier Vicente Ávila. Op. Cit. 26-28.

⁴⁴⁸ Mauricio Alfredo Clará Recinos, "La integración del Derecho" (tesis de Doctorado, Universidad de El Salvador, 1970). 83.

⁴⁴⁹ J. Ignacio Nuñez Leiva. Op. Cit. 524.

⁴⁵⁰ Saul Ernesto Morales, Op. Cit.

⁴⁵¹ Manuel Bellido Aspas, Julio Alfredo Rivas Hernández y Guillermo Alexander Parada Gámez, "Módulo III. El derecho procesal laboral salvadoreño y el Nuevo derecho procesal civil y mercantil". Consejo Nacional de la Judicatura, Programa Regional USAID, Fortalecimiento de la Justicia Laboral. El Salvador. 8.
<http://www.jurisprudencia.ues.edu.sv/AntiguoSitio/oajc/documentos/APLICACIONSUPLETORIADELCODIGOPROCESALCIVILY>

En el caso de estudio el Juez Civil y Mercantil a quien se le opone un crédito cuya finalidad es el consumo, y/o sea de aquellos cuyo estudio vimos en el capítulo 2, en el análisis de la existencia de cláusulas abusivas de manera oficiosa o por oposición, debe estudiar el caso, comenzando con la Constitución, que para tal efecto dice:

Art. 101.- El orden económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano.

*El Estado promoverá el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos. Con igual finalidad, fomentará los diversos sectores de la producción **y defenderá el interés de los consumidores.***

En ese sentido debe tenerse en consideración el Derecho a la libre contratación, regulado en el art. 23 Cn, del cual la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de Amparo 38-2009, supone que entre individuos libres e iguales el acuerdo de voluntades es la forma de relación patrimonial, siendo la autonomía de la voluntad la que muestra al contrato como una fuente autónoma y no estatal de producción de obligaciones jurídicas, reconocida por el legislador como apta para producir consecuencias tendientes a la realización de los valores sociales.⁴⁵²

En esa misma Sentencia, se establece que el principio de la libre contratación, tiene limitaciones que se encuentran referidas al contenido de las obligaciones, por lo que la autonomía de la voluntad como centro del contrato no es absoluta, por lo que es necesaria la presencia razonable del Estado, porque son múltiples las áreas donde actualmente sobreabundan situaciones de disparidad y asimetría entre las partes contratantes, razón por la que el Estado coloca determinados marcos a la autonomía de la voluntad en la contratación y no le reconoce más que dentro de ellos.

En la búsqueda de la solución al caso planteado el Juez no debe conformarse con la legislación sustantiva común, ni la procedimental establecida en el CPCM, pues como hemos dejado bien establecido, que éstos mecanismos no proporcionan una solución que satisfaga la problemática de la inserción de cláusulas abusivas en los contratos de créditos de consumo que son oponibles en sede judicial como documento base de la acción ejecutiva, por lo que el juez debe acudir a la Constitución primeramente para poder darle solución, así como al derecho constitucionalmente configurado, es decir Ley de Protección al Consumidor y su Reglamento, a efecto de colmar la laguna de la legislación común respecto de la valoración y efectos de las cláusulas abusivas.

4.6.3.3 Los principios que derivan del Código Procesal Civil y Mercantil.

Sobre los Principios Generales del Derecho, se destaca su origen en Roma, siendo su idea central desprendida del título primero del Digesto, donde prevé que ante la ausencia de ley que

[MERCANTI%20ENEL%20PROCESOLABORAL.pdf](#) El constituyente ha previsto que el proceso no puede ser irreflexivamente sustanciado por el juez, sino que debe ceñirse a los causas constitucionales que garanticen un debate y respeto a las mínimas garantías constitucionales otorgada a las partes.

⁴⁵² Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 38-2009*. Op Cit.

regule un caso en concreto, se podría resolver mediante la naturaliiusticia. Luego en la Francia de Napoleón, los Principios Generales del Derecho vuelven a tener importancia, ya que se les reconoció utilidad como complemento de la ley, dotando a los jueces de otro mecanismo que supliera la ley ante un caso planteado y no regulado.⁴⁵³

Los Principios Generales del Derecho expresan la dirección general, así como los rasgos más característicos y esenciales de la regulación jurídica contenida en dicho ordenamiento, en palabras de BULTÉ, son: “*Son aquellas apoyaduras esenciales de un sistema jurídico determinado, los cuales son cambiantes, pues están en constante desarrollo y dependen de las condiciones históricas del territorio donde se desenvuelvan*”.⁴⁵⁴

Cuando es improcedente la aplicación de la analogía, cabe la posibilidad de recurrir a los principios generales del derecho, éstos tienen dos tendencias antitéticas: a) la interpretación positivista: niega el carácter ideal y a priori de estos principios, pero les concede o reconoce un valor relativo, y que deben buscarse en el ordenamiento jurídico positivo; y b) la interpretación jusnaturalista: la que afirma que los principios generales del derecho son principios ideales, captables por el pensamiento, a priori, de validez absoluta que sirven al mismo tiempo y en cualquier lugar a la estructuración del derecho justo.⁴⁵⁵

El art. 24 C.C., que dice: “*En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural*”, junto al art., 19 CPCM, son las disposiciones legales que autorizan al juzgador a investigar la existencia de los principios del derecho para colmar las lagunas de la ley.

Sobre el art. 24 C.C. CLARÁ RECINOS dice: Esta regla está contenida en el Capítulo Preliminar de la legislación civil, pero todos están de acuerdo en que dichas reglas se aplican a la totalidad de la legislación secundaria. El quid de la cuestión está aquí en qué debemos entender por “espíritu general de la legislación”. En nuestro sentir, aquí se está refiriendo expresamente a los principios generales del derecho, pues éstos no son otra cosa que las ideas generales que informan la legislación. Por otra parte, el espíritu general de la legislación solo puede determinarse a posteriori, después de estudiarlo todo, ya en forma fraccionada por instituciones, ya en forma sistemática al relacionarla.⁴⁵⁶

ÁVILA, señala que el juez puede utilizar cuantos principios considere necesarios para dar solución a un caso no regulado en las normas, con el fin de obtener una respuesta lo más justa dentro de la interpretación de los mismos, y que su actuar no caiga en arbitrariedad, y de existir contradicción entre los principios aplicados, el juez debe realizar un juicio minucioso y valorativo, a fin de garantizar la seguridad jurídica y la legalidad de su actuar, exponiendo el por qué de su

⁴⁵³ Francisco Javier Vicente Ávila. Op. Cit. El Código de Napoleón, tomo en cuenta las máximas del derecho natural, la equidad natural, la ciencia, el Derecho Romano, el Derecho común y las antiguas costumbres, y los Principios Generales del Derecho para ayudar al juez a resolver las cuestiones no regladas por la ley.

⁴⁵⁴ Julio Fernández Bulté, *Teoría del Estado y del Derecho*. Op. Cit. 234.

⁴⁵⁵ Mauricio Alfredo Clará Recinos, “Op. Cit. 101-102. Este autor se apoya en la concepción de la Escuela Positivista, ya que expresa que los principios deben estar contenidos explícita o implícitamente en todo el ordenamiento jurídico, es por ello que critica la concepción de la Escuela del Derecho Natural, por que dichos principios no pueden descubrirse a priori, sino a posteriori. Afirma también que la legislación salvadoreña acorde al principio de la plenitud del orden jurídico, adopta el criterio de esta Escuela de pensamiento.

⁴⁵⁶ Mauricio Alfredo Clará Recinos, Op. Cit. 104.

elección por tal principio para aplicarlo al caso planteado y por qué no eligió el otro, dejando con claridad la explicación de la imposibilidad para su aplicación.⁴⁵⁷

Para MORALES, es preciso saber que al hablar de principios del derecho que derivan del CPCM entendemos que son conocimientos filosóficos de carácter universal que le sirven al individuo para interpretar los derechos y garantías; a los derechos se refieren a la parte más íntima del ser humano, y son los derechos constitucionales establecidos en los arts. 11 Cn. y 40 C.C.; y las garantías fundamentales son esa parte procesal constitucional que le permite optimizar sus derechos fundamentales.⁴⁵⁸

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en las Sentencias de Amparo Referencias 138-2015 y 139-2015, ha considerado:

A. El art. 2 Cn, establece una serie de derechos considerados fundamentales para la propia existencia de la persona humana e inmanente a su esfera jurídica, pero para que esos derechos no constituyan simples declaraciones abstractas es imperioso el reconocimiento a nivel supremo, de un derecho que posibilite su realización pronta y efectiva; siendo así que el inc. 1° de este artículo se encuentra comprendido el derecho a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional, tratándose en este caso del derecho a la tutela en la conservación y defensa del resto de derechos fundamentales.⁴⁵⁹ En ese orden, el derecho a la protección jurisdiccional conlleva, entre otras cosas, la posibilidad de que el supuesto titular de un derecho o de un interés legítimo pueda acceder al órgano jurisdiccional a plantear sus pretensiones –en todos los grados y niveles procesales- a oponerse a las ya incoadas por otras personas, a ejercer todos los actos procesales en defensa de su posición y, finalmente, a que el proceso se tramite y decida de conformidad a la Constitución y a las leyes correspondientes obteniendo una respuesta fundada en el Derecho.

B. Cabe acotar que los precitados alcances del derecho a la protección jurisdiccional también son predicables, con todas sus implicaciones, del derecho a la protección no jurisdiccional, puesto que tanto los jueces y magistrados, al ejercer la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que les encomienda el art. 172 de la Cn., como las autoridades no jurisdiccionales, al resolver los casos concretos que son sometidos a su conocimiento mediante la aplicación del Derecho, tienen el deber de motivar sus decisiones y resolver de manera congruente a lo pedido por las partes dentro de un determinado proceso o procedimiento, según sea el caso.

C. Una de las derivaciones del derecho a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional es el derecho a obtener una resolución debidamente motivada... se ha sostenido... que el derecho a la motivación no es un mero formalismo procesal o procedimental, sino que se apoya en el derecho a la protección jurisdiccional, pues con él se concede la oportunidad a las personas de conocer los razonamientos necesarios que lleven a las autoridades a decidir sobre una situación jurídica concreta que les concierne.

Una de las garantías a reconocer para efecto de la presente investigación, es la del juez natural y los tribunales preconstituidos, tal como lo señala el art. 15 Cn., señala “*Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley*”; siendo importante el tema de la legitimidad del ente juzgador desde la perspectiva de su constitución, en razón de la materia, ya que es

⁴⁵⁷ Francisco Javier Vicente Ávila. Op. Cit. 30. La contradicción entre principios a la hora de ofrecer una solución a un caso de lagunas, se le conoce como tensiones, pero esta situación no descarta la eficacia de uno de ninguno de esos principios.

⁴⁵⁸ Saúl Ernesto Morales, Op. Cit.

⁴⁵⁹ Sala de lo Constitucional, *Sentencias de Amparos, Referencias: 138-2015 y 139-2015*. (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017). La jurisprudencia utilizada para sustentar estas sentencias es la pronunciada en el proceso de amparo 308-2008 de fecha 30/04/2010.

constitucionalmente necesario que el que proceda al juzgamiento en este ámbito sea un juez especializado, y con la competencia territorial según las reglas de la competencia.⁴⁶⁰

Las implicaciones de la dimensión positiva de la garantía de juez natural según la Sala de lo Constitucional son: a) la creación previa del órgano jurisdiccional mediante una norma con rango de ley; b) una determinación legal de competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o del proceso judicial; c) necesidad que ese órgano se rijan por un régimen orgánico y procesal común, que impida calificarle como órgano especial o excepcional; y la dimensión negativa implica la no existencia de tribunales especiales –ad hoc- o de creación posterior al hecho que suscita su conocimiento –*ex post facto*-.⁴⁶¹

Es de mencionar que en El Salvador no existen Juzgados especializados en Derecho de Consumo, sin embargo la competencia en razón de la materia de los procesos que tienen como documento base de la acción títulos en los que emanen una obligación de pago exigible, líquida o liquidable, o a deudas genéricas u obligaciones de hacer, se seguirá el proceso ejecutivo en los Juzgados con competencia en materia Civil y Mercantil, art., 458 CPCM.

En ocasión del derecho a la protección jurisdiccional, como el derecho de acceder al órgano jurisdiccional a oponerse a las pretensiones ya planteadas, es oportuno recordar lo establecido en la Sentencia de Amparo: Referencia 537-2015, en la que la Sala de lo Constitucional, respecto a que el art. 464 CPCM, habilita al demandado (consumidor, adherente en el contrato de crédito de consumo) para que alegue como motivo de oposición la incorporación de cláusulas abusivas en la etapa cognoscitiva ante juez civil y mercantil, ya que la mencionada disposición dice textualmente: “... Sin perjuicio de lo establecido en otras leyes serán admisibles en el proceso ejecutivo los siguientes motivos de oposición...”.⁴⁶²

En atención a estas tres sentencias, podemos con acierto expresar que el Juez con competencia Civil y Mercantil, es el que debe decidir la causa en la que se le presenten documentos base de la acción de contratos de crédito, en cualquiera de sus variantes utilizadas para financiar consumo, como se explicó en el capítulo 2 y 3 de esta investigación, las cuales deberían de cumplir con el control preventivo a su formalización, con el depósito y aprobación de los formularios a la que se refiere el art. 22 LPC, pero como se ha dejado expuesto y acreditado en el capítulo 3 de esta investigación, dicho control es deficiente, en lo referente a las funciones del Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo (INSAFOCOOP) y la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles.⁴⁶³

Otro principio que vale la pena destacar en el presente estudio es el de Obligación de resolver, contenido en el inc. 1° del art. 15 CPCM, que dice: “*El juez no podrá, bajo ningún pretexto, dejar de resolver, ni aplazar, dilatar o negar la decisión de las cuestiones debatidas en el proceso*”.

⁴⁶⁰ Manuel Bellido Aspas, Julio Alfredo Rivas Hernández y Guillermo Alexander Parada Gámez, Op. Cit. 15

⁴⁶¹ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 1-2014* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015).

⁴⁶² Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Amparo, Referencia: 537-2015*. Op. Cit.

⁴⁶³ Ver anexos 4 y 6.

En ese sentido los jueces tienen el mayor protagonismo en la aplicación práctica del Derecho, y al quedar desprovistos de una norma legal para ser aplicada a una situación que merece tutela jurídica, están obligados de actuar en virtud del principio de *non liquet*, según este principio, el juez tiene la obligación de emitir un fallo ante cualquier caso o situación que se le presente aunque no aparezca regulado en la ley, siendo la integración la herramienta fundamental por utilizar ante la presencia de lagunas, y así evitar que estos vacíos o normas oscuras lesionen derechos de las partes.⁴⁶⁴

En definitiva y habiendo de tomar en cuenta lo ya planteado por este parámetro de integración normativa, y como lo expresara CLARÁ RECINOS, la forma en que el juez debe hacer uso de éste método es, en atención al “espíritu” o sentido del ordenamiento jurídico, conforme a este criterio, el intérprete ha de tomar en cuenta al investigar la existencia de un principio general, la ley que regula específicamente la cuestión que se le plantea, y debe coordinarla con el total de la legislación que la contiene, y luego, algo más difícil aún, debe tratar de coordinarla con la totalidad del derecho, tomando en cuenta los principios constitucionales. En ocasiones, para determinar la idea que prevalece tiene que tomar en cuenta cuestiones de carácter filosófico y político.⁴⁶⁵

Por ejemplo, en nuestra legislación, en la órbita del Derecho Civil, específicamente de las obligaciones contractuales, prevalece el principio general de la autonomía de la voluntad, que sustenta que prevalece la voluntad de las partes y que las cláusulas de los contratos deben interpretarse conforme a este principio, o mejor dicho al espíritu de los contratantes, mismo que hemos estudiado en el capítulo 1 de esta investigación, y que como se mencionó se encuentra en crisis o se ha relativizado.

Al tratarse de un contrato de adhesión, que es el caso planteado en la presente investigación, el Juez no debe tomar en cuenta el principio de autonomía de la voluntad o la regla de interpretación contenida en el art., 1431 C.C., para la interpretación del contrato, pues de tratarse de una oposición por la inserción de cláusulas abusivas, ha de tener presente las reglas de Interpretación de los contratos de consumo y en especial los de adhesión, como se vio en el capítulo 2 de esta investigación, es decir, la Interpretación típica, la interpretación a *favor debitoris* – *favor debilis*, la interpretación contra *proferentem* o contra *stipulatorem*, la prevalencia de cláusulas o el Principio de Conservación del contrato, según sea el caso, integrando también la doctrina de los expositores del derecho.

4.6.3.4 A la doctrina legal

Siendo ésta la que dicta el tribunal de casación, en este caso la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, surgida de la aplicación o interpretación de las leyes y que esté contenida en tres o más sentencias constantes, uniformes y no interrumpidas por otra doctrina legal, art. 522 inc. 3° CPCM. En este caso se genera una reforma, derogatoria y legislación en sentido negativo frente a las funciones del Órgano Legislativo.⁴⁶⁶

⁴⁶⁴ Grisel Galiano-Maritan y Deyli González- Milián, Op. Cit. 436. En ese sentido los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley, debiendo entonces recurrir a los principios generales del Derecho. Así mismo véase Francisco Javier Vicente Ávila, Op. Cit. 22. Se encuentran frente a una situación en la que no tienen precepto legal para poder aplicar, pero aun así el sistema jurídico les obliga a dar una solución fundada en derecho a la cuestión planteada, en aplicación al principio *non liquet*.

⁴⁶⁵ Mauricio Alfredo Clará Recinos. Op. Cit. 102.

⁴⁶⁶ Saul Ernesto Morales, “Integración de las normas procesales”, Op. Cit.

La doctrina legal debe considerarse como una especial regla de interpretación judicial, y se le ha atribuido el carácter de fuente de derecho, por responder a su esencia, naturaleza y finalidad de ser guía para la interpretación y aplicación del derecho, tiene la virtud de generar un nuevo derecho, completamente distinto del contenido en la ley.⁴⁶⁷

Tal como lo regula el art., 522 inc. 2° CPCM, “... *Hay infracción de doctrina legal cuando se hubiere violado la jurisprudencia establecida por el tribunal de casación, surgida de la aplicación e interpretación de las leyes y que esté contenida en tres o más sentencias constantes, uniformes y no interrumpidas por otra doctrina legal*”.

El Código Procesal Civil y Mercantil, señala que la doctrina legal es el instrumento al que el Juez debe acudir para llenar vacíos legales, por lo que es una fuente supletoria del orden jurídico escrito, y la Sala de lo Constitucional, cuando aplica una serie de principios constitucionales, se ha encargado de establecer el papel supletorio de la jurisprudencia ante las inconsistencias legislativas, dejando claro, su obligatoriedad jurídica y en consecuencia su valor de fuente.⁴⁶⁸

En ese sentido la Sala de lo Constitucional, ha expresado que: *Ante la omisión o mora legislativa que armonice las instituciones del proceso penal, son los Jueces, en tanto Jueces no de la Ley sino de la Constitución como los instruye el Art. 185 Cn. son quienes deben llevar a cabo tal armonía; y especialmente a esta Sala, cuya Jurisprudencia, en base a la Doctrina del precedente o principio del “stare decisis” y al principio de igualdad, es vinculante para todos los operadores del derecho.*⁴⁶⁹

En este caso aplicaría también la jurisprudencia, la cual es la que producen todos los jueces de la República, pero que ésta no es vinculante para otros casos o sentencias, sin embargo no solo en el Common Law el juez crea Derecho, sino que en los sistemas de Derecho escrito, el uso del precedente jurisprudencial se ha vuelto un recurso habitual utilizado por los jueces en la interpretación del Derecho y la justificación de las resoluciones.⁴⁷⁰

REVELO VAQUERO, advierte que la función de la jurisprudencia en nuestro país, ha ejercido una función orientadora, que por su índole o naturaleza, le corresponde. A pesar de los valladares legales, la jurisprudencia constituye un hecho o acontecimiento que no puede pasar desapercibido dentro del sistema jurídico, quizás por la fuerza de la realidad, el legislador no puede evadir su enfrentamiento.⁴⁷¹

4.6.3.4.1 La jurisprudencia

La jurisprudencia es la que producen todos los jueces de la República con las sentencias, pero no es vinculante, y es que se le reconoce a los jueces una facultad creadora de Derecho, sin

⁴⁶⁷ Mauricio Alfredo Clará Recinos. Op. Cit. 81.

⁴⁶⁸ Enrique Mena Guerra, *Valor y función de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo, Especial Referencia al Regimen Jurídico Salvadoreño*. (San Salvador: Agencia para el Desarrollo Internacional –USAID, 2011), 59.

⁴⁶⁹ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Habeas Corpus, Referencia: 1-B-95* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1996).

⁴⁷⁰ Enrique Mena Guerra, *Valor y función de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo, Especial Referencia al Regimen Jurídico Salvadoreño*. Op. Cit. 57.

⁴⁷¹ Rodolfo Antonio Revelo Vaquero, “Aspectos de la Jurisprudencia y Doctrina Legal en El Salvador” (tesis de Doctorado, Universidad de El Salvador, 1977). 32.

embargo del texto del art. 421 Pr.C., y del art. 19 CPCM, se le faculta para basar su sentencia en la ley, en cuestiones análogas, en los principios del derecho procesal, en el buen sentido y la razón natural, entre otras, y por qué no, también en algún precedente o por qué no en la jurisprudencia.⁴⁷²

En ese sentido, las sentencias emitidas en los amparos *Referencias: 537-2015 y 161-2016*, nos provocan una orientación para el Juez respecto de la integración para colmar las lagunas del CPCM, en cuanto a la forma de valoración, interpretación y efectos de las cláusulas abusivas, y que en la última sentencia que se cita, también se dispone que la jurisprudencia en uno de los parámetros de integración a los que se puede recurrir.

REVELO VAQUERO, analiza la importancia de la jurisprudencia y su injerencia en las sentencias: La jurisprudencia no constituye fuente del Derecho... Con todo existe una fuerza poderosa que en la naturaleza humana es imposible evitar, me refiero a la “imitación”; y a nadie escapará, que dicho elemento no es absolutamente extraño en las actuaciones judiciales, a pesar de la originalidad que cada juez trata de imprimir a su trabajo de juzgar. Acaso no es cierto, que, frente a situaciones extraordinarias que no se dan comúnmente, el juez, antes de fallar, empieza por indagar si ha habido o no algún precedente? es decir, acaso no investiga si hay o no jurisprudencia al respecto, no sólo atendiendo a motivaciones de certeza o seguridad en su decisión, sino, a algo más íntimo pero no menos objetivo?. No se trata de una simple imitación, sino de la fuerza normativa del precedente que se investiga como respaldo o asidero de un criterio más justo y exacto sobre la cuestión planteada.⁴⁷³

Para MONTECINO GIRALT, la jurisprudencia emanada del proceso de amparo constitucional, tiene dos ámbitos: el subjetivo, que resguarda los presuntos derechos vulnerados, es decir, a través de la justicia inmediata que se realiza en el proceso judicial de tutela constitucional; y la vertiente objetiva, que va más allá del litigio planteado realizando una interpretación constitucional, que orienta a toda la generalidad y especialmente a los operadores del derecho, judiciales y administrativos, donde las interpretaciones realizadas en el debate trascienden como pautas de regulación o comportamiento en cuanto al deber ser constitucional.⁴⁷⁴

Las Sentencias dictadas por el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor reflejan la evolución que el Derecho de Consumo ha tenido en nuestro país, así como las relaciones y matizaciones que tiene éste con otras disciplinas jurídicas tales como el derecho civil, penal, mercantil, constitucional o administrativo, y siendo que la escasa litigiosidad en el ámbito judicial porque las reclamaciones de esta materia tienen poco valor económico o por no existir los causes procesales adecuados para hacerlo, ha colaborado a que las interpretaciones sobre derecho de consumo que hace dicho Tribunal sean tenidos como los criterios de referencia de las relaciones de consumo.⁴⁷⁵

Los fundamentos y fallos de la jurisprudencia del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, contribuyen a la seguridad jurídica al hacer más previsibles las actuaciones de los órganos de la Defensoría del Consumidor, mismo que en muchos casos han sido confirmados por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, por lo que se vuelve

⁴⁷² Ibid. 29-30.

⁴⁷³ Ibid. 29. Así mismo ver Enrique Mena Guerra, *Valor y función de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo, Especial Referencia al Regimen Jurídico Salvadoreño*. Op. Cit. 86. En el que afirma que la jurisprudencia constituye un modelo de inspiración para otros jueces, para las autoridades administrativas, para los legisladores y para los integrantes del grupo social, llevándolos a actuar de una manera semejante en el futuro.

⁴⁷⁴ Manuel Arturo Montecino Giralt, *El amparo en El Salvador* (San Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2005), 56.

⁴⁷⁵ Armando Enrique Mena Castro, ed. *Criterios Jurisprudenciales del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor*. Op. Cit. 11-12.

un criterio firme y que ha ampliado el catálogo del art. 17 LPC, respecto de cláusulas abusivas. Siendo entonces estas sentencias un oportuno material que el juez puede heterointegrar para valorar si las cláusulas que contienen los contratos de créditos de consumo tienen carácter abusivo o no.

4.6.3.5 La doctrina de los expositores del derecho

La doctrina en materia jurídica, trata de la exposición científica o racional de los diferentes aspectos del derecho que elaboran los juristas o expositores del Derecho, en otras palabras la doctrina es la ciencia del Derecho, que expone las diferentes opiniones hechas por los investigadores, lo que engrandece al Derecho como elemento racional de convivencia humana⁴⁷⁶, o como diría PARADA GÁMEZ, *es la que se produce día a día, y que es editada a partir de las corrientes científicas del pensamiento jurídico.*⁴⁷⁷

La doctrina constituye un elemento de información para el investigador, ya sea legislador, Juez o abogado, ejerciendo una función de promover, impulsar y desarrollar las concepciones legales del Derecho, inspirándolo para evolucionar; o como lo es en el caso de estudio, la doctrina es una fuente que orienta la aplicación de las leyes, cuando éstas, aparentemente no regulan determinadas situaciones, se vuelve una fuente supletoria del Derecho, cuando el legislador ordena al juzgador fundamentar la sentencia en doctrina de los expositores del Derecho a falta de leyes vigentes, tal como lo regulaba el ya derogado art. 421 Pr.C.⁴⁷⁸

En palabras de CLARÁ RECINOS, la doctrina se integra por los trabajos científicos desarrollados por los juristas, la ciencia del derecho puede en la mayoría de los casos constituirse en elemento crítico y revolucionario para la transformación del derecho, pudiendo constituirse en elemento estabilizador. El criterio que adopta el legislador de ordenar la consulta de la doctrina no es nuevo, y cuando ésta remisión es inequívoca, el juzgador ante una laguna de la ley tiene que inspirarse en la opinión de los tratadistas que de la manera más acorde y justa se pronuncien, debiéndose consultar en todos los casos de vacío o defecto en la legislación, por lo que el sentido común y el sano juicio guiarán al juzgador en la selección de las obras de consulta.⁴⁷⁹

Se trata de la heterointegración normativa, regulada desde el Código de Procedimientos Civiles, derogado pero vigente para los casos que hasta la fecha se encuentran en depuración, y de la que la Sala de lo Constitucional observó en la Sentencia de Amparo, Referencia: 161-2016, antes citada, que la Sala de lo Civil había aplicado en la sentencia de Casación recurrida, y para los casos que hoy en día se susciten dicha método de integración se encuentra regulado en el art. 19 CPCM.

⁴⁷⁶ Rodolfo Antonio Revelo Vaquero, Op. Cit. 19.

⁴⁷⁷ Guillermo Alexander Parada Gámez, *Lecciones procesales. Una revista al Código Procesal Civil y Mercantil.* Op. Cit. 46.

⁴⁷⁸ Rodolfo Antonio Revelo Vaquero. Op. Cit. 19-20.

⁴⁷⁹ Mauricio Alfredo Clará Recinos, Op. Cit. 105. La obra científica del derecho tiene cierta relación con el derecho vigente. Se dice que desde el Derecho Romano decadente, la doctrina tuvo tanto valor como el de la ley, y es que el Pretor Romano era en cierta medida una especie de legislador, pero debido a la crisis que experimentaba el imperio, el espíritu creador se vio opacado, haciéndose necesario perseverar en aquel Derecho que ahora se nos muestra como obra casi perfecta.

Por lo que cabe mencionar que en la presente investigación se han dotado de un buen número de obras realizadas por juristas especializados en derecho de consumo y su influencia en el derecho privado, en especial en el ámbito contractual por adhesión, a efecto de que el juzgador utilizando el sentido común y el sano juicio pueda ser guiado para la selección de las obras a consultar y utilizar para la fundamentación de su sentencia, en el caso de resolver sobre la oposición por motivo de la incorporación de cláusulas abusivas en los documento base de la acción.

4.6.3.6 Consideraciones de buen sentido y razón natural, debiendo atender a las circunstancias del caso.

En última instancia y a falta de las anteriores, se faculta al Juez a acudir a consideraciones de buen sentido y razón natural, atendidas las circunstancias del caso, considerando así que es tan crítico el asunto y necesario que el juez resuelva el litigio, a cualquier costa, que se abre abismalmente el sistema de fuentes al uso directo del buen juicio.⁴⁸⁰

Buen sentido y la razón natural, son términos sinónimos que hacen alusión al uso de la lógica y la experiencia, es decir, el sentido común que se presupone y exige a todo juez; siendo un parámetro de orientación, solo debe acudirse cuando exista un caso extremo de que no es posible llegar a la solución del problema utilizando la analogía, la normativa constitucional, los principios del CPCM, y la doctrina legal, de lo contrario traería consigo la desjuridificación de los procesos.⁴⁸¹

Para REVELO VAQUERO, buen sentido y la razón natural indica que hace referencia al Derecho Natural, el mismo que para algunos es inexistente y otros le consideran inalcanzable por tratarse de un esfuerzo de la razón; representa el punto de vista que de la justicia debe tener el Juez, el jurista y el abogado, siendo la justicia el punto de partida, pues constituye un valor, cuya consistencia pertenece a una esfera idealista, que solo cabe en la inteligencia de los sujetos mencionados, aprehensible por medio de una intuición estrictamente emocional.⁴⁸²

Se trata en este caso del poder creativo del juez y por consiguiente el método de heterointegración más importante, algunos le llaman *derecho judicial*. Usado con mayor recurrencia por parte de los ordenamientos jurídicos anglosajones, y con menor uso por parte de los sistemas jurídicos continentales, pues para hacer uso de este modelo de integración debe estar expresamente señalado en la ley, permitiéndole al intérprete fallar, mediando la equidad.⁴⁸³

A consideración de CLARÁ RECINOS, es cuestión un tanto más debatida y problemática para el juzgador el aplicar principios de derecho natural, ya que este derecho se integra por principios de validez universal, intrínsecamente justos, el art. 24 C.C. hace referencia implícita a la equidad como norma de interpretación. Equidad viene del latín “aequitas-atis” que significa: proporción igual o igualdad, introducida como un correctivo de la justicia legal, en ese sentido la

⁴⁸⁰ Guillermo Alexander Parada Gámez, Op. Cit. 46.

⁴⁸¹ Juan Carlos Cabañas García, *Código Procesal Civil y Mercantil Comentado*, (San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2010), 22.

⁴⁸² Rodolfo Antonio Revelo Vaquero, “Aspectos de la Jurisprudencia y Doctrina Legal en El Salvador” (tesis de Doctorado, Universidad de El Salvador, 1977). 18-19.

⁴⁸³ Francisco Javier Vicente Ávila, Op. Cit. 34.

equidad interviene para enmendar el rigorismo de la ley, por lo que se dice que: la equidad es la justicia del caso concreto, en oposición a la justicia legal, abstracta y genérica de la ley.⁴⁸⁴

La equidad sería entonces una especie de la justicia en sentido amplio, y por consiguiente equidad natural sería entendida como la justicia natural, es decir, el Derecho Natural, autorizando el art. 24 C.C., al estudio de los principios del Derecho Natural para ser empleados como reglas de interpretación, tanto el art., 421 Pr.C., y el art., 19 CPCM, también facultan al Juez a recurrir en última instancia a la razón natural.

La frase “razón natural” en palabras de CLARÁ RECINOS, no se refiere al Derecho Natural, pero sí a algo que lo comprende como es: el sentido común del juzgador, que no puede ser otro que el sentido de la justicia, con las limitaciones de la razón humana. De esta suerte, la expresión comprende en amplio margen los principios generales del derecho y el criterio equitativo del juzgador. Es aquí donde la intuición emocional de la justicia ha de aflorar con ímpetu mesurado, para que el derecho confirme su plenitud por la naturaleza de las cosas.⁴⁸⁵

En este sentido, y como última instancia, pudiera operar la aplicación de una laguna axiológica, es decir, una laguna creada, con el fin de aplicar un derecho más justo o que responda a las necesidades de protección de la parte más débil en la contratación, y que se ha adherido a un contrato de crédito de consumo, con el fin de satisfacer sus necesidades, sin considerar que alguna cláusula sea abusiva.

⁴⁸⁴ Mauricio Alfredo Clará Recinos, Op. Cit. 106.

⁴⁸⁵ Mauricio Alfredo Clará Recinos, Op. Cit. 107. En este sentido dicho autor no concuerda que lo establecido en el art. 421 Pr.C., se refiera al Derecho Natural porque restringe demasiado el alcance de las expresiones.

CONCLUSIONES

La libertad contractual considerada la palanca suprema de la vida social hizo de la autonomía de la voluntad un dogma científico, teniendo como pilar en la contratación el principio de la fuerza obligatoria del contrato; hoy en día la igualdad y la libertad del consentimiento subsisten en el plano jurídico, pero han tendido a desaparecer en lo económico, pues el derecho se ha comercializado, la autonomía de la voluntad se mantiene como un dogma, pero ya no como una expresión de la libertad del individuo.

A la autonomía de la voluntad le son impuestos límites, los cuales se encuentran referidos con mayor medida al contenido de las obligaciones contractuales, que a la tipología o forma del contrato; y es que la libertad contractual no es un derecho absoluto, sino que es relativo, en cuanto a los actos de libertad o determinación de la propia conducta del sujeto, debiendo estar ordenada al bien común, la justicia, la libertad e igualdad, en ese sentido, los límites extrínsecos, y que la doctrina ha identificado como tales están la Ley, las buenas costumbres y el orden público.

En la actualidad los límites impuestos a la autonomía de la voluntad han sido catalogados como el punto detonante para su decadencia, misma que afecta en la formación y los efectos del contrato, teniendo repercusiones en la seguridad jurídica que otorga el contrato a las partes; por otra parte la contratación negociada ha sido sustituida en gran parte por los contratos de adhesión, en los que únicamente se da un acto de sometimiento a una disciplina predispuesta fuera de la voluntad de las partes, la contratación tradicional es realizada de forma excepcional, dejando entre dicho la vigencia de los principios generales de la teoría tradicional de los contratos: el *Pacta Sunt Servanda*, la autonomía de la voluntad y la justicia contractual, y generando una nueva problemática de la creación de nuevos principios contractuales y nuevas figuras normativas.

Esta autonomía de la voluntad considerada pilar básico de la teoría contractual, cede ante los casos en que el legislador no puede estar ajeno a la realidad de la existencia de débiles jurídicos que merecen protección, es por ello que ante la existencia de cláusulas abusivas, se evidenciara las limitaciones a la autonomía de la voluntad privada, ya que su fundamento no solo sería el de la protección a la parte débil de la contratación, sino también a la excesiva desproporción entre las contraprestaciones favorables para el proponente, abriéndose a una renovada visión judicial que no solo controla la justicia formal del acuerdo, sino también la justicia material o sustantiva.

Es el Órgano Judicial el competente para interpretar y aplicar al caso concreto las previsiones contractuales, pero no las controla a priori, por ser una función que le corresponde a la Defensoría del Consumidor y a las instituciones fiscalizadoras y de vigilancia de los proveedores de servicios financieros, que se encuentran expresamente determinadas por el art. 22 LPC, tales como la Superintendencia del Sistema Financiero (SSF), el Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo (INSAFOCOOP) y la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles (SOM).

Sin embargo, de conformidad al art. 172 Cn., ordena que: *“Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley”*; es por ello que en el proceso ejecutivo, es facultad y competencia de los Jueces Civiles y Mercantiles, conocer de los títulos en los que emane una obligación de pago exigible,

líquida o liquidable, con vista del documento, tal como lo regula el art., 458 CPCM, entre los cuales se encuentran títulos que amparan créditos de consumo.

La contratación de consumo, que en su mayoría utilizan los contratos de adhesión como medio establecido por los empresarios y operadores de servicios financieros para agilizar los trámites de operatividad, reducción de costos e imposición de términos contractuales, siendo un escenario propicio para la incorporación de cláusulas abusivas, por lo que las reglas de interpretación de los contratos reguladas en el Código Civil y Código de Comercio, no responden o son insuficientes y vetustas ante las modernas facetas de la vida, pues dichas disposiciones correspondía a la contratación que tenía como resultado la libre voluntad de las partes.

Las características de los contratos de adhesión hacen que sean un campo fértil y para la incorporación de las cláusulas abusivas, las cuales son un atentado contra el principio de la buena fe e implican una desproporción o desequilibrio entre las obligaciones y beneficios que adquieren las partes, y en especial respecto del consumidor ubicándolo en una situación de desventaja, desigualdad en la contratación o anulación de sus derechos, de igual modo nuestra legislación de Consumo, es limitativa a que las cláusulas abusivas solo pueden controlarse si están contenidas en contratos o formularios de contratos de adhesión.

En mi particular opinión comparto lo regulado por la Directiva 93/13/CEE, en su art. 3.3, que prevé que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión, y es que esa es la tendencia en la contratación, en la cual solo las estipulaciones de precios y garantías son las únicas negociadas, pero el contenido general se encuentra predispuesto.

Esta práctica se da con mucha frecuencia en los contratos celebrados por la Cajas de Créditos y Asociaciones Cooperativas, Bancos, financieras, en los que son ciertas y bien determinadas las cláusulas que son negociadas por las partes, tales como: capital y garantía; pero las demás cláusulas como intereses, penalizaciones, formas de terminación del contrato, sometimiento a jurisdicción territorial, entre otras, son predispuestas, pese a que no utilicen un formulario, sino que se formalice en una escritura Pública o Instrumento Privado Autenticado por Notario, contratación que aparenta ser paritaria o discutida, sin embargo son meros contratos de adhesión, y que también amerita sean controlados.

Otras legislaciones establecen clasificaciones de las cláusulas abusivas contenidas en los contratos, por su parte el art. 17 LPC provee de una lista, no exhaustiva, no establece un catálogo cerrado de las mismas, sino que de manera general, establece que podrán catalogarse como abusivas las condiciones, requisitos o consecuencias que el proveedor pueda establecer en un contrato que coloquen al consumidor en una situación de desventaja, desigualdad o anule sus derechos, y a ese listado se le ha denominado lista negra de cláusulas abusivas.

En las facultades que el Estado ha desarrollado para proteger a los consumidores de los abusos en este tipo de cláusulas se han establecido limitantes para resguardar la buena fe, por estar elevados a rango constitucional los derechos del consumidor, tal como lo regula el art. 101 Cn, así también las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, establecen el

deber de los Estados de promover el desarrollo económico y social justo y equitativo, materializándose en la promulgación de la Ley de Protección al Consumidor, tratando de procurar el equilibrio, certeza y seguridad jurídica en sus relaciones con los proveedores.

El control preventivo de cláusulas abusivas en la contratación de consumo, es realizado por la administración pública, entre los que se encuentran la Defensoría del Consumidor, Superintendencia del Sistema Financiero (SSF), el Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo (INSAFOCOOP) y la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles (SOM), quienes de conformidad al art. 22 LPC, se les faculta la revisión, aprobación u observación de los formularios de contratos de adhesión que son depositados en dichas instituciones, a fin de evitar la incorporación de dichas cláusulas.

Así también la labor realizada por el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, ha proporcionado jurisprudencia en la que desarrolla un poco más el listado de cláusulas abusivas que contiene el art. 17 LPC, las sentencias emitidas por dicho Tribunal adquieren gran importancia en el ámbito contractual, porque constituyen limitantes a la autonomía de la voluntad, al igual que el control preventivo de las cláusulas abusivas realizado por las instituciones a las que se refiere el párrafo anterior.

En el análisis que se hiciera en el capítulo 3 del presente estudio, se destacó que únicamente la Superintendencia del Sistema Financiero es la que se encuentra cumpliendo con el mandato legal de supervisar los formularios de contratos de adhesión, entre los que se encuentran los créditos de consumo, mientras que la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles, con respecto a los contratos de adhesión de adquisición de tarjetas de crédito, son escasos los que han sido depositados, y es casi nula la labor en este sentido por parte del Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo.

La alta presencia de contratos con contenido abusivo sobre los cuales no se ejerce control preventivo de su contenido, así como aquellos que por ley lo deberían de tener pero que por uno u otro motivo no se realiza, confirma que el control del procedimiento de formación del contrato como único mecanismo, además de ser escaso es ineficiente, y pese a que no se abordará el tema de la contratación electrónica, es de más decir que también en dicha órbita de la contratación también existe la posibilidad del uso de cláusulas abusivas.

Ante la falta de control precontractual, es que se vuelve necesario un papel más protagónico por parte de los jueces en materia civil y mercantil, lo cual se sustenta en lo estudiado en el capítulo 4 de esta investigación, en el cual se señaló la autonomía y naturaleza del Derecho de Consumo, el cual está dotado de un carácter multidisciplinario e integrador de contenidos de Derecho Civil y Mercantil que lo hace adquirir un componente de Derecho Privado, y que al tender a proteger a la parte débil de la relación contractual, adquiere un carácter de Derecho Social, lo que ayuda a sustentar la afirmación de la incidencia del Derecho de Consumo en el Derecho Civil y Mercantil y en especial es el tema de contratos.

Así también se destacó que el modelo de vinculación que adopta nuestro país respecto del Derecho de Consumo en el Derecho contractual contenido en los Códigos Civil y de Comercio, es de distinción, por existir regulación de cada materia por separado, y que en ninguna de ellas se

hace mención o referencia de la otra; pero que debe existir a nivel judicial en materia civil y mercantil un control de cláusulas abusivas, motivado en la carencia de control precontractual de los entes administrativos que tendrían que ejercer esta función, y ante contenido de cláusulas abusivas que son evidentes y perjudiciales para los consumidores, quienes en el proceso tienen la calidad de demandados, éstos deberán ejercer una defensa de sus intereses alegando la oposición por inserción de cláusulas abusivas, figura que aunque no esté contenida en el catálogo de casos a que alude el art. 464 CPCM, no por ello es menos aplicable, si se considera lo dispuesto en los arts. 18, 19 y 463 CPCM.

En El Salvador, la intervención oficiosa de los jueces en el examen del contenido contractual, se ha limitado al análisis de la cláusula de prórroga de competencia, con el solo efecto de determinar si el juez ante quien se ha interpuesto una demanda, es competente en razón del territorio para conocer de la demanda, esto para evitar la carga laboral, sin embargo este análisis debería de hacerse con el fin de garantizar al demandado que pueda ejercer sus acciones u oposiciones de la mejor manera; en igual sentido tendría que ser la revisión por parte de los jueces del clausulado del que está compuesto el contrato de crédito presentado como documento base de la acción, desde una lectura de los contratos en masa con los consumidores, debiendo realizar una interpretación integral del ordenamiento jurídico salvadoreño, según las exigencias del caso concreto.

El medio para alegar la incorporación de cláusulas abusivas en el Proceso Ejecutivo, cuyo documento base de la acción sea amparado en un Crédito de Consumo, es por medio de las oposiciones, de conformidad al Art. 464 CPCM, que establece la posibilidad de “**otros motivos de oposición**” esto fundado en lo expuesto en la Sentencia de Amparo: Referencia 537-2015, en ese sentido, la dificultad en la que se encuentran los jueces radica en como fundamentar sus sentencias, ya que en materia de derecho sustantivo Civil o de Comercio, es escasa la regulación sobre cláusulas abusivas, y teniendo nuestro país un modelo de distinción del Derecho de Consumo con el Derecho Civil y Mercantil, es que se debe de recurrir a las técnicas de integración normativa, señaladas en el art. 19 CPCM.

Es por ello que el presente trabajo gira en torno a la heterointegración normativa del Derecho de Consumo y la jurisprudencia especializada del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor en sede judicial ante acciones de reclamo que incluyan la inserción de cláusulas abusivas en los contratos de créditos civiles y mercantiles; y es que a través de los métodos de integración jurídica, se solucionan las circunstancias de vacíos legales, en este caso se proporciona una herramienta interpretativa que facilita al juez la integración de las normas de consumo y la jurisprudencia especializada, para poder así dar respuesta a la oposición planteada incluso por medio de la doctrina de los expositores del derecho, la cual es abundante.

RECOMENDACIONES

Ante la crisis de la autonomía de la voluntad, debe hacerse una relectura de la regulación en materia contractual que se encuentran contenida en los Código Civil y Código de Comercio, pues la creciente problemática del consumidor presiona las normas clásicas, lo que ha permitido la búsqueda de nuevas construcciones jurídicas que respondan a sus necesidades del tráfico jurídico económico y el consumismo que han afectado a la autonomía de la voluntad.

El juez debe estar consciente de esta situación, por lo que el control que se haga de las cláusulas abusivas, es en sí una forma de limitación a la autonomía de la voluntad, siendo su fundamento el de la protección de la parte más débil en la contratación y a la vez la excesiva desproporción entre las contraprestaciones favorable para el predisponente, dando paso a una renovada visión judicial que controla la justicia formal del acuerdo, así como también la justicia material o sustantiva del acuerdo en la etapa de ejecución del contrato.

Se debe por tanto mejorar la labor del juzgador en cuanto a la interpretación de los contratos de adhesión, y en especial aquellos que son considerados como contratos de consumo, pues la naturaleza de los mismo requiere que sean interpretados como tales y no bajo las reglas del Derecho Civil y Mercantil, regulación que no responde a los cambios en la contratación, por lo que el Juez no puede seguir indiferente a la desprotección al consumidor en el ámbito jurisdiccional, debiendo entonces recurrir a la Ley de Protección al Consumidor y a la jurisprudencia especializada del Tribunal Sancionador para poder así ejercer un control represivo de las cláusulas abusivas contenidas en los contratos de créditos de consumo.

El auténtico control judicial represivo de las cláusulas abusivas, deberá ejercerse en la revisión judicial del contenido del contrato, cuando se interpreta y aplica el caso concreto, lo que conllevaría el análisis de su legalidad, utilizando la regla *contra proferentem*, frente al contratante que las impone, que significa que en la duda sobre el significado, la interpretación se hará de modo que no favorezca al que las ha impuesto, así como en las otras reglas y principios de interpretación de los contratos de consumo y en especial los celebrados bajo la modalidad de adhesión.

Es importante analizar que existe una gran cantidad de entidades financieras, sean estas bancarias, comerciales y cooperativas, que en la formalización material del contrato pareciera que es un contrato discutido por ambas partes los cuales son materializados por Escritura Pública o en Documento Privado Autenticados por Notario, firmados por ambas partes, pero que en realidad son contratos de adhesión, porque la mayoría de las cláusulas han sido predispuestas por el acreedor.

En ese sentido, es necesario que ese tipo de contratos puedan ser interpretados según el caso concreto, como contratos de adhesión, pues son limitantes o mejor dicho en ellos no existe la autonomía de la voluntad, por lo que aunque en esos contratos ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión, y así ejercer un verdadero control represivo de las cláusulas abusivas, ya que este tipo de contratos

no han sido controlados en su fase precontractual, por no estar regulados ni vigilados por ninguna institución administrativa.

Los mecanismos establecidos por el Estado para realizar un control preventivo de cláusulas abusivas en los contratos de consumo, son ineficaces y deficientes, en especial el realizado por el Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo y por la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles, dejando desprotegido al sector consumidor en la contratación de créditos ante las cooperativas y en la adquisición de tarjetas de créditos, independientemente el motivo por el cual no se ha realizado dicha fiscalización, lo cierto es que todos estos contratos que no han sido previamente revisados y aprobado su depósito en la institución correspondiente, se encuentran circulando y ante la falta de cumplimiento son presentados como documento base de la acción ejecutiva.

Es por ello y para evitar las consecuencias que generan este tipo de contratos es que se insta a estas dos instituciones, así como a la Defensoría del Consumidor que realicen una auditoria de carteras de créditos, estudios o investigaciones de los contratos realizados por los proveedores de servicios financieros sean estas de las que se encuentran bajo vigilancia del INSAFOCOOP o de la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles, a efecto de verificar si en los créditos otorgados por los mismos se respetan los derechos de los consumidores y lo regulado en el art. 17 LPC, y en el caso de encontrarse insertadas cláusulas abusivas, deberán mandar a corregir lo que vulneraba derechos de los consumidores e iniciarse los procesos sancionatorios en el Tribunal Sancionador.

Se puede observar también que ha disminuido la labor del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, amparándose en el control preventivo de las instituciones fiscalizadoras de los proveedores de servicios financieros, pese al hecho de haber constatado que dos de ellas realizan en esta área un trabajo deficiente. Por lo que se recomienda a dicho Tribunal, verificar si ante las denuncias interpuestas por los consumidores en la contratación con este tipo de entes financieros, se encuentre alguna cláusula abusiva que no haya sido catalogada como tal.

Se insta a los consumidores a denunciar ante la Defensoría del Consumidor, acerca del contenido del contrato que no haya sido negociado y que vulnere sus derechos, así como ejercer su derecho de defensa en sede judicial, por medio de la oposición en los procesos ejecutivos, a fin de que en la Sentencia que se emita se tengan por no escritas las cláusulas abusivas incorporadas en los créditos de consumo objeto base de la acción, y en el caso que los demandados (consumidores) no puedan constituir un procurador, pueden acudir a la Defensoría del Consumidor, quienes de conformidad al arts., 58 letra i), y 62 LPC, se encuentran facultados para representar directamente o por apoderados a los consumidores tanto en sede administrativa como judicial de forma gratuita.

Como se ha desarrollado a lo largo de la presente investigación que en el Derecho Civil la teoría clásica de la contratación, la que está gobernada por los principios generales de: *Pacta sunt servanda* (Art. 1416 Código Civil), la autonomía de la voluntad (Art., 1309 C.C.), la justicia contractual, entre otros, han imposibilitado la intervención del Juez como de un tercero en el contrato, es decir, que el Juez tiene límites en su intervención, sin embargo al haber sido sometido a su conocimiento créditos de consumo, deben estudiarse dicho documento en base a la legislación de consumo por ser esa su naturaleza jurídica.

Es por ello que se recomienda a los abogados que actúan como procuradores de la parte demandada para que sustente su defensa ante la incorporación de cláusulas abusivas en los documentos base de la acción ejecutiva de conformidad al art. 464 CPCM, que nos habla de algunos de los motivos de oposición en el proceso ejecutivo y la posibilidad de utilizar la figura jurídica de la integración normativa a la que se refiere el art., 19 en relación al art. 463 CPCM, para hacer uso de lo regulado en la Ley de Protección al Consumidor y los criterios para declarar la abusividad de una cláusula, así como las sanciones y efectos jurídicos de su declaratoria, debiendo para ello recurrir a las fuentes doctrinarias y jurisprudenciales pronunciadas por el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, en las que se controle no solo la justicia formal del acuerdo, sino también su justicia material o sustantiva.

La presente investigación tiene un alcance exploratorio, en tal sentido se motiva a la comunidad jurídica, docente, estudiantes e instituciones académicas a continuar las investigaciones respecto de integrar las normas de derecho de consumo en el derecho privado y en especial en el derecho contractual, ya que en la mayoría de países latinoamericanos se han hecho cambios en la regulación secundaria para poder facultar de manera expresa a los jueces para hacer análisis y control de las cláusulas abusivas, sobre los contratos con consumidores; ya que la doctrina de los expositores del derecho es valiosa para empezar a hacer cambios y fundamentar resoluciones y sentencias del Órgano Judicial.

ANEXO 1

TASAS DE INTERÉS MÁXIMAS LEGALES

**Banco Central de Reserva
de El Salvador**

Vigentes para el período del 1 de enero al 30 de junio de 2021

En cumplimiento de la Ley Contra la Usura, Publicada en el Diario Oficial No. 16, T. No. 398, del 24 de Enero de 2013, y sus Reformas.

SEGMENTOS Y RANGOS	RANGOS EN US DÓLARES	TASAS MÁXIMAS EFFECTIVAS ANUALES
I. CRÉDITO DE CONSUMO PARA PERSONAS NATURALES		
a. Con orden de descuento		
1 De hasta 12 SMUSC	Hasta \$ 3,650.04	28.35%
2 De más de 12 SMUSC	Más de \$ 3,650.04	21.56%
b. Sin orden de descuento		
3 De hasta 12 SMUSC	Hasta \$ 3,650.04	85.04%
4 De más de 12 SMUSC	Más de \$ 3,650.04	30.70%
II. CRÉDITOS OTORGADOS A PERSONAS NATURALES POR MEDIO DE TARJETAS DE CRÉDITO		
5 De hasta 3 SMUSC	Hasta \$ 912.51	74.48%
6 De más de 3 y hasta 5 SMUSC	Entre \$ 912.52 y \$ 1,520.85	67.46%
7 De más de 5 SMUSC	Más de \$ 1,520.85	56.50%
III. CRÉDITO PARA VIVIENDA		
a. Crédito para adquisición y construcción de vivienda para uso del adquirente		
8 De más de 12 y hasta 23 SMUSC	Entre \$ 3,650.05 y \$ 6,995.91	30.51%
9 De más de 23 y hasta 112 SMUSC	Entre \$ 6,995.92 y \$ 34,067.04	23.57%
10 De más de 112 SMUSC	Más de \$ 34,067.04	15.69%
b. Crédito para remodelación y reparación de vivienda individual		
11 De hasta 12 SMUSC	Hasta \$ 3,650.04	59.25%
12 De más de 12 y hasta 23 SMUSC	Entre \$ 3,650.05 y \$ 6,995.91	38.49%
13 De más de 23 y hasta 112 SMUSC	Entre \$ 6,995.92 y \$ 34,067.04	30.46%
14 De más de 112 SMUSC	Más de \$ 34,067.04	19.87%
IV. CRÉDITO PARA EMPRESA		
15 De más de 41 y hasta 75 SMUSC	Entre \$12,470.98 y \$ 22,812.75	27.87%
V. MICROCRÉDITO MULTIDESTINO		
a. 16 Para microempresa de subsistencia - monto de hasta 12 SMUSC		
b. 17 Para microempresa de acumulación simple - monto de más de 12 y hasta 24 SMUSC		
c. 18 Para microempresa de acumulación ampliada - monto de más de 24 y hasta 41 SMUSC		
16 Para microempresa de subsistencia - monto de hasta 12 SMUSC	Hasta \$ 3,650.04	85.04%
17 Para microempresa de acumulación simple - monto de más de 12 y hasta 24 SMUSC	Entre \$ 3,650.05 y \$ 7,300.08	51.97%
18 Para microempresa de acumulación ampliada - monto de más de 24 y hasta 41 SMUSC	Entre \$ 7,300.09 y \$ 12,470.97	41.95%

Considerando lo establecido en el Art. 7 de la Ley Contra la Usura, la Tasa de Interés Efectiva de las operaciones de crédito que no están incluidas en ninguno de los segmentos antes enumerados, no podrá ser mayor a 85.04% anual. Asimismo, en base a lo prescrito en el Art.5 de la referida Ley, las operaciones realizadas por las casas de empeño, montepíos o similares no podrán exceder la Tasa Máxima Legal del Segmento de Crédito de Consumo para personas naturales sin orden de descuento de hasta 12 SMUSC: 85.04 % anual..

NOTA 1 Cálculos basados en la información crediticia remitida por los Acreedores en el Sistema de Tasas Máximas, dentro del plazo establecido por la Ley y Normativa aplicable
NOTA 2 SMUSC Salario Mínimo Urbano Mensual del Sector Comercio y Servicio, que corresponde a US\$ 304.17, vigente desde el 1 de enero de 2018, según D.E. No. 6 del 21 de diciembre de 2017, publicado en el Diario Oficial No. 240, tomo 417 del 22 de diciembre de 2017

NOTA 3 Tasas de Interés Máximas Legales, calculadas a partir de las Tasas de Interés Efectivas de las operaciones realizadas por personas naturales y jurídicas, supervisadas y no supervisadas, durante el período del 1 de junio al 30 de noviembre de 2020 (Art. 6 de la Ley Contra la Usura)

NOTA 4 La Tasa de Interés Máxima Legal más alta resulta de aplicar lo dispuesto en el segundo inciso del Art. 7 de la Ley Contra la Usura en relación con el inciso noveno del Art. 16 de las "Normas Técnicas para la Aplicación de la Ley Contra la Usura"

www.bcr.gob.sv

info@bcr.gob.sv

[bcr.sv](https://www.facebook.com/bcr.sv)

[@bcr_sv](https://twitter.com/bcr_sv)





REPUBLICA DE EL SALVADOR
UNÁMONOS PARA CRECER

Superintendencia del Sistema Financiero

Resolución ORL.SSF-0022/2017.

San Salvador, 21 de febrero de 2017.

Licenciado
XXXX
Presente

Me refiero a su solicitud de información formulada a la Superintendencia del Sistema Financiero –en adelante SSF-, en fecha 13 de febrero de 2017, y con referencia SSF-2017-0022, en el marco de la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP), por medio de la cual solicita información relacionada con que si en el año 2005, los contratos de apertura de crédito mediante los cuales los bancos otorgaban tarjetas de crédito a sus clientes, se depositaban en esta Superintendencia, tal como lo establece el artículo 56 literal "L" de la Ley de Bancos, o que si en caso no fuera así, se informe cómo se documentaba el otorgamiento de las tarjetas de créditos por los bancos, en ese año.

Sobre la información solicitada

Recibida y analizada la solicitud de información y los requerimientos que contiene, se realizaron las consultas correspondientes con el Departamento de Asesoría Legal de la Dirección de Asuntos Jurídicos, a efecto de emitir la resolución a que hace referencia el artículo 72 de la LAIP; luego de realizadas dichas gestiones, como resultado, se obtuvo que lo requerido por el solicitante no se encuentra clasificado como confidencial o reservado en esta institución, por lo que puede responderse la información solicitada.

En ese sentido, la suscrita Oficial de Información de la Superintendencia del Sistema Financiero emite la siguiente:

Resolución:

- I. Conceder acceso a lo requerido por el solicitante XXXX, comunicándole lo siguiente:

R/ Es de indicar en primer lugar, que el artículo 56 literal "L" citado, está referido a las operaciones pasivas realizadas por los Bancos, no encajando dentro de ellas las aperturas de crédito rotativas, por medio de las cuales se otorgan las Tarjetas de Crédito.

En ese sentido es de agregar, que la Ley de Protección al Consumidor aprobada mediante Decreto Legislativo No. 666 de fecha 14 de marzo de 1996, no disponía nada respecto del depósito de los contratos de adhesión en esta Superintendencia, y en su Artículo 16, únicamente se establecía lo siguiente:

Cualquiera que fuere la naturaleza del contrato, se tendrán por no escritas las cláusulas o estipulaciones contractuales que:



REPUBLICA DE EL SALVADOR
UNÁMONOS PARA CRECER

Superintendencia del Sistema Financiero

Resolución OR.SSE-0022/2017.

San Salvador, 21 de febrero de 2017.

Licenciado
XXXX
Presente

Me refiero a su solicitud de información formulada a la Superintendencia del Sistema Financiero –en adelante SSF-, en fecha 13 de febrero de 2017, y con referencia SSF-2017-0022, en el marco de la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP), por medio de la cual solicita información relacionada con que si en el año 2005, los contratos de apertura de crédito mediante los cuales los bancos otorgaban tarjetas de crédito a sus clientes, se depositaban en esta Superintendencia, tal como lo establece el artículo 56 literal "L" de la Ley de Bancos, o que si en caso no fuera así, se informe cómo se documentaba el otorgamiento de las tarjetas de créditos por los bancos, en ese año.

Sobre la información solicitada

Recibida y analizada la solicitud de información y los requerimientos que contiene, se realizaron las consultas correspondientes con el Departamento de Asesoría Legal de la Dirección de Asuntos Jurídicos, a efecto de emitir la resolución a que hace referencia el artículo 72 de la LAIP; luego de realizadas dichas gestiones, como resultado, se obtuvo que lo requerido por el solicitante no se encuentra clasificado como confidencial o reservado en esta institución, por lo que puede responderse la información solicitada.

En ese sentido, la suscrita Oficial de Información de la Superintendencia del Sistema Financiero emite la siguiente:

Resolución:

- I. Conceder acceso a lo requerido por el solicitante XXXX, comunicándole lo siguiente:

R/ Es de indicar en primer lugar, que el artículo 56 literal "L" citado, está referido a las operaciones pasivas realizadas por los Bancos, no encajando dentro de ellas las aperturas de crédito rotativas, por medio de las cuales se otorgan las Tarjetas de Crédito.

En ese sentido es de agregar, que la Ley de Protección al Consumidor aprobada mediante Decreto Legislativo No. 666 de fecha 14 de marzo de 1996, no disponía nada respecto del depósito de los contratos de adhesión en esta Superintendencia, y en su Artículo 16, únicamente se establecía lo siguiente:

Cualquiera que fuere la naturaleza del contrato, se tendrán por no escritas las cláusulas o estipulaciones contractuales que:



GOBIERNO DE
EL SALVADOR
UNÁMONOS PARA CRECER

Superintendencia del Sistema Financiero

luego de múltiples revisiones que se realizaron a los modelos, por parte del personal técnico de la Defensoría del Consumidor como también de esta Superintendencia, se comenzaron a depositar los primeros contratos referidos a Aperturas de Crédito Rotativas, por medio de las cuales se otorgan las Tarjetas de Crédito.

Es importante aclarar, que antes de la entrada en vigencia la Ley de Protección al Consumidor, arriba citada, y tal como se mencionó con anterioridad, no existía obligatoriedad por parte de los proveedores de servicios financieros, de depositar en la institución encargada de su fiscalización y vigilancia, los formularios que se utilizarían en las operaciones financieras con sus clientes, por lo que en ese sentido, consideramos que la Instituciones proveedoras de servicios financieros, estaban sometidas a la aplicación del derecho común en las relaciones con sus clientes, siendo así que los contratos de apertura de crédito por medio de los cuales se autorizaba la emisión de una tarjeta de crédito, se regulaban por el acuerdo de voluntades entre las partes, por medio del cual se creaban o transmitían derechos y obligaciones entre las partes que los suscribían, rigiéndose por el principio de autonomía de la voluntad y perfeccionándose por el mero consentimiento, considerándose que las obligaciones que nacían de ese contrato, tenían fuerza de ley entre las partes contratantes.

Finalmente, con la entrada en vigencia de la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito, aprobada mediante el Decreto Legislativo No. 181, de fecha 12 de noviembre de 2009, y publicado en el Diario Oficial número 241 Tomo 385, publicado en fecha 23 de diciembre de 2009, se reitera la obligatoriedad para los prestadores de servicios financieros, específicamente para los emisores y coemisores de tarjetas de crédito, de depositar en la Superintendencia del Sistema Financiero, los modelos de contrato a ser utilizados con sus clientes, estableciéndose así en el artículo 7 literal c) de dicha Ley, que los contratos que utilice el emisor o coemisor, deberán ser los contratos modelos autorizados y depositados en la Superintendencia, por lo que en ese sentido los modelos de contrato ya depositados fueron adecuados a lo establecido en dicha Ley, y depositados nuevamente.

- II. Comunicar al solicitante la presente resolución a la dirección electrónica XXXX proporcionada en la solicitud de información.

Sin otro particular,

NOTIFIQUESE

ORIGINAL FIRMADA POR OFICIAL DE INFORMACIÓN

I

Carmine Olga Portillo Silva
Oficial de Información
Superintendencia del Sistema Financiero

ANEXO 3



SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

Resolución UAIP-SSF-2021-0035

Licenciada
Bella Aura Ramirez de Sánchez
Presente

En San Salvador, a las nueve horas con cincuenta minutos del día veintiuno de junio de dos mil veintiuno; por este medio, me refiero a solicitud de información con referencia UAIP-SSF-2021-0035, la cual fue recibida en esta Unidad de Acceso a la Información Pública en fecha catorce de junio de los corrientes en la dirección de correo electrónico oir@ssf.gob.sv, por medio de la cual solicita lo siguiente (copio textual parte medular de lo requerido):

"1. Nombre de las instituciones, empresas o sociedades, que en su carácter de operadores o proveedores de servicios financieros, que otorgan créditos de consumo, tienen carácter de entidades supervisadas o registradas por la Superintendencia del Sistema Financiero. Entidades y operaciones supervisadas o registradas.

2. Nombre de las instituciones, empresas o sociedades, que en su carácter de operadores o proveedores de servicios financieros, han depositado los formularios de contratos de adhesión correspondiente a créditos de consumo, para la verificación en conjunto con la Defensoría del Consumidor, si dichos formularios cumplen lo correspondiente a los derechos del consumidor, en el período comprendido entre los años 2010 al 2019, ambos años incluidos.

3. Cantidad de formularios de contratos de adhesión correspondientes a créditos de consumo depositados en la Superintendencia del Sistema Financiero, para su verificación, en cumplimiento al art. 22 Ley de Protección al Consumidor, en el período comprendido entre los años 2010 al 2019, ambos años incluidos.

4. Tipos de cláusulas abusivas diferentes a las enunciadas en el art., 17 de la Ley de Protección al Consumidor, que se hayan identificado en los formularios de adhesión correspondientes a créditos de consumo depositados en la Superintendencia del Sistema Financiero, y hayan sido observadas y/o rechazadas por la Superintendencia del Sistema Financiero en el período comprendido entre los años 2010 al 2019, ambos años incluidos.

5. Sanciones emitidas por la Superintendencia del Sistema Financiero en el período comprendido entre los años 2010 al 2019, con motivo de la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión de créditos de consumo otorgados Y predispuestos por los operadores del sistema financiero."

Calle El Mirador, entre 87 y 89 Av. Norte. Edificio Torre Futura, Nivel 16
San Salvador, El Salvador, C.A. Tel: (503) 2268-5700 / (503) 2133-2900 - contacto@ssf.gob.sv - www.ssf.gob.sv



SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

Sobre la información solicitada

Recibida y analizada la solicitud de información y los requerimientos que contiene, en el marco de las facultades que le señala el artículo 50 de la Ley de Acceso a la Información Pública –en adelante LAIP–, el infrascrito Oficial de Información de esta Superintendencia procedió a tramitar respuesta con las áreas organizacionales correspondientes, a fin de emitir la resolución a que hace referencia el artículo 72 LAIP.

Como resultado de las gestiones, las áreas institucionales consultadas emitieron las respuestas que desarrollamos a continuación (cada numeral en el mismo orden de los requerimientos formulados):

1. Es importante destacar que las entidades supervisadas por esta Superintendencia que realizan el otorgamiento de CRÉDITOS DE CONSUMO (Mutuos) de acuerdo a lo establecido por su propio pacto social, son los bancos privados y bancos estatales quienes además se encuentran habilitados para dicha actividad conforme lo indicado por la Ley de Bancos en su artículo 51 letra S), así como los bancos cooperativos y las Sociedades de Ahorro y Crédito de conformidad a lo indicado por la Ley de Bancos Cooperativos y Sociedades de Ahorro y Crédito, en su artículo 158, letra F).

En ese sentido, entre las entidades supervisadas por esta Superintendencia que a la presente fecha se encuentran facultadas para realizar el otorgamiento de créditos de consumo con sus clientes, podemos indicar 10 bancos privados; 2 bancos estatales, 7 bancos cooperativos y 4 Sociedades de Ahorro y Crédito, conforme el detalle siguiente:

a. **Bancos privados:** (<https://ssf.gob.sv/bancos-privados/>)

Banco Agrícola, S.A.;

Banco Cuscatlán de El Salvador, S.A.;

Banco Davivienda Salvadoreño, S.A. (Quien absorbió al Banco HSBC S.A.);

Banco G&T Continental El Salvador, S.A. ;

Banco Promerica, S.A. ;

Banco de América Central, S.A. ;

Banco Atlántida El Salvador, S.A. (Quien absorbió al Banco Procredit S.A.);

Calle El Mirador, entre 87 y 89 Av. Norte. Edificio Torre Futura, Nivel 16
San Salvador, El Salvador, C.A. Tel: (503) 2268-5700 / (503) 2133-2900 - contacto@ssf.gob.sv - www.ssf.gob.sv



SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

Banco ABANK, S.A. (Quien absorbió al Banco Azteca S.A.);

Banco Industrial El Salvador, S.A.;

Banco Azul de El Salvador, S.A.;

b. Bancos estatales: (<https://ssf.gob.sv/bancos-estatales/>)

Banco de Fomento Agropecuario;

Banco Hipotecario de El Salvador, S.A.;

c. Bancos cooperativos: (<https://ssf.gob.sv/bancos-cooperativos-autorizados-para-captar-depositos-del-publico/>)

Multi Inversiones Banco Cooperativo de los Trabajadores, Sociedad Cooperativa de R.L. de C.V.;

Banco de los Trabajadores Salvadoreño, S.C. de R.L. de C.V. – BTS R.L. de C.V.;

Banco Izalqueño de los Trabajadores, Sociedad Cooperativa de R.L. de C.V.;

Primer Banco de los Trabajadores, Sociedad Cooperativa de R.L. de C.V.;

Asociación Cooperativa de Ahorro y Crédito Visionaria de Responsabilidad Limitada o Banco Cooperativo Visionario de Responsabilidad Limitada. (ACCOVI de R.L o BANCOVI de R.L.);

Asociación Cooperativa de Ahorro y Crédito del Colegio Médico de El Salvador de R.L. (COMEDICA DE R.L.);

Federaciones de Cajas de Crédito y Banco de los Trabajadores (FEDECREDITO);

d. Sociedades de Ahorro y Crédito: (<https://ssf.gob.sv/sociedades-de-ahorro-y-credito-autorizadas-para-captar-depositos-del-publico/>)

Sociedad de Ahorro y Crédito CREDICOMER, S.A.;

Sociedad de Ahorro y Crédito Apoyo Integral, S.A.;

Sociedad de Ahorro y Crédito Constelación, S.A.;

Sociedad de Ahorro y Crédito Gente, S.A.

Calle El Mirador, entre 87 y 89 Av. Norte. Edificio Torre Futura, Nivel 16
San Salvador, El Salvador, C.A. Tel: (503) 2268-5700 / (503) 2133-2900 - contacto@ssf.gob.sv - www.ssf.gob.sv



SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

2. Tal como se dispone en los artículos 22 de la Ley de Protección al Consumidor y 32 de su Reglamento, es indispensable que todo proveedor de servicios financieros, previo a utilizar cualquier modelo de contrato con sus clientes, debe presentarlo ante esta Superintendencia para que de forma conjunta con la Defensoría del Consumidor los revisen y validen que los mencionados modelos se encuentren apegados a derecho para que así procedan a su depósito respectivo.

Bajo dicho lineamiento, se puede mencionar que a la presente fecha, las entidades financieras que tienen modelos de contrato de crédito de consumo depositados, son las mismas que se indican en el numeral anterior; sin embargo atendiendo a la periodicidad de los años 2010 a 2019, se debe incluir en dicho listado al entonces:

-Scotiabank El Salvador, S.A. (Que por fusión fue absorbido por Banco Cuscatlán, S.A.)

3. Conforme los modelos depositados de contrato de crédito o mutuo, no ha sido posible determinar cuántos específicamente se destinarán al consumo, en vista de que en el documento correspondiente no se especifica su destino final, dejándose un espacio en blanco para que dependiendo de la circunstancia se complete la información que corresponda. Por lo anterior se sugiere validar la información de las carteras de créditos otorgados para cada sector que puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://ssf.gob.sv/cartera-de-prestamos/>.

4. Respecto a las cláusulas abusivas, debe considerarse que la lista establecida por medio del Artículo 17 de la Ley de Protección al Consumidor, no es taxativa, y por lo tanto debe considerarse además a las situaciones enunciadas, como cláusulas abusivas a todas aquellas condiciones, requisitos o consecuencias que un proveedor pueda establecer en un contrato, colocando al consumidor en una situación de desventaja, desigualdad, indefensión o que anule sus derechos.

En dicho sentido y de acuerdo a los criterios jurisprudenciales de la Defensoría del Consumidor, que han sido emitidos con base a las resoluciones del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor de El Salvador, entre algunas cláusulas abusivas identificadas se pueden indicar las siguientes (por lo cual se ha señalado la no procedencia del depósito del contrato hasta la subsanación de las observaciones encontradas)

- a. El sometimiento a los clientes al domicilio de la entidad financiera; y
- b. La que autoriza al proveedor a resolver el contrato sin acudir al juez.

Calle El Mirador, entre 87 y 89 Av. Norte. Edificio Torre Futura, Nivel 16
San Salvador, El Salvador, C.A. Tel: (503) 2268-5700 / (503) 2133-2900 - contacto@ssf.gob.sv - www.ssf.gob.sv



SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

5. No existen en el periodo indicado sanciones impuestas por esta Superintendencia por inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de operadores en el sistema financiero por las razones siguientes:
 - a. Esta entidad no es competente para sancionar por ese incumplimiento, la competencia le corresponde a la Defensoría del Consumidor;
 - b. Existe obligación de los integrantes del sistema financiero de realizar el depósito de los modelos de los contratos de adhesión, los cuales son revisados en conjunto entre esta Superintendencia y la Defensoría del Consumidor; en dicha revisión ambas instituciones se aseguran de que los contratos de adhesión no incluyan cláusulas abusivas.

Luego de lo anteriormente expuesto, el infrascrito Oficial de Información de la Superintendencia del Sistema Financiero emite la siguiente:

Resolución:

1. Conceder acceso a lo solicitado mediante respuestas que se desarrollan en la presente Resolución.
2. Notificar a la solicitante la presente Resolución a la dirección de correo electrónico auramirezdesanchez@gmail.com proporcionada en la solicitud de información.

Sin otro particular,

NOTIFÍQUESE

ORIGINAL FIRMADA POR OFICIAL DE INFORMACIÓN

Cristian Marcel Menjivar Navarrete
Oficial de Información
Superintendencia del Sistema Financiero

Calle El Mirador, entre 87 y 89 Av. Norte. Edificio Torre Futura, Nivel 16
San Salvador, El Salvador, C.A. Tel: (503) 2268-5700 / (503) 2133-2900 - contacto@ssf.gob.sv - www.ssf.gob.sv

ANEXO 4



INSTITUTO SALVADOREÑO DE FOMENTO COOPERATIVO
UNIDAD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

San Salvador, a las quince horas con cinco minutos, del día tres de mayo de dos mil veintiuno, el INSTITUTO SALVADOREÑO DE FOMENTO COOPERATIVO, luego de haber recibido y admitido la solicitud de información identificada como **007-UAIP INSAFOCOOP/2021**, presentada por Bella Aura Ramirez de Sánchez quien se identificó con Documento Único de Identidad 01154987-1, en la cual requiere “**1. Nombre de las instituciones cooperativas que han depositado los formularios de contratos de crédito por adhesión en el período 2010-2020; 2. Tipos de contratos de créditos por adhesión en formulario que han sido presentados para su revisión y aprobación juntamente con la Defensoría del Consumidor; 3. Contenido de las cláusulas que han sido observadas por su carácter de abusividad en detrimento a los derechos de los consumidores de servicios financieros otorgados por las cooperativas bajo su vigilancia**” y considerando que la misma cumple con todos los requisitos establecidos en el art.66 de La ley de Acceso a la Información Pública y los artículos 50, 54 del Reglamento de la Ley de Acceso a la Información Pública, y que la información solicitada no se encuentra entre las excepciones enumeradas en los artículos 19 y 24 de la Ley. La oficial de información resuelve: **PROPORCIONAR LA INFORMACIÓN PÚBLICA SOLICITADA**, se adjunta la información solicitada **NOTIFÍQUESE**: Resolución a la persona solicitante de conformidad a los Artículos 50 literal h), Artículo 72 inciso 2° de la Ley de Acceso a la Información, Artículo 57 del Reglamento de la misma. A la vez se da a conocer am la solicitante que si no se encuentra conforme con la información proporcionada también le queda expedita la vía administrativa para acudir al Instituto de Acceso a la Información Pública en virtud de lo establecido en el Art. 135 de la Ley de Procedimientos Administrativos y Arts. 82-83 de la Ley de Acceso a la Información Pública.

Roxana Alvarenga de Nerio
Oficial de Información



15 Calle Poniente Edificio Urrutia Abrego No. 2, San Salvador
Teléfonos: 2222-4122 ; 2222-2563 ; 2222-3526 ext 139

San Salvador, 03 de mayo de 2021

Señora
Guadalupe Roxana Alvarenga de Nerio
Oficina de Información y Respuesta OIR
Presente.

Me refiero a la solicitud identificada como 007-UAIP-INSAFOCOOP-2021, mediante la cual requieren se les brinde información relacionada con contratos de adhesión; al respecto tengo a bien dar respuesta a las preguntas formuladas de la siguiente manera:

1) Nombre de las instituciones cooperativas que han depositado los formularios de contratos de crédito por adhesión en el período 2010-2020.

En el período comprendido del 2010-2020 en la Institución se recibieron 3 solicitudes para el depósito de los Contratos de Adhesión que utilizan cada una de las Cooperativas, a las 3 solicitudes enviadas se les elaboró "Auto de Prevención", no habiendo subsanado las entidades solicitantes, la prevención realizada, en razón de lo cual los contratos no fueron depositados en INSAFOCOOP.

Las cooperativas a las cuales se les hizo la prevención fueron las siguientes:

- Asociación Cooperativa de Ahorro, Crédito y Consumo de Abogados de El Salvador, de Responsabilidad Limitada, que se abrevia "COOP-ABOGADOS, de R.L.
- Asociación Cooperativa de Ahorro y Crédito Centzontlialt, de Responsabilidad Limitada, que se abrevia "CENTZONTLIALT, de R.L."
- Asociación Cooperativa de Ahorro y Crédito Santa Victoria, de Responsabilidad Limitada, que se abrevia "COSAVI, de R.L."

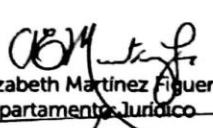
2) Tipos de contratos de créditos por adhesión en formulario que han sido presentados para su revisión y aprobación juntamente con la Defensoría del Consumidor.

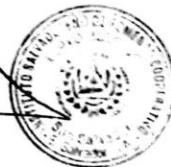
- Préstamo Mercantil con Garantía Personal.
- Préstamo Mercantil con Garantía Hipotecaria.
- Contratos de Ahorro a la Vista.
- Contrato de Ahorro Programado Navideño.
- Contrato de Ahorro Infantil.
- Contrato de Ahorro Programado Estudiantil.
- Contrato de Mutuo para Créditos MIPYME.
- Contrato de Mutuo para Reestructuración de Crédito.
- Contrato de Mutuo para Línea de Créditos Automáticos.
- Contrato de Mutuo de Créditos con Garantía Prendaria sin Desplazamiento.

- ***CONDICIONES GENERALES.** El deudor se obliga: c) A pagar los impuestos que causen los recibos por los pagos que hiciere originados por este crédito, los gastos de cancelación y cuantos otros hiciere la Cooperativa en el cobro de esta deuda, inclusive los personales, aunque no fuere condenado en costas; e) A no Hacer modificaciones o alteraciones en el inmueble que hipoteca sin previo permiso escrito de la Cooperativa; i) A otorgar nuevas órdenes irrevocables de descuento.
- ***GARANTÍAS.** Eliminar que el deudor debe contratar con la XXXXXXXX aseguradora. (establecen el nombre de la aseguradora)
- **HONORARIOS Y GASTOS.** *****..... Así también, serán por cuenta del deudor los honorarios y gastos para la cancelación de este instrumento, así como también los impuestos o tributos de los documentos que deban otorgarse con consecuencia del presente crédito y cuantos otros hiciere la Cooperativa en el cobro de esta deuda, inclusive costas procesales y personales si hubiere condena judicial ó si el deudor aceptare por escrito el valor de dichas costas en caso llegare a un arreglo extrajudicial de pago con la Cooperativa aún antes de la sentencia definitiva”.
- ***DOMICILIO, RENUNCIAS.** Observación: Se debe dejar en blanco el domicilio al cual se someten las partes. Eliminar lo relativo a la renuncia del derecho de apelar al decreto de embargo, sentencia de remate y demás resoluciones apelables del juicio ejecutivo.

No omito manifestar que solamente de una cooperativa fueron revisados los contratos juntamente con la Defensoría, al no haber subsanado las otras dos cooperativas la prevención realizada, de presentar los formularios en formato electrónico, para su respectiva revisión.

Atentamente.


 Ana Elizabeth Martínez Figueroa
 Departamento Jurídico



ANEXO 5

FORMATO No. 0005

Solicitud de depósito de Modelos de Contratos de Adhesión para su revisión y autorización.
(Art. 7 de la Ley del Sistema de Tarjeta de Crédito, Art. 9 y 10 de las Normas Técnicas del Sistema de Tarjeta de Crédito, Art. 22 de la Ley de Protección al Consumidor y Art. 22, 24 y 32 del Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor)

Destinatario:

Señor

Superintendente de Obligaciones Mercantiles

Presente.

Datos generales del solicitante (Art. 67 inciso segundo, Art. 71, numeral 3, de la Ley de Procedimientos Civiles)

Yo, _____ (nombre del Representante Legal o Apoderado y sus generales: mayor de edad, profesión, del domicilio de, con DUI numero).

Datos de representación legal (Art. 67 inciso tercero, Art. 69, inciso primero, Art. 71, numeral 2, de la Ley de Procedimientos Civiles)

Actuando en calidad de _____ (relacionar calidad en la que actúa: Representante Legal o Apoderado) de la Sociedad _____ (nombre de la Sociedad), con NIT_____, calidad que compruebo por medio de _____ (relacionar documentos que lo acrediten: Poder, Credenciales, etc.).

Descripción del motivo de la solicitud (Art. 71 numeral 4 y 5 de la Ley de Procedimiento Civiles)

Con base en el artículo Art. 3, 6 y 7 de la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito, Art. 9 de las Normas Técnicas del Sistema de Tarjetas de Crédito, Art.22 de la Ley de Protección al Consumidor y Art. 22, 24 y 32 del Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor vengo a realizar el depósito del modelo de contrato de adhesión el cual será utilizado para la emisión de créditos a través de tarjetas de crédito emitidas o administradas por mi representada, por lo que presento dicho modelo de contrato en dos ejemplares impresos y dos de forma electrónica para su correspondiente revisión y autorización.

.Dirección de Notificación (Art. 71 numeral 2 y 99, inciso primero, de la Ley de Procedimientos Administrativos)

Señalo como lugar para recibir notificaciones la siguiente dirección:

Asimismo, autorizo para que se me notifique por los siguientes medios:

Teléfono: _____

Fax: _____

Correo Electrónico: _____

San Salvador, _____ de _____ de _____. (Art. 71 numerales 7 de la Ley de Procedimientos Administrativos)

Firma del solicitante (Art. 71 numerales 6 de la Ley de Procedimientos Administrativos)

Nombre Completo, firma del Representante Legal o Apoderado y sello de la Sociedad

*Si la presente solicitud no es presentada personalmente por el Representante Legal o Apoderado será necesario legalizar la firma del interesado. **Art. 5 de la Ley de Procedimientos Administrativos.**

Lista de Requisitos para el Modelo de Contrato Adhesión de Apertura de Crédito

De conformidad al artículo 9 de las Normas Técnicas del Sistema de Tarjetas de Crédito, las entidades deberán remitir a la Superintendencia, previo a su utilización, los modelos de contrato de apertura de crédito para emisión y uso de tarjetas de crédito, para respectiva revisión, autorización y registro, debiendo cumplir con lo estipulado en el artículo 7 de la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito y los artículos 22 y 24 del Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor. En lo relativo a las cláusulas que debe de contener el Contrato de Apertura, es de conformidad al Artículo 6 de la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito y al artículo 10 de las Normas Técnicas del Sistema de Tarjetas de Crédito.

Requisitos mínimos de formalidad y de cláusulas, que debe contener el modelo de Contrato de Apertura de Crédito:

No.	Cláusulas que debe contener el contrato	Base Legal
1.	Identificación de las partes contratantes.	Art. 6 Letra a) Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito
2.	Objeto del contrato.	Art. 6 Letra b) Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito
3.	Finalidad, disposición, ámbito geográfico de uso y Límite de Crédito.	Art. 6 Letra c) Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito
4.	Monto del Crédito Otorgado, expresado en letras y números.	Art. 10 Letra a) de las Normas Técnicas del Sistema de Tarjetas de Crédito
5.	Plazo del contrato y del financiamiento	Art. 6 Letra d) Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito
6.	Determinación precisa y clara de la tasa de interés, así como recargos y comisiones o tasa de interés moratorio cuando así se aplicará.	Art. 6 Letra e) Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito
7.	Tasa de interés nominal, tasa de interés efectiva, tasa de interés moratoria o recargo por incumplimiento de pago.	Art. 10 Letra b) de las Normas Técnicas del Sistema de Tarjetas de Crédito
8.	Forma de pago	Art. 6 Letra f) Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito
9.	Derechos y obligaciones de la entidad emisora y del tarjeta habiente.	Art. 6 Letra g) Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito
10.	Reglas relativas a los estados de cuenta, incluyendo las fechas de corte y la fecha de vencimiento del pago mensual.	Art. 6 Letra h) Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito
11.	Cláusulas relativas a las tarjetas de crédito adicionales: emisión, límites, funcionamiento, responsabilidad.	Art. 6 Letra i) Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito
12.	Manera de proceder en caso de robo, sustracción, pérdida o fraude de la tarjeta.	Art. 6 Letra j) Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito
13.	Causales de terminación o caducidad del contrato.	Art. 6 Letra k) Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito
14.	Solicitud de suspensión temporal del uso de la tarjeta o terminación del crédito por parte del tarjetahabiente	Art. 6 Letra l) Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito
15.	Solicitud de suspensión temporal por parte del emisor.	Art. 6 Letra m) Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito
16.	Forma en que se determinará el pago mínimo y cómo se operará el plazo del crédito o período otorgado para el pago de los fondos utilizados.	Art. 6 Letra n) Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito
17.	Las demás establecidas en las leyes vigentes*	Ley de Protección al Consumidor y su reglamento.

No.	Cláusulas que debe contener el contrato	Base Legal
18.	Cláusulas adicionales de libre discusión, como pueden ser: La autorización para compartir información crediticia y personal del consumidor, sometimiento a cualquier medio alterno de solución de conflictos y las circunstancias bajo las cuales se entendería prorrogado el contrato.	Art. 24 del Reglamento de la Ley de Protección del Consumidor
19.	Cualquier otra información relacionada con las características y restricciones del producto, así como cualquier otra explicación que sea de utilidad e importancia para el tarjetahabiente.	Art. 10 Lit. c) de las Normas Técnicas del Sistema de Tarjetas de Crédito

No.	Formalidades para la elaboración del contrato	Base Legal
1	Ser redactado en idioma castellano.	Art. 7 Letra a) Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito y Art. 22 Letra b) del Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor
2	Redactarse claramente y con una sola tipografía fácilmente legible a simple vista, como mínimo en un tamaño de letra 10.	Art. 7 Letra b) Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito y Art. 22 Letra a) y c) del Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor
3	No deberán contener referencias o remisiones a textos o documentos que no se le entreguen al tarjetahabiente de manera previa o simultánea a la celebración del contrato, salvo la remisión a leyes de la República.	Art. 7 Letra e) Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito y Art. 22 Letra d) del Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor
	Todo seguro que el tarjetahabiente desee contratar, deberá cumplir con lo establecido en la Ley de Sociedades de Seguros y la Ley de Protección al Consumidor. Dicho seguro deberá cubrir totalmente las obligaciones y los daños ocasionados al tarjetahabiente de acuerdo a la cobertura contratada. El tarjetahabiente deberá recibir una copia del contrato del seguro adquiriendo en el momento de su suscripción.	Art. 7 letra f) de la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito.
4	No deberán contener renunciaciones a derechos que las leyes reconocen al consumidor;	Art. 22 Letra e) del Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor
5	Deberán agruparse en cuerpos distintos del contrato, tanto los derechos del consumidor como del proveedor, al igual que las obligaciones de ambos, y todas las especificaciones referidas al costo, incluyendo además del precio, tasa o tarifa, otros costos o cargos vinculados a la operación, tales como comisiones, recargos o seguros, que hayan sido condición para contratar;	Art. 13 –A de la Ley de Protección al Consumidor y Art. 22 Letra f) y l) del Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor
6	No deberán contener ninguna cláusula que pueda calificarse como abusiva conforme al artículo 17 de la Ley de Protección al Consumidor.	Art. 17 de la Ley de Protección al Consumidor y el Art. 22 Letra h) y g) del Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor
7	Deberán hacerse constar los documentos de obligación que suscriba el consumidor con relación al contrato, tales como letras de cambio o pagarés;	Art. 22 Letra i) y j) del Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor

No.	Formalidades para la elaboración del contrato	Base Legal
8	Deberá especificarse el tratamiento que se dará a los casos de fecha de vencimiento de pago en día no hábil	Art. 22 Letra k) del Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor
9	Deberá determinar espacio para colocar la firma autógrafa	Art. 22 Letra m) del Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor.

ANEXO 6



MINISTERIO
DE ECONOMÍA

RAIP No.0191/2021

EN LA UNIDAD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DEL MINISTERIO DE ECONOMIA San Salvador, a las catorce y veinte minutos del día siete de julio del año dos mil veintiuno.

Admítase la solicitud de información **MINEC-2021-0196**, de fecha veintidós de junio de dos mil veintiuno, presentada por **Bella Aura Ramírez de Sánchez**, Persona natural, con Documento Único de Identidad (DUI) números 01154987-1, del domicilio de San Salvador, Departamento de San Salvador, en la cual solicita que se le proporcione la siguiente información:

“Solicito a su digna autoridad la siguiente información:

- 1. Nombre de las instituciones, empresas o sociedades, que en su carácter de operadores o proveedores de servicios financieros a través de tarjetas de crédito, tienen carácter de entidades supervisadas o registradas por la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles.***
- 2. Nombre de las instituciones, empresas o sociedades, que en su carácter de operadores o proveedores de servicios financieros a través de tarjetas de crédito, han depositado los formularios de contratos de adhesión, para la verificación en conjunto con la Defensoría del Consumidor, si dichos formularios cumplen lo correspondiente a los derechos del consumidor, en el período de comprendido entre los años 2010 al 2019, ambos años incluidos.***
- 3. Cantidad de formularios de contratos de adhesión depositados en la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles, para su verificación, en cumplimiento al art. 22 de la Ley de Protección al Consumidor, en el período de comprendido entre los años 2010 al 2019, ambos años incluidos.***
- 4. Tipos de cláusulas abusivas diferentes a las enunciadas en el art., 17 de la Ley de Protección al Consumidor, que se hayan identificado en los formularios de adhesión correspondientes depositados en la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles, y hayan sido observadas y/o rechazadas por la Superintendencia en el período de comprendido entre los años 2010 al 2019, ambos años incluidos.***
- 5. Sanciones emitidas por la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles en el período comprendido entre los años 2010 al 2019, con motivo de la inclusión de cláusulas.” (Sic)***

Teniendo como lugar para notificar la dirección de correo electrónico:
auramirezdesanchez@gmail.com

*Unidad de Acceso a la Información Pública
Ministerio de Economía
Boulevard Juan Pablo II, calle Guadalupe, Edificio C1 Y C2 Centro de Gobierno, San Salvador*

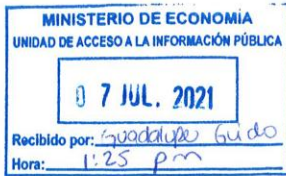
- Que el impulso del derecho de petición y respuesta que a todos los ciudadanos asiste está robustecido en el art. 18 de la Constitución.
- Que ha sido analizado el fondo de la solicitud de acceso a la información, verificando que lo planteado no se encuentra dentro las excepciones enumeradas en los arts. 19 y 24 de la Ley y 19 del Reglamento.
- Que según lo preceptuado en el art. 70 de la Ley se realizaron las gestiones internas, mediante envío de por correo electrónico, a la unidad administrativa correspondiente de esta Cartera que pudiese tener en su poder la información solicitada por **Bella Aura Ramírez de Sánchez**, a fin de dar respuesta oportuna a la petición. Lográndose la ubicación e identificación de lo requerido.
- Que la **Superintendencia de Obligaciones Mercantiles (SOM)**, en atención y respuesta a los requerimientos de información, responde por medio de Memorando Ref. SOM-059/2021, el que adjunta a la presente resolución.

POR TANTO: Esta Unidad en base a los arts. 3, 4, 62, 64, 65 de la Ley, conforme a los fines de facilitar a toda persona el derecho de acceso a la información pública mediante procedimientos sencillos y expeditos, la promoción de la participación ciudadana, los principios de máxima publicidad, disponibilidad, integridad y gratuidad, y la validez de los documentos mediante tecnologías de la información y comunicaciones, así también en base a lo preceptuado en los arts. 53, 54, 55 y 56 del Reglamento; en consecuencia, **RESUELVE: CONCÉDASE**, el acceso a la información pública solicitada. **PROPORCIÓNESE** la información pública requerida por Bella Aura Ramírez de Sánchez, en el formato planteado. **NOTIFÍQUESE**.



Licda. Laura Quintanilla
Oficial de Información

Unidad de Acceso a la Información Pública
Ministerio de Economía
Boulevard Juan Pablo II, calle Guadalupe, Edificio C1 Y C2 Centro de Gobierno, San Salvador



MINISTERIO DE ECONOMÍA

SOM-059/2020
21

MEMORÁNDUM

Para: **Licenciada Laura Quintanilla de Arias**
Oficial de Información
Unidad de Acceso a la Información Pública
Ministerio de Economía

De: **Licenciado Huberto Josué Merlos Escobar**
Superintendente de Obligaciones Mercantiles

Asunto: Respuesta a solicitud de información con referencia MINEC-2021-0196.

Fecha: 07 de julio de 2021



Licenciada Quintanilla,

Hacemos referencia a la solicitud de información hecha a esta Superintendencia con referencia MINEC-2021-0196.

Al respecto, remitimos a usted la respuesta a cada consulta efectuada, de la siguiente forma:

- 1. Nombre de las instituciones, empresas o sociedades, que en su carácter de operadores o proveedores de servicios financieros a través de tarjetas de crédito, tienen carácter de entidades supervisadas o registradas por la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles.**

El artículo 4 inciso segundo de la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito, establece: "... corresponde a la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles, fiscalizar a las personas jurídicas sometidas a su vigilancia, de conformidad a su ley de creación, cuando éstas emitan, administren o gestionen tarjetas de crédito...".

En ese sentido, las sociedades que por el momento están bajo supervisión de esta oficina y que están fiscalizadas en su carácter de emisores, gestores o administradores de tarjetas de crédito, son las siguientes:

1. Credisiman, Sociedad Anónima de Capital Variable.
2. Corporación de Tiendas Internacionales, Sociedad Anónima de Capital Variable.
3. Sociedad Cooperativa de Ahorro y Microcrédito AMC de Responsabilidad Limitada de Capital Variable.
4. Tu Solidaria, Sociedad de Responsabilidad Limitada de Capital Variable.
5. Credibomba, Sociedad Anónima de Capital Variable.

- 2. Nombre de las instituciones, empresas o sociedades, que en su carácter de operadores o proveedores de servicios financieros a través de tarjetas de crédito, han depositado los formularios de contratos de adhesión, para la verificación en conjunto con la Defensoría del Consumidor, si dichos formularios cumplen lo correspondiente a los derechos del consumidor, en el periodo de comprendido entre los años 2010 al 2019, ambos años incluidos.**

SUPERINTENDENCIA DE OBLIGACIONES MERCANTILES (SOM)

Teléfono: (503) 2590-5892 • Correo: superintendencia@economia.gob.sv
Alameda Juan Pablo II y Calle Guadalupe Edificio C1-C-2, Plan Maestro, Centro de Gobierno, San Salvador.
www.economia.gob.sv



MINISTERIO DE ECONOMÍA

Los operadores de tarjetas de crédito, que han iniciado un trámite ante esta Superintendencia, solicitando el depósito de un modelo de Contrato de Apertura de Crédito para la Emisión y Uso de Tarjeta de Crédito, son:

1. Credisiman, Sociedad Anónima de Capital Variable.
 2. Corporación de Tiendas Internacionales, Sociedad Anónima de Capital Variable.
 3. Sociedad Cooperativa de Ahorro y Microcrédito AMC de Responsabilidad Limitada de Capital Variable.
 4. Tu Solidaria, Sociedad de Responsabilidad Limitada de Capital Variable.
 5. Credibomba, Sociedad Anónima de Capital Variable.
3. **Cantidad de formularios de contratos de adhesión depositados en la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles, para su verificación, en cumplimiento al art. 22 de la Ley de Protección al Consumidor, en el período de comprendido entre los años 2010 al 2019, ambos años incluidos.**

En el período de los años 2010 al 2019 han sido presentados cinco (5) modelos de Contrato de Apertura de Crédito para la Emisión y Uso de Tarjeta de Crédito, para su revisión y posterior depósito en la Superintendencia. Los cuales se encuentran depositados en esta oficina.

4. **Tipos de cláusulas abusivas diferentes a las enunciadas en el art. 17 de la Ley de Protección al Consumidor, que se hayan identificado en los formularios de adhesión correspondientes depositados en la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles, y hayan sido observadas y/o rechazadas por la Superintendencia en el período de comprendido entre los años 2010 al 2019, ambos años incluidos.**

Se aclara, que ninguno de los contratos autorizados por esta Superintendencia, contienen cláusulas o prácticas abusivas o cobros ilegales dentro de sus textos.

Al momento de efectuar la revisión a los modelos de Contrato de Apertura de Crédito para la Emisión y Uso de Tarjeta de Crédito, que fueron presentados para su depósito por los operadores de tarjetas de crédito, sobre la base del artículo 3 de la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito, 9 de las Normas Técnicas del Sistema de Tarjetas de Crédito, 22 de la Ley de Protección al Consumidor y 32 de su Reglamento, se advirtió que algunos contratos sí contenían cláusulas y prácticas abusivas y cobros o actos ilegales, lo cual en su debido momento ha sido observado o rechazado por esta Superintendencia en conjunto con la Defensoría del Consumidor, y fueron eliminadas o corregidas por los supervisados, a efecto de tener por depositados dichos contratos.

Dentro de las cláusulas abusivas identificadas al momento de la revisión de los modelos de contrato, que han sido presentados para su depósito, se encuentran:

1. Cobros por servicios inherentes al contrato.
2. Cobro por membrecía o retiros de efectivo.
3. Cobro de recargos por mora, cuando ya está determinado el cobro de intereses moratorios.

SUPERINTENDENCIA DE OBLIGACIONES MERCANTILES (SOM)

Teléfono: (503) 2590-5892 • Correo: superintendencia@economia.gob.sv
Alameda Juan Pablo II y Calle Guadalupe Edificio C1- C-2, Plan Maestro, Centro de Gobierno, San Salvador.
www.economia.gob.sv



MINISTERIO DE ECONOMÍA



4. Cobro por administración mensual sobre saldo del crédito o gestión administrativa del crédito.
5. Cobro por recuperación del saldo adeudado.
6. Cobro por contratación u otorgamiento del crédito.
7. Cobro de la reposición de la tarjeta por deterioro.
8. Modificación unilateral del contrato.
9. Cobro por emisión del historial crediticio (cuando el tarjetahabiente lo requiere menos de 2 veces en un mismo año).
10. Cobro por reposición de estados de cuenta.
11. Falta de claridad en las cláusulas (información incompleta o confusa para el consumidor).
12. Cláusula sobre cesión de créditos.
13. Cláusula de libre discusión sobre historial crediticio.
14. Plazo del Contrato o plazo del financiamiento.
15. Cláusulas que determinan obligaciones del emisor y del tarjetahabiente.
16. Causales de Terminación del Contrato.

5. Sanciones emitidas por la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles en el período comprendido entre los 'años 2010 al 2019, con motivo de la inclusión de cláusulas.'"

Para esta Superintendencia no está clara esta pregunta, pues si bien se solicita información sobre las sanciones emitidas por esta Oficina, no especifica en qué tipo de procedimiento administrativo sancionador o contra quien se han dictado. Y no está claro tampoco, el motivo de la sanción, pues únicamente se dice: "con motivo de la inclusión de cláusulas", sin especificar a qué cláusulas se refiere.

Atentamente,

SUPERINTENDENCIA DE OBLIGACIONES MERCANTILES (SOM)

Teléfono: (503) 2590-5892 • Correo: superintendencia@economia.gob.sv
Alameda Juan Pablo II y Calle Guadalupe Edificio C1- C-2, Plan Maestro, Centro de Gobierno, San Salvador.
www.economia.gob.sv

a) Admitir la solicitud de información número 43-10/2020.

b) Informar que la fecha límite de respuesta correcta, es el **viernes veinte de noviembre del presente año**, debido a que la información solicitada, excede los cinco años de haberse generado y, en consecuencia, el plazo se amplía a diez días hábiles más. Esta rectificación, se emite con base en el artículo 122 de la LPA.

c) Continuar con el trámite correspondiente, regulado en los arts. 50 letra "d" de la LAIP, a fin de brindar respuesta a la solicitud y resolver sobre el acceso a la información requerida, en concordancia a lo dispuesto en los arts. 72 de la LAIP y 55 de su Reglamento.

d) Notificar la presente resolución, al correo electrónico indicado como medio para recibir notificaciones.



Aída Funes Rivas
Oficial de Información y Transparencia



DEFENSORÍA DEL CONSUMIDOR

RESOLUCIÓN DE ENTREGA SOLICITUD DE INFORMACIÓN NÚMERO 43-10/2020

Defensoría del Consumidor, municipio de Antigua Cuscatlán, departamento de La Libertad, a las doce horas quince minutos del día diez de noviembre del año dos mil veinte, luego de haber recibido y admitido la solicitud de información número 43-10/2020, conteniendo los siguientes requerimientos: **"1. La cantidad de procesos civiles y mercantiles y sus respectivas referencias, así como la denominación de los Juzgados Civiles y Mercantiles en los que la Defensoría del Consumidor ha intervenido representado directamente o por medio de apoderados a los consumidores, en el ejercicio de sus derechos y facultades, de conformidad al Art., 58 lit. i) de la Ley de Protección al Consumidor, en el período del año dos mil diez al dos mil diecinueve. 2. Nombre de las Instituciones públicas o privadas, que en su carácter de operadores de servicios financieros, han depositado en dicha institución los formularios de contratos de adhesión de créditos para la comprobación de los derechos de los consumidores y el análisis de cláusulas abusivas. En el período de los años 2010 al 2019. 3. Las sentencias dictadas por el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor respecto de la inserción de cláusulas Abusivas en los contratos de adhesión suscritos por los operadores del sistema financiero y consumidores, en el período del año 2015 al 2019."**, que fue interpuesta ante la Unidad de Acceso a la Información Pública y Transparencia de esta dependencia, se verificó el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 66 de la Ley de Acceso a la Información Pública-LAIP; asimismo, se analizó el fondo de lo solicitado, procediendo a realizar las gestiones necesarias; a fin de obtener la información requerida, en cumplimiento al artículo 50 letra "d" de la LAIP, por lo que, previo a resolver sobre el acceso a la información, realizan las siguientes consideraciones:

1. Que de conformidad con los derechos instituidos por el art. 6 de la Constitución de la República, se garantiza el derecho de expresar y difundir el pensamiento, siempre que no subvierta el orden público ni lesione la moral, el honor ni la vida privada de los demás. Asimismo, los arts. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 4 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 13.1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, señalan que el acceso a la información pública es una herramienta eficaz en el ejercicio del derecho al acceso a la información.

2. Que con base en el art. 2 de la LAIP; establece que toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información generada, administrada o en poder de las instituciones públicas y demás entes obligados de manera oportuna y veraz, sin sustentar interés o motivación alguna.

3. En el marco de la competencia subjetiva, inmersa en los arts. 50 y 70 de la LAIP, otorgan a los oficiales de información las potestades requeridas para dar trámite a las solicitudes de información interpuestas ante las Unidades de Acceso a la Información Pública, y son responsables de diligenciarlas para dar una respuesta a los solicitantes.

4. Desde la Dirección Jurídica y el Tribunal Sancionador a través de su Secretaría, de la Defensoría del Consumidor, se brindaron los datos solicitados, conforme a su registro interno y en cumplimiento al artículo 62 de la LAIP.

5. Con base en lo notificado por las unidades administrativas responsables, la solicitud de información no se encuentra dentro de las excepciones reguladas en artículo 19 de la LAIP.

Por tanto, tomando en cuenta lo antes expuesto en observancia a los arts. 1, 6 y 18 de la Constitución, así como, el procedimiento de acceso a la información regulado por los arts. 50 letras "h" e "i", 61, 62, 65, 69, 72 y 102 de la LAIP, se resuelve:

- a) Entregar en dos archivos adjuntos, la información proporcionada por la Dirección Jurídica y la Secretaría del Tribunal Sancionador, de la Defensoría del Consumidor respectivamente, en respuesta a los requerimientos interpuestos.
- b) Notificar la presente resolución, al correo electrónico indicado como medio para recibir notificaciones.




Aída Fuñes Rivas

Oficial de Información y Transparencia

SOLICITUD DE INFORMACIÓN NÚMERO 43-10/2020

Requerimiento 1. La cantidad de procesos civiles y mercantiles y sus respectivas referencias, así como la denominación de los Juzgados Civiles y Mercantiles en los que la Defensoría del Consumidor ha intervenido representado directamente o por medio de apoderados a los consumidores, en el ejercicio de sus derechos y facultades, de conformidad al Art., 58 lit. i) de la Ley de Protección al Consumidor, en el período del año dos mil diez a dos mil diecinueve:

Respuesta:

2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
1ª Menor cuantía	1ª Menor cuantía	1ª Menor cuantía	1ª Menor cuantía	1ª Menor cuantía	1ª Menor cuantía	1ª Menor cuantía	Juzgado de lo Civil de Zacatecoluca	Juzgado de lo Civil de Zacatecoluca	Juzgado de lo Civil de Zacatecoluca
2ª Menor Cuantía	2ª Menor Cuantía	2ª Menor Cuantía	2ª Menor Cuantía	2ª Menor Cuantía	2ª Menor Cuantía	2ª Menor Cuantía	Juzgado de Primera Instancia de Sensuntepeque	Primera Instancia de Sensuntepeque	Primera Instancia de Sensuntepeque
2ª de lo Mercantil	2ª de lo Mercantil	2ª de lo Mercantil	2ª de lo Mercantil	2ª de lo Mercantil	2ª de lo Mercantil	2ª de lo Mercantil	2ª de lo Mercantil	2ª Menor Cuantía	2ª Menor Cuantía
1º de lo Civil	1º de lo Civil	1º de lo Civil	1º de lo Civil	1º de lo Civil	1º de lo Civil	1º de lo Civil	Civil de Mejicanos	Civil de Mejicanos	Civil de Mejicanos
2º de lo Civil	2º de lo Civil	2º de lo Civil	2º de lo Civil	2º de lo Civil	2º de lo Civil	2º de lo Civil	Civil de Santa Tecla	Civil de Santa Tecla	Civil de Santa Tecla
4º de lo Civil	4º de lo Civil	4º de lo Civil	4º de lo Civil	4º de lo Civil	4º de lo Civil	4º de lo Civil	Juzgado 5º de lo Civil y Mercantil. Juez 3	Juzgado 5º de lo Civil y Mercantil. Juez 3	Juzgado 5º de lo Civil y Mercantil. Juez 3
4º de lo mercantil	4º de lo mercantil	4º de lo mercantil	4º de lo mercantil	4º de lo mercantil	4º de lo mercantil	4º de lo mercantil	Civil Apopa	Civil de Apopa	Civil de Apopa
Civil	Civil	Civil	Civil	Civil	Civil	Civil			
3º de lo Civil	3º de lo Civil	3º de lo Civil	3º de lo Civil	3º de lo Civil	3º de lo Civil	3º de lo Civil			
2º de Menor Cuantía (Juez 1)	2º de Menor Cuantía (Juez 1)	2º de Menor Cuantía (Juez 1)	2º de Menor Cuantía (Juez 1)	2º de Menor Cuantía (Juez 1)	2º de Menor Cuantía (Juez 1)	2º de Menor Cuantía (Juez 1)			
15º de Paz	15º de Paz	15º de Paz	15º de Paz	15º de Paz	15º de Paz	15º de Paz			
27 consumidores y 2 colectivos	27 consumidores y 2 colectivos	27 consumidores y 2 colectivos	55 consumidores y 4 colectivos	50 consumidores y 4 colectivos	58 consumidores y 4 colectivos	18 consumidores	11 consumidores	14 consumidores Y 1 Colectivo	21 consumidores

****En lo referente a la solicitud de información sobre los números de referencia asignados a los procesos civiles y mercantiles incoados, se sugiere que se realice la solicitud respectiva en la instancia judicial correspondiente.**

Requerimiento 2. Nombre de las Instituciones públicas o privadas, que, en su carácter de operadores de servicios financieros, han depositado en dicha Institución los formularios de contratos de adhesión de créditos para la comprobación de los derechos de los consumidores y el análisis de cláusulas abusivas. En el período de los años 2010 al 2019:

Respuesta:

El artículo 22 inciso 4º de la Ley de Protección al Consumidor (LPC) establece que los proveedores de servicios financieros depositarán los formularios de adhesión en la Institución encargada de su fiscalización y vigilancia, quien verificará de manera conjunta con la Defensoría del Consumidor que cumplen lo correspondiente a los derechos del consumidor y demás normativa. El procedimiento de revisión se desarrolla en el artículo 32 del Reglamento de la LPC.

El procedimiento de revisión de contratos de adhesión detallado en el artículo 32 del Reglamento de la LPC, establece que la entidad fiscalizadora deberá hacer del conocimiento de la Defensoría la presentación de la solicitud de revisión de contratos de adhesión y de los respectivos formularios, así como remitirle copia de los mismos.

La Institución que ejerza la fiscalización y vigilancia deberá emitir y notificar resolución en la que se habilitará o prohibirá el uso de los formularios, como resultado del procedimiento de revisión de los contratos.

Las instituciones que ejercen la fiscalización y vigilancia de los proveedores de servicios financieros son:

1. La Superintendencia del Sistema Financiero (artículos 1 y 3 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero).
2. El Instituto de Fomento Cooperativo (artículo 2 letra f) de la Ley de Creación del Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo).
3. La Superintendencia de Obligaciones Mercantiles (artículo 2 de la Ley de la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles).

En razón de lo expuesto anteriormente, la Defensoría del Consumidor no tiene dentro de sus competencias el depósito, objeción o rechazo de los formularios de adhesión utilizados por los proveedores de servicios financieros, que corresponde a las respectivas entidades fiscalizadoras según la normativa legal aplicable.

Fuente: Dirección Jurídica.

SOLICITUD DE INFORMACIÓN NÚMERO 43-10/2020

Requerimiento 3. Las sentencias dictadas por el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor respecto de la inserción de cláusulas Abusivas en los contratos de adhesión suscritos por los operadores del sistema financiero y consumidores, en el período del año 2015 al 2019.”

Respuesta:

“Habiéndose revisado los casos sancionados por este Tribunal, en el período de 2015 a 2019, por la comisión de la infracción al artículo 44 letra e) en relación al artículo 17, ambos de la Ley de Protección al Consumidor -LPC-. Se informa que no existe ningún caso sancionado por cláusulas abusivas en los contratos de adhesión suscritos por los operadores del sistema financiero.

Lo anterior atiende al cumplimiento del artículo 22 de la LPC, en lo relativo al depósito de los formularios, que de forma conjunta avalan la Superintendencia del Sistema Financiero -SSF- y la Defensoría del Consumidor -DC-.”

Fuente: Secretaría del Tribunal Sancionador.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil I Introducción y Parte General*. Décimo quinta edición. Barcelona: Librería Bosch, S.L. 2002.
- Alessandri Rodríguez, Arturo. *Teoría de las Obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1988.
- Alessandri R., Arturo, Manuel Somarriva U. y Antonio Vodanovic H. *Tratado de las Obligaciones: De las Obligaciones en General y sus diversas clases*, Volumen I. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- Alessandri R., Arturo, Manuel Somarriva U. y Antonio Vodanovic H. *Tratado de derecho Civil: Partes Preliminar y General*, Tomo II, 1ª. ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- Alterini, Atilio Anibal. *Contratos Civiles- Comerciales de Consumo, Teoría General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999.
- Alterini, Atilio Anibal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.
- Arias, José. *Contratos Civiles Teoría y Práctica*. Tomo I. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1939.
- Arnau Moya, Felipe. *Lecciones de Derecho Civil I*. Castellón De la Plana: Universidad Jaume I, 2008/2009.
- Barros Errázuriz, Alfredo. *Curso de Derecho Civil- Trata de los Contratos y demás Fuentes de las obligaciones*. Vol. III. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1932.
- Bayón, Juan Carlos. *Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas, en Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- Bonet Sánchez, José Ignacio. *El Coste del crédito de consumo, en Crédito y protección del consumidor*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996.
- Borja Soriano, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo Primero. México D.F.: Editorial Porrúa, S.A. 1953.
- Cabañas García, Juan Carlos. *Código Procesal Civil y Mercantil Comentado*. San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2010.
- Canosa Usera, Raúl y Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *Derecho de los consumidores y usuarios: Una perspectiva integral*. La Coruña: Netbiblo, S. L., 2008.
- Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De las Obligaciones*, Vol. VI. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1979.
- De Castro y Bravo, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985.
- Díaz Alabart, Silvia. *Introducción: La contratación con consumidores, en Manual de Derecho de Consumo*. Madrid: Editorial Reus, S.A., 2016.
- Díaz Alabart, Silvia y María Teresa Alvarez Moreno. *Contratación con condiciones generales y cláusulas abusivas, en Manual de Derecho de Consumo*. Madrid: Editorial Reus, S.A., 2016.
- Diez Picazo, Luis. *Derecho y masificación social, tecnológica y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1987.
- Diez Picazo, Luis y Luis Ponce De León, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Tomo I, 5a Edición. Madrid: Técnos, 1996.
- Diez Picazo, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Sexta Edición. Navarra: T.I. Thomson Civitas, 2007.

Diez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. 2, Sexta Edición, Madrid: Tecnos, 1992.

Escobar Fornos, Iván. *Curso de Contratos* Managua: Editorial Hispamer, 1998.

Farina, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos. Modalidades de contratación empresarial*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999.

Fernández Bulté, Julio. *Teoría del Estado y del Derecho*. La Habana: Editorial Félix Varela, 2005.

Fernández López, Juan Manuel. *Contratos vinculados a la obtención de un crédito*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996.

Ferrero, Raúl. *El negocio jurídico*. Lima: Editorial Rocarme, 1974.

Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho Civil*. México: Editorial Porrúa, 1995.

Hinestrosa, Fernando. *Derecho Civil Obligaciones*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1964.

Iglesias Vásquez, María del Ángel, Marina Matud Juristo y Mónica Muesmann Torres de Navarra. *La Política Común de Consumidores en la Unión Europea, en Derecho de los Consumidores y Usuarios: una Perspectiva Integral*. Ed. por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Raúl Canosa Usera. España: Netbiblo, 2008.

López Santa María, Jorge. *Los Contratos*. (Parte General). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998.

Mazeaud, Henri y León, y Jean Mazeaud, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Segunda, Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Euripa-América, 1978.

Mena Guerra, Enrique. *Valor y función de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo, Especial Referencia al Regimen Jurídico Salvadoreño*. San Salvador: Agencia para el Desarrollo Internacional –USAID, 2011.

Mena Castro, Armando Enrique. ed. *Criterios Jurisprudenciales del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor*. El Salvador: Defensoría del Consumidor, 2015. <https://www.defensoria.gob.sv/defensoria-del-consumidor-presenta-libro-criterios-jurisprudenciales-de-proteccion-al-consumidor/>

Meza Barros, Ramón. *Manual de Derecho Civil, de las Fuentes de la Obligaciones*. Tomo I, Octava Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1995.

Montecino Giralt, Manuel Arturo. *El amparo en El Salvador*. San Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2005.

Ordoqui Castilla, Gustavo. “*Interpretación del contrato en el Régimen Uruguayo*”, en *Instituciones de Derecho Privado*, 2. Montevideo: Editorial Temis, 2001.

Parada Gámez, Guillermo Alexander. *Lecciones procesales. Una revista al Código Procesal Civil y Mercantil*. San Salvador: Editorial Cuscatleca, 2020.

Petit, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. 14º edición. México: Editorial Porrúa, 1998.

Pizzarro, Ramón Daniel y Carlos Gustavo Vallespinos. *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones. I Concepto de obligación, elementos, clasificaciones*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

Prats Albertosa, Lorenzo. *Crédito de Consumo, en Manuales Derecho Privado de Consumo*, coor. por Reyes López, María José. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.

Rebaza Torres, Alberto. “*¡No me defiendas compadre! Los Efectos económicos de la intervención del Estado en materia de protección al consumidor*” en *Ensayos sobre protección al consumidor, en el Perú*. ed. por Oscar Súmar. Perú: *Universidad del Pacífico*, Marzo-2011.

Reyes López, María José. *La protección de los derechos de los consumidores, en Manual de Derecho Privado de Consumo*, 2º Ed. Madrid: La Ley, 2012.

Rodríguez de Almeida, María Goñi y Esther Monterroso Casado. *La protección del consumidor en el Derecho Civil, en Derecho de los Consumidores y Usuarios: Una perspectiva integral*. ed. Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime y Raúl Canosa Usera. La Coruña: Netbiblo, 2008.

Rodríguez Rodríguez, Joaquín. *Derecho Mercantil*. 26º Edición. México: Editorial Porrúa, 2003.

Rodríguez Ruíz, Napoleón. *Historia de las instituciones jurídicas salvadoreñas*. San Salvador: Sección de Publicaciones, Corte Suprema de Justicia. 2006.

Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil III. 21º Edición*. México: Editorial Porrúa, 1998.

Rossel S., Enrique. *Las actuales orientaciones del Derecho. Conferencias pronunciadas por catedráticos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Orientaciones actuales del derecho de las obligaciones*. Santiago: Editorial Nascimento, 1942.

Rubio Correa, Marcial. *El Sistema Jurídico, Introducción al Derecho*, 10ª Edición. Lima: Fondo Editorial, 2009.

Serra Rodríguez, Adela. “Condiciones generales de la contratación y Cláusulas Abusivas”, en *Manuales Derecho Privado de Consumo*, coor. María José Reyes López. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.

Soler Pascual, Luis Antonio. *Acciones individuales relativas a condiciones generales de contratación y a la protección de usuarios y consumidores. Cuadernos digitales de formación*, Nº 6. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2017.

Stiglitz, Rubén. *Contratos Civiles y Mercantiles*. Tomo 2. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

Stiglitz, Rúben S. y Gustavo A. Stiglitz. *Derechos y defensa del consumidor*. Buenos Aires: La Rocca, 1994.

Valladares, Fausto. ed., *Institucionalidad y derecho de consumo en El Salvador, Defensoría del Consumidor ¡10 años de protección al consumidor!*. San Salvador: Equipo Maíz, 2015.

Vallet de Goutisolo, Juan B. *Anuario de Derecho Civil. El concepto del derecho en los maestros De Diego, Castán Tobeñas y Castro Bravo* Vol. 51, nº 3. España: Dialnet, 1998.

Vásquez Ferreyra, Roberto A., y Eduardo Romera, *Protección y Defensa del Consumidor. Ley 24240*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1994.

Revistas académicas y profesionales

Acedo Penco, Ángel. “El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n. 14-15 (1996-1997): 323-392.

Barocelli, Sergio Sebastián. “La regulación de las prácticas comerciales en el derecho del consumidor argentina”, *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Pelotas*, nº. 1, Vol. 03 (2017): 112-140.

Barocelli, Sergio Sebastián. “Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial”, *Revista Derecho Comercial, del Consumidor y la Empresa* (febrero 2015): 1-9.

Basterra, Marcela I. “El problema de las lagunas del derecho”, *Derecho & Sociedad*, nº 15, (2000): 280-291.

Blanco García, Ana Isabel. “Necesidad de controlar de oficio las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo. Visión comparada con el régimen español”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 41 (julio-diciembre 2016): 35-60.

Bozzo Hauri, Sebastián. “Incumplimiento de contratos vinculados en función de consumo y mecanismos de protección en el ordenamiento chileno”, *Revista de Derecho XLV* (2do Semestre, 2015): 39-66.

Cabrera Peña, Karen Isabel. “El derecho de consumo: Desde la teoría clásica del contrato hasta los nuevos contratos” *Revista de Derecho*, n° 35, (2011): 55-95.

Cámara Lapuente, Sergio. “La codificación del Derecho de Consumo: ¿Refundación o Refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho Comparado)”, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, n° 1 (enero-marzo, 2015): 105- 151.

Cerra, Eduardo Pablo. “De la autonomía de la voluntad: noción, limitaciones y vigencia”, *Advocatus*, n. 29, Volumen 14 (2017): 179-190. DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.29.1661>

Coloma Correa, Rodrigo. “Interpretación de contratos: entre literalidad e intención”, *Revista Chilena de Derecho privado*, n° 26 (Julio 2016): 9-47.

De Castro y Bravo, Federico. “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad” *Anuario de Derecho Civil*, n° 4, Vol. 35 (1982): 987- 1086.

De la Fuente- Hontañón, Rosario. “El mutuo”, *Repositorio Institucional PIRHUA* (noviembre 2010).

Díaz Alabart, Silvia. “Financiación del consumo y contratos unidos en la ley de crédito al consumo”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n° 20 (1996).

Doyharcabal Casse, Solange. “Naturaleza jurídica del mutuo: contrato real, consensual o solemne” *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n° 19 (2010): 199-208.

Durand Carrión, Julio Baltazar. "El Derecho del consumidor y sus efectos en el derecho civil, frente a la contratación de consumo en el mercado", *VOX JURIS*, n° 2, Volumen 24 (2012): 97-124.

Durand Carrión, Julio Baltazar. “Determinación del Derecho del Consumidor como Disciplina Jurídico Autónoma”, *Derecho & Sociedad*, n° 34, (2010): 69-81.

Echeverri Salazar, Verónica María. “El control de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores”, *Opinión Jurídica*, n° 20, Volumen 10 (julio-diciembre, 2011).

Espín Canóvas, Diego. “Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites a la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa”, *Anuario de derecho civil*, (1963): 783-820
<file:///C:/Users/HP/Downloads/Dialnet-LasNocionesDeOrdenPublicoYBuenasCostumbresComoLimi-2048752.pdf>

Estigarribia Bieber, María Laura. “Interpretación de los contratos. Evolución de sus principios”, *Anuario de Derecho Civil*, n° 11 (2019).
<http://revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/index.php/ADC/article/view/998>

Estigarribia Bieber, María Laura. “Las Cláusulas Abusivas en la contratación con consumidores en la Legislación Argentina”, *Comunicaciones Científicas y Tecnológicas* (2006): 2-5.

Galiano-Maritan, Grisel y Deyli González- Milián, “La integración del Derecho ante las lagunas de la ley. Necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del Derecho”, *Dikaion*, año 26, Vol. 21, n° 2 (diciembre 2012): 431-458.

García Cantero, Gabriel. “Integración del derecho del consumo en el derecho de las obligaciones”, *Revista Jurídica*, n° 13 (2012): 37-51.

Guarín Ferrer, Juan Carlos. “Autonomía de la voluntad en los contratos de consumo”. *Revista de Derecho Privado Ratio Juris*, n° 2, Año II. (2014).

Hernández Fraga, Katuska. “El principio de autonomía de la voluntad contractual civil, sus límites y limitaciones”, *Revista Jurídica, de Investigación e Innovación Educativa*, n. 6 (2012): 27-46. <https://www.eumed.net/rev/rejie/06/hfgc.pdf>

Liévano Chorro, José Gerardo. “La integración Jurídica y la Analogía”. *Revista de la Facultad de Derecho*, año 8, n° 13 (Enero 2016): 16-27.

López Camargo, Javier. “La protección del consumidor en el Derecho Privado Codificado”, *Con-Texto*, vol. 7 (2000): 37-39.

López Díaz, Patricia Verónica. “El principio de equilibrio contractual en el Código Civil Chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 25 (diciembre 2015): 115-181.

Maraví Contreras, Alfredo. “Breves apuntes sobre el sistema de protección al consumidor en el Perú”, *Revista de Actualidad Mercantil*, n° 11 (2013): 31-41.

Marín López, Manuel Jesús. “El crédito al consumidor”, *Ars Boni et Aequi*, n° 1 (2017): 8-116.

Márquez, José Fernando. “Conexidad contractual. Nulidad de los contratos y del programa”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal- Culzoni Editores* (2007): 151-165.

Momberg Uribe, Rodrigo. “El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato”, *Revista de Derecho*, n° 1, Volumen XXVI, (Julio 2013): 9-27.

Momberg U., Rodrigo. “Análisis de los modelos de vinculación del Código civil y la legislación de protección al consumidor. Hacia un principio general de protección de la parte débil en el derecho privado”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, n° 2 (2015): 737- 756.

Morales Hervias, Rómulo. “Contribución a la teoría de los contratos conexos”, *Revista Derecho y Sociedad*, n° 19 (2002): 119-139.

Núñez Leiva, J. Ignacio. “Constitución, Neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (Normativas y Axiológicas)”, *Estudios Constitucionales*, año 10, n° 2 (2012): 511-532.

Otárola Espinoza, Yasna. “La función supletoria de las normas de derecho civil”, *Revista Chilena de derecho y ciencia política*, vol. 3, n° 2 (Agosto-diciembre 2012): 89-108.

Pizarro Wilson, Carlos. “La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno”, *Estud. Socio-Jurid*, 6(2) (julio-diciembre 2004): 117- 141.

Posada Torres, Camilo. “Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, n° 29 (julio-diciembre 2015). DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n29.07>.

Revoredo de Mur, Delia. “La autonomía de la voluntad y ley aplicable al contrato internacional en latinoamérica”, *THEMIS Revista de Derecho*, n. 30 (1994): 231-241.

Rodríguez Grez, Pablo. “Pacta Sunt Servanda”, *Revista Actualidad Jurídica Universidad del Desarrollo*, n° 18 (2008): 107-187.

Rodríguez Russo, Jorge. “El principio de conservación del contrato como canon hermenéutico”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 31 (Julio-diciembre 2011): 216-280.

Rodríguez Russo, Jorge. “La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil uruguayo”, *InDret Revista para el análisis del derecho n°4*, (2013): 1-54.

Sanclémente, Héctor Julian. “Lecciones y Derecho. Sobre la interpretación de los contratos”, *Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, n° 40/41 (1969): 381-399.

Silva Barroilhet, Paula. “Autonomía de la Voluntad, contratación electrónica y protección del Consumidor”, *Revista Chilena de Derecho Informático*, n. 3 (2003).

Soto Coaguila, Carlos Alberto. “La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato”, *Vniversitas*, n° 106, Vol. 52 (2003): 519-562.

Stiglitz, Rúben S. “Contrato de consumo y cláusulas abusivas”, *Con-texto*, Vol. 4 (1999): 32-51.

Warnier Readí, María Isabel. “Acerca del Pacta Sunt Servanda, la Buena Fe, la Interpretación Contractual y su relación con la Teoría de los Actos Propios”, *Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo*, n° 37 (2018): 471-485.

Tesis

Andrade Ramírez, Víctor. “Derecho del consumo. “Un breve relato sobre sus fundamentos teóricos, desarrollos y nuevas tendencias” Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, 2015.

Ávila, Francisco Javier Vicente. “Las lagunas del derecho”. Tesis de grado en Derecho. Universidad de Salamanca, 2017.

Bonivento Correa, Pedro Felipe. “La autonomía privada de la voluntad frente a los contratos de derecho privado”. Tesis de Grado. Pontificia Universidad Javeriana, 2000.

Clará Recinos, Mauricio Alfredo. “La integración del Derecho”. Tesis Doctoral. Universidad de El Salvador, 1970.

Estigarribia Bieber, María Laura. “Las Cláusulas Abusivas en la Contratación con Consumidores en la Legislación Argentina”. Tesis Doctoral. Universidad Nacional del Nordeste, 2006.

Ferrari Yaunner, Majela. “Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba”. Tesis Doctorado. La Habana, 2010.

Llanos Medina, Artemio. “El principio de la Autonomía de la Voluntad y sus limitaciones”. Tesis Licenciatura. Universidad de Chile, 1944.

Mancilla Bañares, Marianela del Carmen. “Las facultades del Juez en el control de las cláusulas abusivas insertadas en los contratos de adhesión. Análisis del modelo chileno y de derecho comparado”. Tesis licenciatura. Universidad Austral de Chile, 2013.

Mateluna Silva, Cristian Eduardo. “De la autonomía de la voluntad como fuente del derecho aplicable a los contratos internacionales. ¿Mito o realidad?”. Tesis Licenciatura. Universidad de Chile, 2016.

Miranda Rivas, María Ángela. “La defensa en juicio en el trámite de las oposiciones en el juicio ejecutivo civil y mercantil”. Tesis maestría. Universidad de El Salvador, 2014.

Peñate Sánchez, Melvin Mauricio. “Los límites a la autonomía de la voluntad en la contratación salvadoreña”. Tesis maestría. Universidad de El Salvador, 2013.

Revelo Vaquero, Rodolfo Antonio. “Aspectos de la Jurisprudencia y Doctrina Legal en El Salvador”. Tesis Doctoral, Universidad de El Salvador, 1977.

Valiente, José Manuel. “Créditos a la producción”. Tesis licenciatura. Universidad Dr. José Matías Delgado, 1989.

Warner de Tizón, Claudia. “Limitaciones a la autonomía de la voluntad”. Tesis doctoral. Universidad Nacional del Litoral, 2013.

Legislación

- Constitución de la República de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983.
- Código Civil. El Salvador: Ministerio de Justicia de El Salvador, 1860.
- Código de Comercio. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1970.
- Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2008.
- Código de Procedimientos Civiles. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1981.
- Ley de Protección al Consumidor. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2005.
- Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009.
- Ley Contra la Usura. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2013.
- Ley de Creación del Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 1969.
- Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009.
- Ley de Bancos. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1999.
- Ley de Bancos Cooperativos y Sociedades de Ahorro y Crédito. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2000.
- Ley de Procedimientos Administrativos. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2018.
- Acuerdo Ejecutivo en el Ramo de Economía, para la fijación del doce por ciento anual de interés legal mercantil. El Salvador: Ministerio de Economía de El Salvador, 1983.
- Normas Técnicas para la Transparencia y Divulgación de la Información de los Servicios Financieros Bancarios. El Salvador: Banco Central de Reserva de El Salvador, 2018.
- Normas para clasificar los activos de riesgo crediticio y constituir las reservas de saneamiento. El Salvador: El Consejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero de El Salvador, 2006.
- Decreto Legislativo N° 267. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1992.
- Decreto Legislativo N°. 666. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1996.
- Reglamento de la ley de Protección al Consumidor, El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2015.
- Declaración de Montevideo, XVI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y Gobierno. 2006. <https://www.oei.es/historico/xvicumbredec.htm>
- Directrices de las Naciones Unidas sobre la Protección del Consumidor. Asamblea General, Abril 1985.
- Directiva 93/13/CEE, Sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Unión Europea: Consejo de las Comunidades Europeas, 5 de abril 1993.
- Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. España: Ministerio de la Presidencia, 2007.
- Código Civil y Comercial de la Nación. Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, 2014.

Sentencias

- Corte Suprema de Justicia. *Resolución Conflicto de Competencia, Referencia: 198-D-2009*. 2010. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 10 de junio 2010.

Corte Suprema de Justicia. *Resolución Conflicto de Competencia, Referencia: 111-D-2009*. 2010. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2010.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 121-2007*. 2012. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 1-2014*. 2015. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Amparo, Referencia 38-2009*. 2013. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Amparo, Referencia 138-2015*. 2017. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Amparo, Referencia 139-2015*. 2017. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 15-99/17-99*. 2002. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2002.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 26-2008*. 2009. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2009.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 1-2014*. 2015. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Amparo, Referencia: 537-2015*. 2015. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Amparo, Referencia: 161-2016*. 2016. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Habeas Corpus, Referencia: 1-B-95*. 1996. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1996.

Sala de lo Civil. *Sentencia de Casación, Referencia 178-CAC-2001*. 2012. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012.

Sala de lo Contencioso Administrativo. *Sentencia de Proceso Contencioso Administrativo, Referencia 297-2010*. 2017. El Salvador: Corte Suprema de Justicia 2017.

Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro. *Sentencia de Apelación, Ref. 99-4CM-15-A*. 2016. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016.

Cámara de lo Civil de la Primera Sección de Occidente, *Sentencia Recurso de Apelación, Referencia: 22-2012-4*. 2012. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 18 de abril 2012.

Juzgado Tercero de Menor Cuantía (Jueza dos), *Juicio Ejecutivo Civil, Referencia 14626-11-EC-3MC2 (1)*. 2012. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012.

Tribunal Sancionador, *Resolución, Referencia: 240/2011*. 2012. El Salvador: Defensoría del Consumidor, del 8 de febrero de 2012.

Tribunal Sancionador. *Resolución, Referencia: 320/2010*. 2010. El Salvador: Defensoría del Consumidor, del 30 de junio de 2010.

Tribunal Sancionador. *Resolución, Referencia: 139/11*. 2012. El Salvador: Defensoría del Consumidor, del 9 de febrero de 2012.

Tribunal Sancionador. *Resolución, Referencia: 34/2009*. 2009. El Salvador: Defensoría del Consumidor, del 26 de octubre de 2009.

Tribunal Sancionador. *Resolución, Referencia: 797-07*. 2009. El Salvador: Defensoría del Consumidor, del 31 de julio de 2009.

Tribunal Sancionador. *Resolución, Referencia: 1280/2009*. 2009. El Salvador: Defensoría del Consumidor, del 7 de septiembre de 2009.

Tribunal Sancionador. *Resolución, Referencia: 116/2009*. 2009. El Salvador: Defensoría del Consumidor, del 3 de septiembre de 2009.

Tribunal Sancionador. *Resolución, Referencia: 250/2010*. 2010. El Salvador: Defensoría del Consumidor, del 20 de mayo de 2010.

Tribunal Sancionador. *Resolución, Referencia: 258/2009*. 2009. El Salvador: Defensoría del Consumidor, del 10 de noviembre de 2009.

Tribunal Sancionador. *Resolución, Referencia: 1036-09*. 2010. El Salvador: Defensoría del Consumidor, del 18 de enero de 2010.

Tribunal Sancionador. *Resolución, Referencia: 1589/2012*. 2013. El Salvador: Defensoría del Consumidor, del 30 de abril de 2013.

Tribunal Sancionador. *Resolución, Referencia: 1588/2012*. 2013. El Salvador: Defensoría del Consumidor, del 15 de febrero de 2013.

Tribunal Sancionador. *Resolución, Referencia: 119/2010*. 2010. El Salvador: Defensoría del Consumidor, del 24 de marzo de 2010.

Sala Primera. *Sentencia de Proceso Monitorio, Asunto: C-618/2010*. 2012. Luxemburgo: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2012.

Sala Tercera. *Sentencia, Asunto C-498/16*. 2018. Luxemburgo: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 25 de enero 2018.

Sala Primera de lo Civil. *Sentencia de Recurso de Casación, núm.: 241/2013*. 2013. Villa de Madrid, España: Tribunal Supremo, de fecha 8 de mayo 2013.

Documentación presentada en conferencia

Morales, Saúl Ernesto. “Integración de las normas procesales”. Sesión sincronizada Curso de Metodología, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, 29 septiembre de 2020.

Fratti de Vega, Karla María. “Contratación en materia de consumo, Contratos de Adhesión”. Ponencia dictada en la Escuela Superior de Economía y Negocios, 2006.

Fratti de Vega, Karla María. “El Derecho de Consumo en El Salvador”, *Revista Escuela Superior de Economía y Negocios*, (2013).

<http://www.redicces.org.sv/jspui/bitstream/10972/738/1/El%20Derecho%20de%20Consumo%20en%20El%20Salvador.pdf>

Recursos de internet

Bellido Aspas, Manuel, Julio Alfredo Rivas Hernández y Guillermo Alexander Parada Gámez. “Módulo III. El derecho procesal laboral salvadoreño y el Nuevo derecho procesal civil y mercantil”. Consejo Nacional de la Judicatura, Programa Regional USAID, Fortalecimiento de la Justicia Laboral. El Salvador. 8.

<http://www.jurisprudencia.ues.edu.sv/AntiguoSitio/oajc/documentos/APLICACIONSUPLETORIADELCODIGOPROCESALCIVILYMERCANTI%20ENEL%20PROCESOLABORAL.pdf>

Defensoría del Consumidor, “Memoria de labores Junio 2016 a mayo 2017” (2017): file:///C:/Users/HP/Downloads/reporte_actualizado.pdf

Defensoría del Consumidor, “Memoria de labores Junio 2017 a mayo 2018” (2017): 69. [file:///C:/Users/HP/Downloads/Informe_de_labores%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/HP/Downloads/Informe_de_labores%20(1).pdf)

Defensoría del Consumidor, “Memoria de labores Junio 2018 a mayo 2019” (2019): 21. <https://www.defensoria.gob.sv/wp-content/uploads/2019/05/labores.pdf>

Defensoría del Consumidor, “Memoria de labores 2019-2020” (2020). <https://www.defensoria.gob.sv/wp-content/uploads/2020/06/Informe2020.pdf>

O’Callaghan Muñoz, Xavier. “Condiciones Generales de Contratación: Conceptos Generales y Requisitos”. Ponencia del Consejo General del Poder Judicial, España comparativo con legislación salvadoreña. https://www.cnr.gob.sv/documentos/rc/cl/condiciones_grl_contratacion.pdf
file:///C:/Users/HP/Downloads/COOPERATIVAS_ACTIVAS_AL_31_DE_DICIEMBRE_2020.pdf

Resolución OIR.SSF-0022/2017, 21/02/2017 por Carmine Olga Portillo Silva, Oficial de Información, Superintendencia del Sistema Financiero. <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:OhgCF8pc6ukJ:https://www.transparencia.gob.sv/institutions/ssf/documents/175231/download+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=sv>