

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS



TEMA:
LOS LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN CIVIL SALVADOREÑA

TESINA PARA OBTENER EL TÍTULO DE POSGRADO DE:
MAESTRO JUDICIAL

PRESENTA

LIC. MELVIN MAURICIO PEÑATE SÁNCHEZ

DIRECTOR DE SEMINARIO

DR. RUTILIO ANTONIO DÍAZ MARTÍNEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, JUNIO DE 2013

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO
RECTOR

MAESTRA ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO
VICERRECTORA ACADÉMICO

LICENCIADO SALVADOR CASTILLO ARÉVALO
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO (interino)

DOCTORA ANA LETICIA ZAVALA DE AMAYA
SECRETARIA GENERAL

LICENCIADO FRANCISCO CRUZ LETONA
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO
DECANO

LICENCIADO DONALDO SOSA PREZA

VICEDECANO

LICENCIADO ÓSCAR ANTONIO RIVERA MORALES
SECRETARIO

DOCTORA EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA
DIRECTORA DE ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

DR. RUTILIO ANTONIO DÍAZ MARTÍNEZ
DIRECTOR DE SEMINARIO

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	iii
CAPÍTULO I	
AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y SUS LÍMITES	
1. Concepto de autonomía de la voluntad.....	1
2. Fundamento de la autonomía de la voluntad.....	3
3. Divergencia entre voluntad interior y voluntad exteriorizada.....	7
4. Límites a la autonomía de la voluntad.....	12
4.1. La moral como límite a la autonomía de la voluntad.....	15
4.2. El orden público como límite a la autonomía de la voluntad.....	19
CAPÍTULO II	
MECANISMOS DE CONTROL FRENTE A LA INOBSERVANCIA DE LOS LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	
1. Generalidades.....	23
2. La nulidad.....	24
2.1. La nulidad y la inexistencia desde la perspectiva de la autonomía de la voluntad.....	27
3. La lesión.....	30
3.1. Concepto.....	31
3.2. Fundamento.....	34
4. La simulación.....	39
4.1. Simulación absoluta.....	41
4.2. Simulación relativa.....	43
5. El abuso del derecho.....	45
CAPÍTULO III	
ANÁLISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y SUS LÍMITES EN EL DERECHO CIVIL SALVADOREÑO.	
1. Fundamento constitucional de la autonomía de la voluntad.....	50
2. Fundamento legal de la autonomía de la voluntad.....	55
3. Fundamento constitucional de los límites a la autonomía de la voluntad.....	59
4. Límites a la autonomía de la voluntad en el derecho civil salvadoreño.....	61
CAPÍTULO IV	
CONTROL NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LAS VIOLACIONES A LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.	
1. La nulidad y la inexistencia.....	68
2. La lesión y el abuso del derecho.....	76

2.1. La usura como especial forma de lesión.....	82
2.2. Análisis del art. 1963 del código civil a partir de la vigencia de la ley contra la usura.....	88
3. La simulación en el código civil.....	93
3.1. El pacto de retroventa como forma concreta de simulación contractual.....	98

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones.....	107
Recomendaciones.....	108

BIBLIOGRAFÍA.

Libros.....	110
Revistas consultadas.....	116
Tesis consultadas.....	117

ÍNDICE LEGISLATIVO

Nacional.....	117
Internacional.....	117

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.....	118
------------------------------------	------------

SITIOS WEB VISITADOS.....	119
----------------------------------	------------

OTRAS FUENTES.....	119
---------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

Se formula, en el presente trabajo, un análisis del tratamiento normativo vigente en lo que respecta a los límites del principio de autonomía de la voluntad. Se trata sin duda de un tema de trascendente importancia en el ejercicio de la libertad contractual, y en términos generales en la aplicación del derecho civil, lo que se advierte de los múltiples textos que históricamente se han ocupado de su estudio, de los diversos tratamientos que del mismo se plantea en la doctrina existente, y de las variadas posturas legislativas que han existido y existen en torno a la configuración de los referidos límites. Esa falta de uniformidad en su tratamiento, a pesar del reconocimiento universal de los principales postulados de la autonomía de la voluntad y sus límites, justifican esbozar algunas ideas que coadyuven a aportar claridad respecto de la situación actual en el Código Civil salvadoreño, y a la vez promover una postura proactiva, en busca de una eventual reformulación de lo existente, en miras a armonizar la legislación secundaria con los valores fundamentales imperantes en la sociedad.

La tarea propuesta en el párrafo precedente se ha desarrollado mediante cuatro capítulos, ocupándose los primeros dos de aspectos doctrinarios vinculados con el tema, sin realizar el correspondiente proceso comparativo o crítico, de la conformidad que el Código Civil salvadoreño pueda o no presentar con la doctrina existente. En los dos restantes capítulos, se adentra al análisis de la situación jurídica de las instituciones vinculadas con los límites a la autonomía de la voluntad en el derecho civil salvadoreño, exponiendo el respaldo jurídico y jurisprudencial respectivo y dejando en evidencia la ausencia de regulación de importantes instituciones que en doctrina y en derecho comparado se emplean para el tratamiento de los referidos límites.

A manera de síntesis puede señalarse que en los capítulos primero y segundo se ha creído necesario tratar aspectos genéricos del tema de la autonomía de la voluntad, exponiendo las acepciones doctrinarias existentes y el fundamento de dicho principio. Además, se consideró importante destacar los problemas que se suscitan cuando existe divergencia entre la voluntad interior y la exteriorizada, señalando las principales posturas doctrinarias encaminadas a resolver la referida divergencia, para luego presentar, siempre de manera genérica, los límites universalmente aceptados como imperantes al momento de ejercitarse la referida autonomía privada, entre los que se destacan la moral y el orden

público, por considerar que son los límites en los cuales se observa mayor dificultad de concreción en cuanto a su contenido y alcances, y en consecuencia son de escasa aplicación no obstante la relevancia que intrínsecamente representan.

Además se abordan, concretamente en la segunda parte, las principales teorías que la doctrina desarrolla como útiles para ejercer control en los casos en que se contrata al margen de los límites de la autonomía de la voluntad, entre las que destacan instituciones como la nulidad, la inexistencia, la lesión y la simulación, amén de esbozar ideas vinculadas con el abuso del derecho. En torno a dichas figuras se exponen el concepto y elementos estructurales sustentados doctrinariamente, cuidándose de puntualizar la utilidad de su aplicación para el derecho, a partir de la naturaleza, fundamento de las mismas y los efectos jurídicos que acarrearán.

El tercero y cuarto capítulo están destinados al análisis normativo y jurisprudencial tanto de la autonomía de la voluntad como de sus límites, así como de las instituciones que se emplean para ejercer control de los actos contrarios a dichos límites en el Código Civil de El Salvador, ocupándose de manera especial esta última parte de la clasificación de la nulidad adoptada y del análisis de las causas de nulidad absoluta tipificadas en la legislación civil salvadoreña, incluyendo acá el tratamiento que la jurisprudencia realiza de la figura de la inexistencia, y la situación de figuras como la lesión, la simulación y el abuso del derecho. Finalmente, dentro del último capítulo se estimó importante estudiar la situación de la usura y la compraventa con pacto de retroventa, como especiales formas de lesión y simulación contractual respectivamente, centrando el análisis de las mismas, a partir de la incidencia o efectos que pueda producir la Ley Contra la Usura aprobada en el mes de enero del presente año.

A pesar de ocuparse este trabajo de instituciones que en doctrina representan un amplísimo desarrollo, pues se han escrito densas obras destinadas al análisis de cada una de las figuras acá tratadas, en los primeros capítulos se ha realizado el esfuerzo de concretar el trabajo a aquellos aspectos más sobresalientes de cada una de las categorías jurídicas pilares del tema central propuesto, y son las ideas directrices plasmadas en tales capítulos las que sustentan las afirmaciones o conclusiones a que se arriba en los capítulos segundo y tercero. No obstante ello, hay mucho espacio para repensar las ideas que acá se han plasmado, y para realizar esfuerzos que coadyuven a uniformar el tratamiento que se debe dar a los límites de la autonomía de la voluntad, a efecto de que las actuaciones de las partes

de los contratos y de los entes encargados de administrar la justicia civil, estén en armonía con la justicia en la contratación que en estos tiempos reclama el principio de solidaridad humana.

Solo cuando se adquiera conciencia de que el ejercicio de la autonomía de la voluntad está sujeta a límites infranqueables, y que ante el irrespeto a tales límites no se vacile en declarar la ineficacia de las cláusulas contractuales lesivas de los mismos, se podrá garantizar que las conductas de los ciudadanos al momento de realizar actos o negocios jurídicos, estén sometidas al imperio del derecho y que sean conformes con los parámetros de justicia contractual que exige el respeto a los valores y principios fundamentales. Para ello será determinante el rol que juegue la jurisprudencia nacional, sobre quien recae la principal responsabilidad de dotar de contenido las normas abstractas que se refieren a moral, buena fe, buenas costumbres y orden público, como límites a la autonomía de la voluntad, que desde luego, son categorías jurídicas que han sido analizadas en el presente trabajo.

CAPÍTULO I

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y SUS LÍMITES

SUMARIO: 1. Concepto de Autonomía de la Voluntad, 2. Fundamento de la Autonomía de la Voluntad, 3. Divergencias entre voluntad interior y voluntad exteriorizada, 4. Límites a la Autonomía de la Voluntad, 4.1. La moral como límite a la autonomía de la voluntad, 4.2. El orden público como límite a la autonomía de la voluntad.

1. CONCEPTO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La autonomía de la voluntad se puede definir como la potestad que tiene todo sujeto de derecho, de decidir de manera libre, autónoma, independiente y soberana sobre el surgimiento de una relación jurídica que le vincule; ya sea para originar, conservar, modificar o extinguir derechos y obligaciones interpersonales; por lo que es únicamente la persona, en su esfera privada, la que decide cuándo, qué, con quién, y cómo contratar, siendo el contrato la máxima expresión de dicha autonomía, en tanto que éste se convierte en ley para las partes¹.

En doctrina se identifican variadas definiciones de autonomía de la voluntad que se configuran con elementos como los contenidos en el concepto enunciado, especialmente en obras dedicadas al tratamiento de instituciones de derecho privado y de los contratos y de los actos y negocios jurídicos en general², por lo que puede afirmarse que existe consenso doctrinario en cuanto al contenido que debe asignarse al principio de autonomía de la voluntad.

¹ PRIETO SANCHIZ, Luis, *Introducción al Derecho*, 3ª Edición, Servicio de Publicaciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Cuenta, España, 1996, p. 129. Expone el jurista en mención que como regla general, las partes de un contrato pueden estipular todas las cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, pueden crear contratos atípicos, o modificar a su voluntad la disposición prevista en la ley para los contratos regulados por ella.

² CANCELA, Omar, y otros, *Instituciones de Derecho Privado*, 1ª Edición, editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1988, p. 216. Afirma que autonomía de la voluntad significa: que la voluntad del sujeto de derecho es autónoma, es decir, libre e independiente, para elegir con quien entablar una relación jurídica así como de someterla a las cláusulas y condiciones que considere más convenientes. VÉASE en ese mismo sentido a SUÁREZ MARTÍNEZ, Hellmut Ernesto, *Simulación*, 1ª Edición, editorial Librería Doctrina y Ley, Santafé de Bogotá, Colombia, 1993, p. 31, menciona que la autonomía de la voluntad no es otra cosa que uno de los atributos de la libertad jurídica de una persona, de querer algo que tenga por objeto crear, modificar, conservar o extinguir derechos, sin otra limitación que la impuesta expresamente por la ley, por el orden público y por las buenas costumbres, en forma de que en su vida de relación pueda ejecutar todo lo que no esté expresamente prohibido hacer.

La autonomía de la voluntad también es considerada como un poder de ordenación de la esfera privada de la persona³ concedido a ésta por el ordenamiento jurídico, para que sea la propia persona quien gestionando sus intereses con total libertad decida en qué circunstancias temporales, espaciales, personales y económicas entre otras, le es conveniente realizar un acto jurídico, lo cual obviamente hace extensivo el concepto no sólo a los contratos sino a los actos jurídicos en general, aunque sea en el contrato en donde alcanza su mayor expresión.

De lo dicho se obtienen elementos suficientes para afirmar que la autonomía de la voluntad ha sido, es y seguramente seguirá siendo considerada el principio rector en materia contractual⁴; ya que, conforme a dicho principio, las personas cuentan con entera libertad para acordar los contratos que les plazcan; y para determinar su contenido, efectos que ha de producir, la extensión y duración del mismo; todo en armonía con sus propias expectativas y necesidades individuales, pero siempre según su propia

³ QUEZADA SÁNCHEZ, Antonio, “La Autonomía de la Voluntad y el Contrato” en AA.VV., *Conceptos Básicos de Derecho Civil*, coordinado por José Manuel Ruiz-Rico Ruiz y María Luisa Moreno-Torres Herrera, 3ª Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2009, pp. 142-143. Al referirse a la autonomía privada, menciona este autor que es un poder de ordenación de la esfera privada de la persona y el contrato es una de sus más importantes manifestaciones, aun cuando el contrato es un tipo concreto de negocio jurídico. VÉASE además a ZANNONI, Eduardo, *Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos*, 3ª reimpresión, Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2004, pp. 36-37, quien coincide con lo planteado al afirmar que el axioma universalmente aceptado de que las convenciones son ley de los contratantes, afianzó la eficacia jurídica de la voluntad, y que tal dogma no vale sólo para el contrato, aunque él constituye el negocio jurídico por excelencia, por tener en él la más clara aplicación la autonomía privada. VÉASE En idéntico sentido a los juristas chilenos ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC, Antonio, *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*, Tomo II, 1ª Edición (de esta editorial, sexta de la obra), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1998, pp. 166 y 167, quienes son coincidentes al sostener que: por autonomía privada o de la voluntad se entiende el poder que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares de regular por sí sus intereses o, como prefieren decir otros, sus relaciones jurídicas con los demás sujetos. Este poder se actúa mediante el acto jurídico que, conforme a una de sus definiciones más sencillas, es la declaración de voluntad de una o más partes dirigida a obtener un fin o efecto práctico, reconocido y protegido por el derecho objetivo. Agregan además que el principio de autonomía de la voluntad se extiende tanto al fondo como a la forma de los actos jurídicos. Las partes siempre que respeten las leyes, el orden público y las buenas costumbres, pueden establecer las cláusulas que les plazca en sus actos o contratos. VEASE también a CIFUENTES Santos, *Negocio Jurídico*, segunda edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2004, pp. 146-147, quien es afín con lo expuesto al mencionar que: Los derechos subjetivos privados actualmente vigentes dependen de los individuos que establecen por sí el orden y vigencia de sus actos, en armonía con el modo de concebir sus necesidades, con sus peculiares aspiraciones y maneras de pensar.

⁴ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*, 4ª Edición, Editorial Dykinson, Madrid España, 2004, p. 265, expresa que vulgarmente se entiende por contrato el acuerdo de voluntades entre dos o más personas, creador de derechos y obligaciones entre ellas. En la actualidad rige en esta materia el principio de la autonomía de la voluntad, según el cual puede contratarse sobre cualquier materia no prohibida, y todo acuerdo de voluntades que en la intensión de las partes se dirija a vincularlas entre sí, creando derechos y correlativas obligaciones es contrato, obliga, y en cuanto tal contrato, goza de la protección del ordenamiento.

voluntad, aunque, dicha autonomía en la actividad contractual, está sujeta a determinados límites impuestos por el ordenamiento jurídico.

2. FUNDAMENTO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La generalidad de la doctrina que se ha ocupado del análisis del fundamento de la autonomía de la voluntad, realiza planteamientos completamente iusnaturalistas en torno a dicho tema, aunque puedan identificarse en doctrina tres posturas que pretenden explicar la génesis de la producción de efectos jurídicos que surgen de los actos de autonomía⁵, pero en último término, a pesar de efectuar el correspondiente análisis positivista revisando el reconocimiento que el ordenamiento jurídico hace de dicho principio, concluyen que tal reconocimiento se sustenta en el hecho de ser la referida autonomía una consecuencia de la naturaleza humana⁶.

El principio individualista⁷ concibe al hombre como fin en sí mismo, y en virtud de lo cual sólo una autodeterminación de su voluntad soberana serviría para crear un vínculo jurídico sobre la base del consenso de las partes interesadas en realizarlo. De conformidad con dicho principio se afirma que la

⁵ GARIBOTTO, Juan Carlos, *Teoría General del Acto Jurídico*, 1ª Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1991, pp. 29-31. En relación con las tres posturas referidas, el autor en cita señala que en la concepción individualista se concibe a la voluntad privada como una fuerza con virtualidad creadora por sí sola de efectos jurídicos, y la concepción normativista constituye la vertiente antípoda de la anterior, al hacer residir la eficacia del acto jurídico exclusivamente en la ley, en el sentido de que la voluntad solo adquiere valor cuando la norma se lo atribuye. Luego de plantear las tesis encontradas concluye el jurista en mención que ni la voluntad por sí sola ni la ley de manera exclusiva son suficiente fundamento de la eficacia del negocio jurídico, sino que se requiere la conjunción de ambos factores, radicando la base de esta concepción en la aceptación de la libertad natural del hombre, y que si bien es necesario que el ordenamiento jurídico reconozca eficacia al acto realizado por el hombre, se trata del reconocimiento de una virtualidad propia y no de una fuerza delegada por el mismo ordenamiento.

⁶ CONTARINO, Silvia, *Contratos Civiles y Comerciales, Ámbito Contractual y Teoría General*, 1ª Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2000, pp. 57-58. Esta autora menciona que el ordenamiento jurídico reconoce la autonomía de la voluntad de los particulares como una consecuencia de la naturaleza humana. Agrega dicha autora que: Si los contratantes actuando con discernimiento, intensidad y libertad, acuerdan celebrar el contrato en determinados términos, que no afectan el interés general ni los derechos de terceros, no hay motivo alguno para que el ordenamiento jurídico desconozca efectos jurídicos a dicho acuerdo, y, en consecuencia, la voluntad individual se transformará en libertad común alcanzando el contrato la categoría de norma vinculante.

⁷ SUÁREZ MARTÍNEZ, Hellmut Ernesto, Ob. Cit., pp. 131-132. En relación con el principio citado expresa el autor en cita que: la autonomía de la voluntad no es sino el corolario de ese gran principio expresamente consagrado en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano hecha por la Asamblea Francesa, y según el cual todo hombre al nacer goza de los derechos y prerrogativas que le confiere su existencia, y la sociedad existe en razón del perfeccionamiento del hombre y sólo para él, principio individualista que concibe al hombre como fin en sí mismo sin más limitación que la que impone la coexistencia de los demás.

autonomía de la voluntad es una manifestación de las prerrogativas que la misma naturaleza confiere al hombre desde que nace, de entre las que destaca el derecho de libertad.

Los referidos planteamientos iusnaturalistas pasan por derivar la autonomía de la voluntad principalmente de dos derechos fundamentales: La libertad y la igualdad, amén de estar siempre relacionada con análisis de orden moral e íntimamente vinculada con la idea de justicia, valores todos vinculados con la esencia del ser humano⁸. Aunque no han dejado de haber quienes desde un planteamiento totalmente positivista, sólo encuentran razón de ser a dicho principio a partir del reconocimiento y regulación que el ordenamiento jurídico realice del mismo.

Al pretender respaldar el principio de la autonomía de la voluntad mediante criterios positivos⁹ se pasa necesariamente por reconocer que la igualdad y libertad innata en los hombres es la que en principio origina la obligatoriedad que tienen los consensos que entre éstos se adoptan, por lo que la autonomía de la voluntad pasa por ser una manifestación de tales derechos fundamentales; pero a la vez, se afirma que “la voluntad por sí sola no puede producir una obligación, sino que es la ley la que obliga a través del contrato”. Con ello resulta que desde el planteamiento positivista si no existiera una norma que establece la obligatoriedad del contrato, no podría predicarse la misma, por lo que para esta teoría constituye una falacia el afirmar que es la libre voluntad la que obliga.

⁸ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De Los Contratos Civiles*, 11ª Edición, Editorial Porrúa S. A., Avenida República de Argentina, México D. F., 1991, p.5. En relación con lo planteado este autor se refiere a la autonomía de la voluntad como un dogma, y afirma que como tal surgió durante el auge del liberalismo económico de los siglos XVIII y XIX, al amparo de la teoría del contrato social de Rousseau que creía en la bondad natural del individuo y en la necesidad de limitar por el pacto social la libertad sólo para conservar ésta. Agrega el autor que en la referida época la autonomía de la voluntad se reducía a sostener: primero, que salvo muy raras excepciones todas las obligaciones contractuales, nacían de la soberana voluntad de dos partes libres e iguales, y, segundo, que eran justas todas esas obligaciones creadas por la voluntad. A partir de ello se concluía que del ejercicio incontrolado de la libertad brotaría espontánea y naturalmente el equilibrio de las prestaciones recíprocas de los contratantes. Desde luego tales postulados en la actualidad difícilmente se podrían sostener, pero evidencian la postura iusnaturalista imperante en esa época.

⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, volumen primero, Introducción Teoría del Contrato*, 5ª Edición, Editorial Civitas, Madrid, España, 1996, p.124. Este autor en relación con lo expuesto señala que: “Los hombres, por naturaleza, son libres e iguales. Por ello, la creación de obligaciones sólo puede proceder de un acto soberano de su voluntad”. Agrega además que “de la misma manera que los hombres, seres naturalmente libres e iguales, sólo pueden quedar sometidos a un poder político por un consensus (contrato social), la única manera de que queden obligados unos respecto de otros radica en que voluntariamente asuman dicha obligación”. Luego con cita de Radbruch menciona que: “*La voluntad jamás puede producir por sí sola una obligación*”. La voluntad limita su función a querer aquella situación de hecho a la que una instancia superior, una norma jurídica, proporciona la obligatoriedad.

Lo cierto es que tanto la voluntad como la ley tienen similar incidencia al momento de enjuiciar la obligatoriedad de un contrato, ya que por un lado se hace depender la fuerza de la voluntad del reconocimiento que el legislador realiza de los contratos como equiparables a la ley, pero nadie se atrevería a negar que la autonomía de la voluntad es una consecuencia de la naturaleza humana y por ello su fundamento resulta de garantías constitucionales y principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico¹⁰.

Nada hay tan natural como respetar el ejercicio de la libertad humana, pues la libertad es uno de los valores supremos de todo ordenamiento jurídico, en tanto nadie discute que se trata de un atributo fundamental del hombre y pilar del desarrollo de su personalidad, y en derecho civil se materializa en la contratación, que a su vez constituye el instrumento para obtener la satisfacción de sus necesidades mediante relaciones jurídicas de contenido patrimonial entre distintas personas. En otras palabras, la libertad es el ser del hombre¹¹, y la autonomía privada es consecuencia del concepto de persona, y por ello consiste en el poder que el ordenamiento jurídico reconoce al individuo para que éste gobierne sus propios intereses, es decir que voluntariamente decida sus relaciones jurídicas, por lo que en todo caso la libertad es el sustento de la voluntad, y por ello el ordenamiento jurídico no puede ignorar esa realidad.

¹⁰ CONTARINO, Silvia, Ob. Cit., pp. 57-58. Concepción que evidencia un enfoque totalmente humanista en su planteamiento, que tiene como base el ejercicio del derecho de libertad, uno de los derechos fundamentales de toda persona humana. Más adelante, y específicamente en la p. 61 de dicha obra expresa dicha autora que la fuerza obligatoria del contrato deriva en primer término del Estado, que les reconoce a los contratos la misma fuerza coercitiva que tiene la ley, y en segundo término de la voluntad de los contratantes, ya que es necesario el acuerdo de los particulares para que se aplique la mencionada regla, por lo que la voluntad de los particulares es el supuesto de hecho para que la ley actúe brindando fuerza obligatoria a lo pactado.

¹¹ ESPINOZA EZPINOZA, Juan, *Los Principios Contenidos en el Código Civil Peruano de 1984*, 2ª Edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2005, pp. 233-235. Realiza este autor un análisis iusfilosófico de la libertad, e indica que el hombre no tiene o deja de tener libertad, sino que el hombre es libertad, es albedrío, y ésta es su situación ontológica en el universo. Esta libertad no es una propiedad del hombre sino el ser mismo de su existencia. Como razones por las cuales considera que la libertad es el sostén de la voluntad, señala que cuando se hace referencia al acto jurídico como un acto voluntario, se realizan dos simultáneas afirmaciones: La primera, que el acto jurídico, como cualquier otro acto, es una expresión contemporánea de la libertad que es la existencia misma del ser humano; y la segunda, que la libertad no se presenta o se da solitaria, sino que se manifiesta conjuntamente con todas las demás potencias de la psique, es decir, con el discernimiento o inteligencia y con los sentimientos o pasiones, por lo que concluye que el ser humano en tanto ser libre, es autónomo, autárquico, y en consecuencia es en su libertad en donde radica su autonomía, y es esta libertad la que fundamenta la voluntad y los demás elementos de la psiquis, por lo que la voluntad es la expresión fenoménica de la autonomía inherente a la libertad constitutiva del ser humano. VÉASE en ese mismo sentido a FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El derecho Como Libertad*, preliminares para una filosofía del derecho, Lima Studium, Lima Perú, 1987, p. 59.

Ahora en lo que respecta a la igualdad, si bien es cierto que también es un innato derecho de todo ser humano, como sostén de la autonomía de la voluntad no tiene el mismo alcance que se proclama respecto del derecho de libertad, pues la realidad social evidencia fuertes desigualdades económicas e inclusive subordinación de personas sobre otras por la referida disparidad, con la consecuente disminución de la misma libertad, y dichas desigualdades han generado la actual situación crítica de la autonomía de la voluntad¹².

Obviamente la libertad e igualdad se interrelacionan entre sí al momento de materializar la voluntad en la realización de un acto jurídico, y por ende se justifica la posibilidad de emplear la fuerza para el cumplimiento de las obligaciones surgidas en tales circunstancias, lo cual al unísono se conjuga en la idea de procurar una justicia contractual¹³, ya que las relaciones surgidas en condiciones como las comentadas se estiman meridianamente justas, por ello se afirma que conforme a la teoría clásica liberal, si se parte del principio natural de autoconservación o instinto de autocuidado, de conformidad con el cual el hombre no ha de actuar contra sí mismo, debe esperarse que las obligaciones contraídas voluntariamente han de ser justas, pues no se concibe que en condiciones de libertad e igualdad una persona consienta en la obtención de una obligación injusta para sí mismo.

Desde luego dicha teoría partía del hecho de sostener la existencia de una igualdad formal entre las personas, específicamente entre contratantes, pero comete el error de ignorar la existencia de reales

¹² SORO RUSSEL, Olivier, *El Principio de la Autonomía de la Voluntad Privada en la Contratación: Génesis y Contenido Actual*, Tesis disponible en http://eprints.ucm.es/12205/2/DEA.El_principio_de_la_autonom%C3%ADa_de_la_voluntad_privada_en_la_contratacion.pdf, consultada el 01 de abril de 2012. Esta obra fue presentada en junio de 2007 por el autor citado, para la obtención del Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Civil, en el Departamento de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid. En la página 12 de dicha tesis menciona el autor en referencia que, frente a la exaltación que a lo largo de toda la Edad Moderna, se llevó a cabo de la persona, del individualismo, de los beneficios del capitalismo, del *laissez faire, laissez passer*, del contrato como medio idóneo para la obtención de riqueza, hoy comprobamos que el triunfo del liberalismo, tan defendido entonces, se ha visto seriamente perturbado por los avances de la ciencia, el cambio de modelo económico, y la llegada del Estado de bienestar. Así, si entonces se defendía que todo lo contractual era justo, que no podía haber mejores normas que aquéllas establecidas por y entre hombres libres e iguales, hoy nos damos cuenta de que esa libertad y esa igualdad ya no gozan de la misma extensión, debido fundamentalmente a la aparición de factores – aparición de los oligopolios, de contratos de adhesión, de condiciones generales de la contratación, entre otros. - que influyen muy activamente limitando el margen de decisión de los particulares en la vida económica.

¹³ REZZÓNICO, Juan Carlos, *Principios Fundamentales de los Contratos*, 1ª Edición, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 187. Al respecto menciona, que el principio de la autonomía de la voluntad se constituye así como base para explicar y justificar la fuerza obligatoria de los contratos. Dentro de esa tesis, si el hombre es por esencia libre, no puede obligarse sino por su voluntad, y es esa voluntad la que crea los efectos del contrato, de manera que los efectos jurídicos no existen sino porque han sido queridos y de la manera que han sido queridos.

desigualdades ya objetivas o subjetivas¹⁴, y por ello es superada mediante el intervencionismo estatal. Y es que cualquier propuesta en términos de justicia que pretenda tener por base la igualdad formal, es una fórmula vacía, pues los presupuestos de que depende la justicia en la contratación requieren existencia de condiciones materiales de igualdad, lo que siempre implicará la imposibilidad de encontrar una respuesta acabada en torno a este tema, pues se tendría que determinar qué semejanzas y qué diferencias son relevantes para contar con una justicia material.

3. DIVERGENCIA ENTRE VOLUNTAD INTERIOR Y VOLUNTAD EXTERIORIZADA

Aun cuando lo normal es que los agentes del acto o contrato expresen al momento de realizar el mismo su real voluntad, puede ocurrir que la declaración de voluntad manifestada tenga fuertes divergencias con la realidad querida o deseada internamente. Y es que, previo a materializarse la manifestación de voluntad, cada agente recorre un proceso intelectual de formación de la misma, dirigido por el interés que le mueve a realizar dicho acto, y en ese iter puede concurrir alguna circunstancia que consciente o inconscientemente provoque la exteriorización de una voluntad diferente de la real.

La divergencia planteada origina el problema en cuanto a decidir si debe prevalecer la voluntad realmente querida o la voluntad expresada aun cuando difiera de la interna, y en doctrina se identifican con facilidad al menos tres grandes grupos de teorías¹⁵, destinadas a proponer soluciones para la

¹⁴ CONTARINO Silvia, Ob. Cit., p.66, menciona que la intervención del legislador en materia contractual se funda en evitar un mal social grave y en lograr que el contrato sea un elemento de paz y progreso social y nunca de explotación. Al comentar el desequilibrio que puede existir entre las partes señala que: se puede dar por causas subjetivas, entre las que cita: la necesidad, la ignorancia, el uso de intermediarios, la prerreducción del texto contractual, entre otros; o por causas objetivas como la concentración de grandes capitales, la globalización, para el caso.

¹⁵ CIFUENTES, Santos, Ob. Cit., pp. 108-111. Este autor al tratar el tema “la divergencia entre la voluntad interior y su manifestación y el acto voluntario”, comenta las distintas teorías mencionando en primer lugar la teoría clásica de la voluntad, de conformidad con la cual ante la divergencia entre voluntad interna y voluntad expresada, debe prevalecer la voluntad verdadera o interna. Luego comenta la llamada teoría de la declaración, la cual en sus palabras “se desatiende del querer del agente y hace preponderante la manifestación en sí misma, como único medio de que no caigan por tierra la seguridad de los negocios y la buena fe que debe presidir las transacciones”. Por último se refiere a las teorías intermedias, en las que se efectúan atenuaciones de los puntos de vista de las dos teorías anteriores. De acuerdo con este autor, aun aplicando la teoría de la voluntad, “el declarante deberá sufrir las consecuencias si hay culpa suya en la divergencia” (teoría de la responsabilidad); y en lo que respecta a la teoría de la declaración la atenúa en el sentido de que la voluntad declarada debe prevalecer sobre la voluntad real, “cuando haya suscitado legítima expectativa en el destinatario conforme las circunstancias objetivas”, y siempre que el destinatario no obre con culpa (teoría de la confianza). Agrega Cifuentes, que la teoría de la voluntad protege al autor de la declaración y sacrifica a su destinatario, mientras que la teoría de la

misma teorías, de entre las cuales dos de ellas realizan planteamientos totalmente antagónicos y radicales, pero dichos planteamientos se ven luego relativizados en cuanto a la atenuación de sus efectos con lo que se abre lugar para una tercera postura que retoma los postulados centrales de cada una de las teorías objetivas y subjetivas, y de manera ecléctica reformula un tercer grupo de en la que se mezclan factores objetivos y subjetivos.

La primera de dichas teorías nominada indistintamente como de la voluntad, volitiva y/o subjetiva¹⁶, pregona la prevalencia de la voluntad interna sobre la declarada, por lo que al establecerse discordancia entre el texto literal o verbal de la declaración y la intención real de las partes, el intérprete debe preferir la intención real, y la manifiesta perdería eficacia. Esta teoría representa el resultado de la lucha contra el formalismo simbolista de los sistemas primitivos y contra las consecuencias que de él derivan.

El sostén de dicha teoría se encuentra en el propio principio de autonomía de la voluntad, tomando en consideración que la palabra empeñada vincula a las partes a partir de la revelación del compromiso, pero éste surge del querer interior del individuo. En otras palabras, el compromiso o real voluntad es lo que en definitiva obliga, y éste es anterior a la declaración, por lo que la declaración, no es más que la exteriorización de la voluntad. De lo expuesto deriva, que el complemento de voluntad interna más su respectiva declaración, conforman la voluntad humana¹⁷, y ésta constituye el eje de toda relación social y jurídica.

declaración protege al destinatario pero sacrifica al que realiza la declaración, y señala como partidarios de la primera a Savigny, Windscheid, Capitant, Dereux, Bonnacase, Stolfi, Chironi, Coviello y Von Tuhr, y de la segunda menciona a Roever, Bohr, Thon, Kohler, Danz, Messina, Borda y Orgaz.

¹⁶ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y Eduardo OSPINA ACOSTA, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, 6ª Edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 2000, pp.101-103. Se afirma por los citados autores, que esta teoría “indujo a los jurisconsultos romanos a minar el arcaico principio que hacía depender la eficacia de los actos de las fórmulas rituales empleadas en su celebración”, “determinó la aparición de los contratos consensuales y de los pactos pretorianos y legítimos, en los cuales la libertad privada se liberó totalmente de la servidumbre impuesta por las solemnidades”; “introdujo en la valoración de los negocios privados la necesidad de investigar las condiciones sicofísicas de los agentes y de los procesos volitivos desarrollados por ellos, dando lugar a la incapacidad legal fundada en deficiencias naturales de los agentes, a los vicios de la voluntad, etc”.

¹⁷ SUÁREZ MARTÍNEZ, Hellmut Ernesto, Ob. Cit., p. 163. Menciona este autor, que conforme a la teoría de la voluntad “la voluntad humana es el eje de toda relación social y jurídica, si bien es necesario considerarla en sus dos elementos a saber: el querer o volición interna, y su manifestación exterior, ya que la actividad humana en el campo jurídico y social no es un hecho puramente mecánico, sino el producto de una evolución psíquica, de su complemento en el mundo exterior”. Agrega que: “lo que da la forma esencial al acto jurídico conforme a esta

La segunda de las teorías que se ocupan del análisis de la divergencia en alusión es la teoría de la declaración, de conformidad con la cual la discordia entre lo querido y lo declarado debe resolverse a favor de la voluntad declarada, y su principal fundamento surge de la necesidad de garantizar la seguridad jurídica que se requiere en toda negociación, ya que la teoría de la voluntad es en extremo subjetiva, en cambio con la declaración se obtienen parámetros objetivos para valorar el significado de cada actuación negocial.

Por ello se ha llegado a afirmar con apoyo en dicha teoría que la voluntad jurídicamente relevante es la voluntad manifiesta¹⁸, ya que la fase interna se desarrolla en la propia conciencia del sujeto a través de un proceso compuesto por la motivación, la deliberación y la decisión, pero ésta no tiene trascendencia jurídica mientras no es expresada. En otras palabras, ni el pensamiento ni el querer interno por sí mismos tienen ninguna consecuencia jurídica mientras no sean objetivados externamente, por lo que sólo el querer interno declarado debe producir efectos jurídicos.

Con lo planteado parecería que no hay razón de ser para poner en duda la prevalencia de la voluntad declarada sobre el querer interno, pues si los contratantes, ejercen su autonomía negocial a partir de lo declarado entre ellos recíprocamente, y si la decisión de llevar adelante el negocio se sustenta inequívocamente en lo que cada uno ha manifestado, mal se haría luego en indagar si la manifestación guarda concordancia con el querer interno, pues cualquiera de las partes podría afirmar la existencia de inconsistencias, y con ello poner en riesgo la seguridad de lo negociado¹⁹.

teoría es el acto interno psíquico”, y que “será verdadero y válido aquél en cuanto refleje fielmente el acto interno de la voluntad”. “Por consiguiente, donde quiera que exista un acto jurídico que no corresponda a la voluntad interna de los emitentes, el acto carecerá de eficacia, así como tampoco tendrá valor alguno un acto de pensamiento no traducido a formas sensibles”.

¹⁸ PUIG BRUTAU, Josué, *Fundamentos de Derecho Civil, Doctrina General del Contrato*, Tomo II, Volumen I, 2ª Edición, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1978, pp. 58-59. Afirma que la voluntad contractual sólo puede tener eficacia si se exterioriza. Podría hablarse de voluntad dirigida a contratar que tendrá realidad en la mente del sujeto, y la propia voluntad contractual, que ha de manifestarse necesariamente. El consenso, acuerdo, unión de voluntades, o como quiera llamarse, se forma mediante lo declarado por una y otra parte y significa que cada una ha ajustado su conducta a la declaración de voluntad de la otra. Agrega que la vinculación contractual existe porque cada parte ha podido formarse la idea, a base de lo manifestado por la otra, de cuál es el interés que el Derecho le protegerá cuando el contrato quede perfeccionado. Por tanto lo que importa es si cada parte se ha formado una representación racional de lo que la otra ha ofrecido, y si, conforme a ello, ha prestado su consentimiento.

¹⁹ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, Tomo I, Parte General y Derecho de la Persona, Editorial Trivium, S. A., 4ª Edición, Getafe, Madrid, España, 1995, p. 459. Resalta este autor la prevalencia de la voluntad exteriorizada sobre la interna, al mencionar que la voluntad negocial no debe ser una decisión personal

No obstante la aparente validez formal del argumento antes planteado, lo cierto es que tal enunciado sería totalmente legítimo solo cuando coincida la voluntad real con la declarada, pero sufre fuertes cuestionamientos cuando se presenta disconformidad entre dichas voluntades, y por ello tampoco esta teoría se perpetúa como solución al problema que surge de la divergencia²⁰, dando paso a las teorías mixtas o intermedias que retoman los aspectos relevantes de cada una de las teorías precedentes.

Entre las mencionadas posiciones intermedias resaltan la conocida como teoría de la responsabilidad, también enunciada como teoría de la culpa incontractando, la que se concreta a realzar la responsabilidad que tiene todo emisor de una declaración de voluntad por el solo hecho de hacerlo, por lo que aun cuando la divergencia que se analiza se resuelve a favor de la prevalencia de la voluntad interna, ello será así siempre y cuando los motivos de la disconformidad no sean imputables a culpa del declarante, pues de lo contrario deberá prevalecer la declaración, ya que nadie puede aprovecharse de su propia culpa.

En estrecha relación con lo anterior se ha propuesto la prevalencia de la declaración, cuando ésta ha creado un estado de confianza o legítima expectativa en el destinatario que ha actuado de buena fe, y que en consecuencia se atiene a la referida declaración por ser lo conocido y sostenido objetivamente. Pero a la inversa, si los destinatarios de la declaración no actúan de buena fe y conocen el desacuerdo entre la voluntad real y la declarada, se debe descartar la declaración y el acto sería ineficaz. Ello constituye el postulado de la teoría de la buena fe, o teoría de la confianza o de la legítima expectativa.

Aun con los aportes de cada una de las teorías, lo cierto es que el problema de la divergencia entre voluntad interna y declarada no queda solucionado con la aplicación aislada de alguna de ellas, y todas enfrentan fuertes deficiencias prácticas, por lo que para resolver los reclamos que se formulen

cerebralmente asumida, a la vez afirma que mientras la voluntad permanezca interiorizada no puede producir consecuencias jurídicas.

²⁰ OSPINA FERNADEZ Guillermo y Eduardo OSPINA ACOSTA, Ob. Cit., pp.104-105, en relación a la deficiencia de la teoría de la declaración mencionan que: aplicada dicha teoría en todo su rigor dogmático, daría lugar al establecimiento de un sistema abstracto y artificioso, cuyo funcionamiento mecánico aparejaría consecuencias y soluciones tan primitivas, o más, que las propias del arcaico formalismo simbolista. Agrega que con los presupuestos de dicha teoría, quedaría descartada de antemano cualquier investigación subjetiva respecto del acto de que se trata: sería inocuo inquirir si los agentes han querido o no producir algún efecto jurídico, como también estarían fuera de lugar cualesquiera consideraciones relativas a su falta de discernimiento, a posibles vicios de voluntad, a la realidad y licitud de los móviles determinantes, pues el texto literal o verbal de la declaración determinaría automáticamente la eficacia del acto.

denunciando la divergencia en comento, será en cada caso concreto que deban tomarse en consideración las circunstancias que rodean el acto enjuiciado²¹, retomando lo pertinente y útil de cada una de las teorías, y analizar armónicamente sus postulados para buscar la solución más razonable y justa. Dicho planteamiento es el que en este trabajo se considera de mayor utilidad para el momento en que se tenga que decidir un caso concreto en que se plantee un problema que evidencia la divergencia que se viene analizando, pues nada es más loable que la búsqueda de la solución razonablemente justa en respuesta a los problemas que se originen cuando se confirma la existencia de divergencias.

Finalmente es necesario mencionar el replanteo que dichas teorías están experimentando modernamente, ya que contra ellas se menciona la crítica común de tomar en consideración la existencia de una voluntad psicológica de los sujetos del negocio, cuando en realidad dicha voluntad sólo constituye el supuesto de hecho del negocio que pertenece al mundo del ser, en cambio lo realmente importante es “la voluntad negocial”²², a partir de la cual se regulan los intereses o fines que

²¹ DÍEZ-PICAZO, Luis, Ob. Cit., pp.155-156. Al referirse al conflicto entre voluntad y declaración, concluye que dicho conflicto no puede resolverse con una única regla de carácter general, sino que será necesario valorar armónicamente toda una serie de consideraciones que parecen razonables y justas. Agrega que como criterios para conjugar los factores en debate deben tenerse en cuenta los siguientes: 1°. El contrato es siempre tutelado como un cauce de realización de intereses, en cuanto que es una obra libre y espontánea de sus autores. Por consiguiente, en línea de principio, nadie debe quedar vinculado u obligado por un contrato si su voluntad no se ha formado y manifestado libre o espontáneamente (principio de voluntad). 2°. La buena fe y la efectiva confianza de los destinatarios de una declaración en la validez y regularidad de la misma merecen también una evidente protección. Debe valorarse si el destinatario conoció o no conoció la falta de voluntad del declarante y si actuando diligentemente pudo y debió conocerla. Si conoció o diligentemente pudo y debió conocer la falta de voluntad, las consecuencias de ésta le alcanzan. En cambio, si diligentemente y de buena fe el destinatario confió en la declaración, su confianza debe ser protegida y el declarante debe quedar vinculado no obstante su falta de voluntad (principio de buena fe o de la confianza). 3°. Debe valorarse igualmente el comportamiento del declarante y la responsabilidad que a él le cabe en la divergencia entre su declaración y su voluntad. Si el declarante actuando diligentemente pudo y debió desvanecer la confianza que en los terceros suscitaba su declaración y no lo hizo, responde de la eficacia de la declaración y queda vinculado por ella como si efectivamente hubiera existido una real y plena voluntad (principio de la autorresponsabilidad).

²² ZANNONI, Eduardo, Ob. Cit., pp. 34-36. Al comentar las teorías tanto extremas como intermedias que tratan la divergencia entre voluntad declarada y voluntad interna, menciona este autor que aunque hay en ellas un fondo de verdad, tienen el error conceptual de haber sido expuestas presuponiendo la idea de una voluntad psicológica. Aclara que si bien en todo acto jurídico ha de considerarse una o más voluntades actuantes en sentido psicológico, tales voluntades sólo constituyen el supuesto de hecho del negocio. En cambio la llamada voluntad negocial constituye la expresión de que, en el mundo del deber ser, de las relaciones jurídicas, integra el precepto regulador de los intereses que son el contenido de esas relaciones jurídicas. Cuando al juez le ocupa un problema suscitado en relación a la voluntad psicológica de los sujetos del negocio, investiga sobre los vicios en la formación del acto. En cambio cuando le ocupa un problema suscitado en relación a la voluntad negocial de las partes u otorgantes del acto, está ante una cuestión de interpretación del negocio. Y agrega que, la voluntad es jurídicamente vinculante a través de los actos o negocios, no por la entidad psicológica que pueda atribuírsele en el plano del ser, sino por trascender significativamente, es decir con un significado, como expresión exteriorizada

cada sujeto tendrá en relación a un determinado objeto, que será el contenido de la relación jurídica naciente.

4. LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La autonomía de la voluntad se analiza desde cuatro enfoques diferentes: Uno liberal, de conformidad con el cual la voluntad sólo admite mínimas restricciones, operando el derecho de manera supletoria para lo que las partes no prevén; uno intervencionista, que postula 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; otro 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.

De dichos enfoques en la actualidad predomina el segundo, admitiendo cada vez más limitaciones a la autonomía de la voluntad, distanciándola de la ideología liberal y reencontrándose con un aspecto social, consecuencia de lo cual, tanto la moral, las buenas costumbres, la buena fe y el orden público, vienen a constituirse como límites reales del ejercicio de la autonomía de la voluntad, y por ello en la actualidad se establecen consecuencias jurídicas que develan la crisis de la autonomía de la voluntad, desconociendo eficacia a aquellos actos jurídicos que se realizan contraviniendo tales límites, lo cual resulta indispensable para minimizar las reales desigualdades que existen en muchas ocasiones entre las partes del contrato, y que en consecuencia generan ventajas para uno de ellos.

No cabe duda que los referidos límites operan como mecanismos de control en el ejercicio de la autonomía de la voluntad²³, ante el riesgo de abuso de poder por parte de sujetos o grupos, y como

y cognoscible de una relación entre sujetos a la que el derecho objetivo atribuye eficacia para regular los intereses privados en el plano del deber ser.

²³ REZZÓNICO, Juan Carlos, Ob. Cit., pp. 222 y 223. Expone este autor que: La ley interfiere en el campo de disponibilidad privado para, en algunos supuestos, limitar la libertad contractual. Agrega que, según sostiene autorizada doctrina, no es posible dejar completamente libre el juego de las fuerzas económicas, porque ello no conduce automáticamente al equilibrio y armonía contractual sino que existe una amenaza permanente proveniente del abuso de poder de individuos o de grupos. Luego concluye que el poder de los particulares de

medios para lograr que los contratos se realicen con respeto a los valores protegidos por el ordenamiento jurídico, por lo que cualquier jurista amante de la justicia en la contratación debe adoptar una postura favorable respecto de la existencia y adecuada regulación de dichos límites.

Si bien es cierto que uno de los pilares fundamentales del principio de la autonomía de la voluntad es el innato derecho de libertad de todo ser humano, no debe confundirse la libertad natural con la libertad civil, pues la primera no tiene más límites que los que la naturaleza impone a cada individuo, en cambio la libertad contractual está limitada por el interés común, por los derechos de los demás, y por razones de equidad entre otros. Y es que no puede ignorarse que “si bien el hombre es esencialmente libre, es al mismo tiempo un ser social y responsable”²⁴, y por tanto esa dimensión social hace que la libertad del hombre quede restringida cuando su ejercicio atente contra intereses superiores, o prevalentes que protege el derecho objetivo.

Y ello es necesariamente así, pues el hombre no es un sujeto aislado sino un ser social, y por ende cualquier ejercicio de derechos que pretenda realizar genera consecuencias en su entorno, las cuales obviamente deben ser tomadas en consideración al momento de realizar actos que impliquen ejercicio de su libertad contractual, pues saliendo de los cauces que imponen los respectivos límites, la eficacia del acto realizado queda en incertidumbre.

Por ello la libertad de actuación humana no puede ser total y absoluta, sino que aparece configurada por unos límites, que son los que harán posible la convivencia y la consecución del bien común entre los miembros de la Comunidad. De ahí que en nuestros días se pueda hablar de la existencia de una doble dimensión – individual y social- de la autonomía privada, y que en consecuencia se conciba al

regular por sí, libremente, sus propios intereses encuentra un límite en que tales intereses no se encuentren en pugna con los del contratante y los de la sociedad.

²⁴ CUENTA ANTOLÍN, Delia, “La Justicia Contractual y el Principio de Autonomía de la Voluntad” en AA.VV., *Estudios en Homenaje a la Profesora Teresa Puente*, coordinado por Lorenzo Prats Albertosa, Tomo II, 1ª Edición, servicios de Publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia, España, 1996, p. 608. La autora citada realiza la afirmación que ha sido transcrita, y apoya tal afirmación en lo que sostienen los autores DORAL, José Antonio, y ÁNGEL DEL ARCO, Miguel, *El Negocio Jurídico*, Madrid, 1982, p. 15, quienes señalan que el reconocimiento de la autonomía privada es una exigencia de la naturaleza humana, sin embargo tal autonomía no puede en modo alguno tener carácter absoluto, porque se funda en la libertad individual y social, por lo que el reconocimiento de esa autonomía no es una concesión del ordenamiento, sino una exigencia dentro de unos límites.

contrato como un cauce de realización de la persona en la vida social”²⁵, lo que evidencia una absoluta superación de las tesis individualistas.

Independientemente de los matices que en doctrina se realizan a los distintos límites a la autonomía de la voluntad, de manera generalizada se observa como límites coincidentes los fijados por la ley, la moral y el orden público, de entre los cuáles los menos problemáticos al momento de indagar sobre su contenido y alcance son los predeterminados en el derecho vigente, no así los que quedarían comprendidos en límites morales y límites fijados por el orden público, por lo que a continuación se plantearán algunos apuntes doctrinarios respecto de los dos últimos citados, dejando el análisis de los límites fijados por la ley para el momento en que se plantee la situación de los mismos en el Código Civil salvadoreño.

²⁵ ZORO RUSSEL, Olivier, ob cit., pp. 186 a 189. Al referirse a los límites de la autonomía de la voluntad, y en armonía con la idea supra transcrita, menciona este autor que: durante el siglo XIX y hasta mediados del siglo XX, los valores dominantes del liberalismo imponen el principio de considerar excluida cualquier limitación a la autonomía de la voluntad privada, fuera del expreso mandato de la ley: la libertad era pues la regla. Sin embargo, gracias al progreso de la técnica y a la aparición del concepto de Estado social o de bienestar en el s. XX, el concepto de contrato y los presupuestos tradicionales de la autonomía privada mutarían de forma significativa. En este sentido, el contrato ya no debe entenderse como algo aislado. Más bien al contrario, porque el hombre no vive solo sino que se encuentra en el seno de una sociedad, cualquier manifestación del poder que le haya sido conferido por la ley tendrá siempre una determinada repercusión en su entorno. Y como tal comportamiento social, la libertad de actuación humana no puede ser total y absoluta, sino que aparece configurada por unos límites, que son los que harán posible la convivencia y la consecución del bien común entre los miembros de la Comunidad. Agrega, que si antes se sostenía que el libre acuerdo de voluntades era fuente de justicia entre los contratantes, hoy se entiende que, debido a la desigualdad económica existente entre las partes, la autonomía privada se ha convertido en el instrumento del que se sirven los fuertes para imponer su ley al débil. Sostiene además que siempre ha existido una tensión entre los individuos y la sociedad en que viven, de modo que a lo largo de la historia esa autonomía siempre se ha visto limitada de alguna manera, ya sea por obra de la ley o de las desigualdades existentes entre los contratantes. Y concluye que si partimos de la premisa de que la autonomía de los contratantes nunca ha existido en estado puro, creemos que puede hablarse de la existencia de dos clases de límites: en primer lugar se encontrarían los límites subjetivos o intrínsecos, que son aquéllos que han provenido y provienen de la voluntad de los propios contratantes. En segundo lugar podría hablarse de restricciones extrínsecas a la libertad de contratar, impuestas por el legislador o por la jurisprudencia.

4.1. LA MORAL COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Al estudiar la moral como límite a la autonomía de la voluntad, es fácil advertir que se trata de un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido y alcance concreto no se encuentra especificado expresamente por los textos legales, y tampoco la doctrina ha sido capaz de proporcionar un concepto acabado o de contornos delimitados, sino que su definición varía en función de la cultura y los valores dominantes en la sociedad en un momento determinado²⁶.

Una línea doctrinal que cuenta con buena cantidad de seguidores es la que, al tratar la moral como límite, se remite a lo que la generalidad de las personas honestas practican en un determinado tiempo y espacio²⁷, pero aun con una definición como la formulada existe elevada dosis de incertidumbre, pues no se cuenta con parámetros precisos para determinar lo que debe entenderse por personas honestas, aunque se reconoce que en ámbitos concretos de actuación puede resultar posible delimitar con algunas divergencias lo que debe considerarse exigible para una honesta conducción en el actuar de las personas, pero que siempre dejará un amplio margen de discrecionalidad o subjetivismo.

²⁶ PUYALTO FRANCO, María José, *Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos bancarios al consumo*, 1ª Edición, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, España, 2006, p. 92. Menciona el autor que la moral como límite institucional a la autonomía privada, no ha sido positivizada de forma concreta, de modo que el margen del intérprete y juzgador para su aplicación es teóricamente amplísimo. Luego aclara que en principio no puede identificarse con los preceptos de una determinada concepción religiosa, pues de ser así entraría en colisión con el pluralismo religioso y con el reconocimiento del principio de igualdad de todas las confesiones; y tampoco puede identificarse con la ética de cada individuo, porque carecería de sentido que una norma jurídica que nace con el propósito de establecer una ordenación uniforme de las conductas permitiese, con sus efectos jurídicos, que dichas conductas se ajustaran a los personales juicios éticos de sus destinatarios, por lo que concluye coincidiendo con el autor Díez-Picazo en cuanto a que la moral debe entenderse como el criterio general de las personas honestas y rectas de parecer.

²⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, volumen I, 11ª Edición, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, España, 2003, pp. 382-383. Estos autores, en ocasión de desarrollar los límites a la autonomía privada, y en lo que respecta a *la moral* como límite expresan que la dirección doctrinal que cuenta con numerosos seguidores es la que se remite como canon de la moral a lo que ordinariamente se practica por la generalidad de las persona honestas en una determinada comunidad y en un determinado momento. En tal sentido se trata de la conducta moral exigible y exigida en la normal convivencia de las personas estimadas honestas, es por tanto el criterio general de las personas honestas o rectas en su proceder lo que ha de determinar el contenido de la moral socialmente aceptada. Concluido el análisis de la moral como límite expresan los autores en cita que *el orden público* presenta mayor dificultad en su concreción por la desconexión entre la noción vulgar de lo que se entiende por orden público (situación de tranquilidad y paz exterior) y la función limitadora que en este trabajo se trata. No obstante concluyen que el orden público no viene a ser más que la expresión que se le da a la función de los principios generales del derecho en el ámbito de la autonomía privada, consistente en limitar su desenvolvimiento en lo que los vulnere.

En un intento por dotar de contenido a dicho límite se puede afirmar, que según la derivación latina moral significa manera de comportarse, determinada no por la ley, sino por el uso o la costumbre, por lo que designa un concreto conjunto de normas de comportamiento ideales, no escritas, basadas en juicios de valor y aceptadas por un grupo social en un momento y lugar determinados, necesarios para la supervivencia en sociedad, por lo que todos los valores morales trascienden las normas, y a la vez fundan y legitiman las normas positivas, convirtiéndose consecuentemente en directrices de actuación para el legislador al momento de crear las normas y obviamente como pautas de actuaciones de las personas al momento de generar relaciones jurídicas con los demás.

Al analizar los requisitos que debe llenar el objeto negocial de un determinado contrato, es una exigencia normativa generalizada que la operación jurídica escogida por los contratantes para atrapar la realidad y calificar las prestaciones debe ser lícita, esto es conforme o no contraria al derecho objetivo. Dicho imperativo de licitud evoca la idea de que el objeto y la causa negocial deben sujetarse a los requerimientos que la moral impone, ya que existe consenso en estimar ilícitos aquellos actos o contratos en que se configure o se acuerde un negocio inmoral o contrario a las buenas costumbres. De ello surge que eventualmente se trata como equivalentes²⁸ la moral y las buenas costumbres como parámetros de control de licitud en la contratación, e incluso se encuentran opiniones doctrinarias que han llegado a considerar la moral y las buenas costumbres como “locuciones sinónimas”²⁹.

²⁸ GHERSI, Carlos Alberto, *Contratos Civiles y Comerciales, Parte General y Especial*, Tomo I, 5ª Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 57. Comenta este autor que la moral disciplina la conducta individual, no la colectiva como el derecho, pero tiene proyecciones externas al sujeto. Luego cita que las buenas costumbres se identifican con la moral y hacen las veces de valla o límite a la autonomía de la voluntad. Agrega que en una concepción sociológica laica las buenas costumbres constituyen principios que de ordinario son motivos de práctica por la generalidad de las personas honestas, de buena fe, de sanos principios, en un ambiente y en un momento determinado, lo que implica reconocer que constituye un concepto relativo, ya que las costumbres se alteran, pues sobre ellas influyen las circunstancias de tiempo y lugar.

²⁹ GARIBOTTO, Juan Carlos, Ob. Cit., p. 32-35. Afirma el académico en cita que la moralidad rige la totalidad de las acciones que el hombre realiza voluntariamente, entre otras su actuación en derecho mediante la celebración de actos o negocios jurídicos, luego sostiene que el eje que subordina el acto jurídico a la moral surge de la exigencia legal de que los negocios jurídicos no pueden dejar sin efecto las normas en cuya observancia están interesadas las buenas costumbres, por lo que estima que moral y buenas costumbres son locuciones sinónimas. Agrega que el sometimiento del acto jurídico a la regla moral se opera, en lo esencial, por la exigencia de moralidad de dos de sus elementos estructurales, que son el objeto y la causa, resultando en el primer caso que el objeto inmoral origina inmediatamente la invalidez del acto, sin importar que los fines del mismo sean o no loables; en cambio, la inmoralidad de la causa origina la invalidez del negocio en razón del fin que persiguen los otorgantes.

Cualquier intento que se haga por dotar de un contenido concreto el término moral como límite a la autonomía de la voluntad, conducirá a la siempre polémica y abundante discusión filosófica en torno a diferenciar la moral y el derecho, y a determinar los casos en que el derecho puede verse influido por la moral. Independientemente del nutrido debate que pueda encontrarse en torno a dicho tema, lo cierto es que el derecho tiende a regular variedad de conductas con el objeto de que las actuaciones de las personas estén en armonía con las reglas morales que la sociedad espera sean respetadas en un momento determinado. Por ello es de aceptación pacífica la influencia que presenta la moral en las leyes, e incluso teóricamente algunos autores han formulado desde antaño una especie de reciprocidad en el sentido de que la moral influye en el derecho pero también las leyes influyen en la moral³⁰.

El respeto de la ley requiere por sí mismo de una exigencia moral, es decir aun cuando se conoce que una ley vigente es de aplicación y observancia obligatoria, no se podrá lograr el respeto de dicha ley sin la convicción de la existencia de una obligación moral de respetar el derecho, y si no se cuenta con dicha convicción, seguramente se producirían constantes actuaciones contrarias a lo que la norma postule. El reconocimiento de la referida obligación moral puede originarse ya sea desde la base del origen autónomo de sus normas, es decir por el hecho de que sean los propios destinatarios de las normas quienes se las imponen; o según su propio contenido, de conformidad con lo cual la obediencia de las normas se deberá a su consonancia con la idea de justicia³¹.

³⁰ MR. MALLER, *De la Influencia de las Costumbres Sobre las Leyes y de las que Ejercen las Leyes Sobre las Costumbres*, Obra escrita en lengua francesa traducida al castellano por D. J. M. C. C. de la C. de G., Librería de D.J.A. Sellas Oliva, calle de La Platería, Barcelona, España, 1839, pp. 47, A pesar de lo antiguo de la obra citada, ya se sostenía la equivalencia del término costumbres con moral, ya que el autor propone que lo que conviene observar en las costumbres de un pueblo es su moralidad, y luego expresa que el objetivo de análisis de esa obra era poner en claro la acción profunda y misteriosa que ejercen las costumbres sobre las leyes, y deducir de ella la imperiosa necesidad de tener buenas costumbres para obtener buenas leyes, e inferir igualmente, para los legisladores, la obligación en que están al momento de crear leyes, de consultar las necesidades morales y el alto destino a que el hombre se haya llamado.

³¹ ESCUDERO ALDAY, Rafael, *Positivismo y Moral Interna del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2000, pp. 528 y 529 En relación con lo planteado señala el filósofo referido que cuando los sujetos han participado en una u otra forma en el procedimiento de designación del poder, sí se respeta el principio de autonomía del sujeto, principio que está en la base de la obligación moral de obedecer el derecho, puesto que son los propios destinatarios de las normas los que habrían creado la autoridad que dicta éstas y en consecuencia son ellos mismos los que se habrían dictado las normas que van a ordenar y regular sus conductas, de donde les surgirá una razón moral para obedecer o respetar sus propias pautas de comportamiento. Agrega el autor en cita que también podría fundamentarse la obligación de obedecer las normas de un sistema jurídico cuando éstas respeten un determinado contenido del que se pueda predicar una cierta consonancia con la justicia. En este último supuesto aclara que son los derechos fundamentales los que plasmarían la idea de justicia a que se hace referencia, por lo que se tendría la convicción de obedecer un sistema jurídico en el que se respete y garantice el ejercicio de los derechos fundamentales, incluyendo por supuesto los derechos económicos, sociales

Todo ello indica que las normas morales sirven de sostén del sistema jurídico, tanto para su creación como para su eficacia y eficiencia. Desde luego tanto las normas jurídicas como las morales pretenden regir la conducta del hombre, pero cuando se regula expresamente la moral en el derecho como un límite a la autonomía, se pretende dotar a la moral de la fuerza coercitiva propia del derecho con miras a enmarcar el actuar humano, mediante el empleo de la autoridad pública, a las exigencias de convivencia social, con el objeto de realizar el fin justicia y el bien común, lo que pone en evidencia la “penetración del factor moral en el derecho positivo”³², y con ello la incidencia de “los principios de justicia, buena fe, moral y buenas costumbres en la modificación de posturas vigentes durante muchos siglos”.

Lo comentado hasta ahora deja en evidencia la dificultad de precisar el contenido concreto del término moral como límite a la autonomía de la voluntad, y especialmente cuando se trata de una moral no positivada, pues cuando el derecho ya ha incluido como inmoral determinado comportamiento, será la obediencia al derecho, y en caso de inobservancia el cumplimiento forzoso del mismo, lo que termine dotando de efectividad al límite moral, pero cuando no se está en presencia de un caso legalmente previsto como inmoral, serán las propias prenociones de las partes del contrato, del intérprete y del aplicador de la norma, en casos de conflicto; las que determinarán, con elevado margen de subjetividad, los alcances del término moral, y de ellas dependerá la efectividad y coherencia en la aplicación de dicho límite con las exigencias morales vigentes en la sociedad.

En conclusión, la moral como límite a la autonomía de la voluntad está estrechamente vinculada con el término buenas costumbres, y se puede considerar incluido en ella todo comportamiento que esté en armonía con los valores y principios éticos sociales imperantes en una sociedad y en un momento

y culturales, en un sistema jurídico justo. VÉASE en el mismo sentido a FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *La Obediencia al Derecho*, Civitas, Madrid, España, 1987, p. 21, al señalar que hay una obligación moral de obedecer el derecho justo, y a las instituciones justas, derivada de la obligación moral más general que tienen los hombres de ser justos.

³² CANCELA, Omar y otros, Ob. Cit., p. 33-34. Con el objeto de diferenciar la moral del derecho exponen los escritores en cita que si bien ambas tienen en común el mismo objeto material de estudio, como es la conducta del hombre, difieren en cuanto a su objeto formal, pues la moral atiende al bien individual de la persona, es decir a mejorar la persona individualmente considerada, ante sí y ante los demás, el orden jurídico se ocupa de mejorarla en función de la convivencia del ser humano con sus semejantes. A partir de ello plantean que con la penetración del factor moral en el derecho positivo, la vinculación entre derecho y moral ha servido como fundamento para incorporar, en varias legislaciones, instituciones que están notoriamente afiliadas a la noción de moral y buenas costumbres como la lesión subjetiva y el abuso del derecho entre otras.

histórico determinado, y además abarca aquellos límites infranqueables originados por el respeto a los derechos fundamentales, de entre los que sobresale, en materia civil, la exigencia de justicia y equidad en la contratación.

4.2. EL ORDEN PÚBLICO COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Si es complicado determinar el significado de la moral como límite del principio de autonomía de la voluntad, más o igual de complicado resulta concretar el término orden público, pero a continuación se expondrán algunos apuntes doctrinarios que intentan precisar el significado de dicho enunciado, no sin antes aclarar que incluso hay quienes consideran comprendida la moral en el término orden público³³, lo que por sí solo constituye un indicador del grado de indeterminación que puede observarse en el orden público como límite a la autonomía de la voluntad.

Al igual que ocurre con la moral, el orden público opera como límite a la autonomía privada por la exigencia de que el objeto y la causa del acto o contrato, que son elementos estructurales del mismo, sean acordes con las exigencias de dicho límite. Por ello no obstante afirmarse que el término orden público es un concepto vago, indeterminado y de contornos más bien indefinidos, es viable sostener sin temor a equívocos, que la infracción del orden público en la contratación invalida el contrato por objeto o causa ilícita, y que en consecuencia constituye un límite a la autonomía privada³⁴.

³³ VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación Jurídica*, 1ª Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 1999, pp. 193-194. Señala que la moral integra al orden público, aunque precisa que no es toda la moral sino exclusivamente la moral social, a la que define como aquellos deberes que conocidos por la razón natural se orientan a la plenitud del hombre en cuanto miembro de una determinada sociedad. Agrega que el hombre en su crecer tiene exigencias para sí mismo en los que no está implicado a los demás, pero también tiene deberes que trascienden la esfera personal e implican a los demás, siendo acá cuando se está en el campo de la moral social, y según el autor en cita esta moral tiene enorme importancia en cuanto al orden público, porque, en gran medida, desde el punto de vista de la razón natural dichas normas subordinan al resto de la normativa integrativa del orden público, señalándoles el concepto de bien humano y sus exigencias elementales. Agrega que negar esa situación superior que le corresponde a la moral, implica correr el riesgo de tener que admitir una normativa social inhumana, y que dentro de la moral social están los deberes de justicia, deberes que de manera particular interesan al orden público.

³⁴ TAPIA, Mauricio, “Orden Público de Protección en el Derecho Chileno” en AA. VV. *Estudios de Derecho Privado en Homenaje al maestro Christian Larroumet*, Coordinada por Fabricio Mantilla Espinoza y Carlos Pizarro Wilson, 1ª Edición, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá D.C., Colombia, 2008, p. 486. En plena armonía con lo afirmado expresa este autor, que en efecto el orden público es un límite a la autonomía privada, pues su infracción invalida el contrato por objeto o causa ilícita. Luego agrega que la noción de orden público es un concepto vago de contornos más bien indefinidos pero que provoca consecuencias concretas y severas

El elevado nivel de impresión que se predica del término orden público se confirma, a partir de la discusión que en doctrina se plantea respecto a limitar el contenido de dicho término a las leyes de naturaleza imperativa, o considerar abarcadas en este, normas que provengan de fuentes distintas de la ley³⁵. Sería de enorme practicidad la aplicación del orden público como límite a la autonomía si su contenido se limitara a las leyes de naturaleza imperativa, pero tal manera de entender dicho límite significaría estimar comprendido este mecanismo de control dentro de la ley en estricto sentido, con lo que se le estaría negando autonomía al término orden público como límite a la autonomía de la voluntad, por lo que se impone la necesidad de mantener la utilización del referido mecanismo de control de manera separada y diversa que la ley.

respecto del principio de la autonomía de la voluntad, pues fija los límites a aquello que puede ser libremente acordado por las partes.

³⁵ DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, *El Orden Público como Límite al Ejercicio de los Derechos y Libertades*, Colección Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2002, pp. 290 a 296. Según este autor, las dos direcciones doctrinales ante el concepto de orden público como límite a la autonomía de la voluntad son una de carácter positivo y otra extrapositiva, según se exija o no, respectivamente, la consagración o recepción de los principios de orden público y buenas costumbres en el texto legal. En tal sentido destaca que según la tesis positivista las reglas de orden público están en la propia ley, y engloban como reglas de orden público las leyes imperativas o prohibitivas, en tanto no pueden ser derogadas por los particulares. No obstante, critica que existe una coincidencia según la cual el ámbito de la ley imperativa es mayor que el orden público, porque aquella puede tender a proteger no solamente intereses generales del Estado o colectividad sino también intereses privados, y estos últimos no interesan al orden público. En lo que respecta a la tesis extrapositiva sitúa al orden público como un mecanismo jurídico, extrapositivo, de aplicación jurisdiccional, cuya función última consiste en velar por el interés general limitando cualquier voluntad privada que atente contra este interés. No obstante, el problema de este postulado radica en llegar a saber sobre qué criterios se deberá sustentar la aplicación del orden público, si este se encuentra al margen de cualquier ley. Como último argumento expone que, el hecho de que aparezca el concepto de orden público junto al de ley, limitando la autonomía de la voluntad, es indicativo de que el orden público no puede referirse a otra cosa distinta que al propio orden constitucional, toda vez que éste es el único que puede anteponerse a la propia ley, para limitar, entre otras cosas, la autonomía de la voluntad. En ese mismo sentido VÉASE al autor español DÍEZ-PICAZO, Luis, Ob. Cit., pp. 129 y 130. Refiriéndose concretamente a la discusión enunciada en torno al contenido del término orden público, menciona Diez Picazo que “se ha querido poner en conexión el orden público con las leyes imperativas, identificándose leyes que tienen por objeto el orden público con leyes imperativas. Al respecto comenta, que esta tesis permitiría deslindar con facilidad el concepto, pero significaría reducir dos de los límites de la autonomía de la voluntad a uno solo de ellos. Además en una norma imperativa se puede plasmar una decisión de política jurídica, sin que para ello se vea involucrado el orden público. VÉASE además vinculado con este tema al autor RUBIO CORREA, Marcial, *Nulidad y anulabilidad: La invalidez del acto jurídico*, vol. IX, 6ª Edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2003, p. 107. En relación con lo planteado señala este jurista citado que el concepto de orden público no está restringido al ámbito de las leyes sino que tiene que abarcar también otro tipo de normas que sean referidas al orden público aunque provengan de fuentes distintas. Luego agrega que el Código Civil peruano no brinda precisiones sobre qué debe entenderse por orden público y qué por buenas costumbres, lo que hace suponer que ello será determinado por el agente aplicador del derecho.

Pretendiendo asignar algún nivel de concreción al término orden público, se ha indicado que el orden público, como límite a la autonomía de la voluntad está referido a la organización general de la comunidad expresada en sus principios fundamentales y rectores³⁶. Tal definición no abona en mucho a superar el grado de dificultad que presenta dicho límite en su aplicación, por lo que se ha llegado más específicamente a afirmar que pertenecen al orden público las materias estrictamente situadas dentro del orden constitucional, afirmación que puede considerarse extensiva a toda área de derechos humanos, lo que implicaría considerar la regulación que contienen diversos tratados de derechos humanos que aun cuando en el sistema jurídico salvadoreño no formen parte del bloque de constitucionalidad, una vez ratificados prevalecen sobre las leyes secundarias, pero si se toma en cuenta la naturaleza abierta que presentan muchas normas de naturaleza constitucional, se cae en la cuenta que ni aun con la definición propuesta se alcanza concreción en el contenido del término que se viene analizando.

A pesar del relativismo del término orden público su utilización se mantiene en el derecho por la preferencia del legislador en el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, que dejan un mayor margen para su libre disposición por el titular del poder de dirección y ejecución, y por ello ha llegado a afirmar que dicho término es empleado como “comodín”³⁷, en el sentido de que el mismo es utilizado

³⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis, Ob. Cit., p. 130. En relación con lo apuntado señala literalmente el autor en referencia, que “lo que el código llama orden público es la organización general de la comunidad o sus principios fundamentales y rectores”, por lo cual, aun cuando se carezca de normas legales expresamente imperativas, las materias referidas al orden público quedan sustraídas a la disponibilidad de los particulares. Luego este autor menciona como ejemplos de materias comprendidas en tal concepto, las estrictamente situadas dentro del orden constitucional (la dignidad de la persona, sus libertades básicas, su derecho de igualdad y a la no discriminación), que no pueden quedar impedidas o menoscabadas por los pactos o contratos de los particulares, aunque en ellos intervenga el mismo sujeto afectado. Por ello agrega que no vale ningún pacto que implique renuncia a derechos fundamentales.

³⁷ ARNALDO ALCUBILLA, Enrique, “El Orden de Público y la Seguridad Ciudadana en la Constitución Española de 1978”, en AA. VV. *La Noción de Orden Público en el Constitucionalismo Español*, coordinada por Julián Delgado Aguado, Editorial Dykinson, S.C., Madrid, España, 2011, pp. 217-219. No obstante afirmar que el orden público se caracteriza por su relativismo e indefinición, en una aproximación al contenido de dicho término menciona el profesor Alcubilla que el orden público es el orden que hace compatible la libertad de cada uno con la de los demás, es el conjunto de reglas mínimas y esenciales para la convivencia armónica de la comunidad. Además expresa que el derecho no ha sido capaz de sustituir dicho término por otro u otros criterios más objetivos y objetivables, lo que permite concluir la indubitada preferencia del legislador por conceptos que dejan un mayor margen para su libre disposición por el titular del poder de dirección y ejecución. En esta misma línea de argumentación VÉASE a DE CASTRO, Federico, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad, la defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor*, Anuario de Derecho Civil, Vol. IV, 1982, pp. 1022 y 1023, citado por el profesor Arnaldo Alcubilla, quien en relación con lo expuesto afirma que el término orden público es una suerte de comodín para explicar con una etiqueta inexplicada un resultado ya prejuzgado que no se explica o que no se puede explicar. Luego agrega que

con el afán de explicar lo que no se puede explicar, por ser un término comprensivo de no se sabe concretamente qué, y en consecuencia se puede introducir en su contenido todo lo que el intérprete estime incorporado, en tanto no sea posible encontrar una definición satisfactoria del mismo.

El orden público, en el derecho civil no es solo un límite a la autonomía de la voluntad, sino que persigue salvaguardar las esencias fundamentales de las instituciones jurídicas logrando su buen funcionamiento. Deriva de ello que el orden público tiene un contenido “elástico y variable en el tiempo”³⁸, consecuentemente su concepto no es unívoco y, en sentido amplio, comprende las bases esenciales del ordenamiento jurídico, social y económico de un país, en un momento de su evolución histórica.

Por tanto, en lo relativo a límites a la autonomía de la voluntad en materia civil, la noción orden público puede entenderse como contentiva de la posibilidad de controlar que los comportamientos de las partes al momento de realizar un acto jurídico, no sean contrarios a derechos fundamentales e instituciones básicas para la convivencia social. En otras palabras, “el orden público surge del espíritu de la legislación, espíritu que emerge especialmente del derecho constitucional, del estilo de vida, de la moral y de las buenas costumbres”³⁹, en consecuencia el orden público prevalece sobre la voluntad de los contratantes, aun cuando éstos exterioricen una voluntad común encaminada a determinado fin, pues

el intento de encontrar una definición satisfactoria del orden público en el ámbito del derecho civil ha de ser considerado como un suplicio para la inteligencia que implica caminar por un camino cubierto de espinas.

³⁸ PIÑON, Benjamín Pablo, “El Principio del Orden Público en la Teoría General del Contrato”, en AA.VV. *Edición Homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Derecho De las Obligaciones Responsabilidad por Daños y Derecho de los Contratos Teoría General del Contrato*, coordinada por Kemelmajer de Carlucci, Aída, 1ª Edición, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 2005, p. 435. Este autor menciona la falta de univocidad del contenido del orden público, y sustenta dicha afirmación en el hecho de que tiene distintos matices según se aplique en las distintas ramas del derecho, y la variabilidad de su contenido se origina en la misma elasticidad que permite incluir o excluir normas como constitutivas de límites a la autonomía por ser contraria al orden público.

³⁹ CONTARINO Silvia, Ob. Cit., p. 320-321. Expresa la autora que el orden público es el conjunto de principios que inspira el ordenamiento jurídico y constituye su espíritu. Agrega que dichos principios son de diversa naturaleza: religiosos, morales, políticos y económicos, y sirven para interpretar el espíritu del ordenamiento legal. Finalmente menciona que en dichos principios se funda la organización social y en cuyo respeto descansa la paz y la seguridad social. Por ello afirma la autora que la autonomía de la voluntad está limitada con el fin de proteger intereses superiores a los regulados por los contratantes, y por ello todo contrato debe respetar el orden público que se desprende de valores y principios que prevalecen sobre el margen de autodecisión que garantiza la autonomía privada, la cual queda supeditada a lo que interesa al orden público, por lo cual, quien interpreta un contrato debe analizar si lo pactado por las partes afecta al orden público y de ser necesario encausar el contrato a los principios que de este se deriven, lo cual generalmente implicará remediar el desequilibrio existente entre los económicamente débiles y los económicamente fuertes.

en todo caso, se debe negar eficacia a cualquier acuerdo alcanzado vulnerando los principios englobados en la noción de orden público.

CAPÍTULO II

MECANISMOS DE CONTROL FRENTE A LA INOBSERVANCIA DE LOS LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

1. Generalidades 2. La nulidad, 2.1. Criterios distintivos entre nulidad e inexistencia, 3. La lesión, 3.1. Concepto, 3.2. Fundamento, 4. La simulación, 4.1. Simulación Absoluta, 4.2. Simulación Relativa, 5. El abuso del derecho.

1. GENERALIDADES

Para que los actos o negocios jurídicos realizados por los ciudadanos puedan generar una relación jurídica que acarree consecuencias entre las partes involucradas en el acto, éstos deben ejecutarse con observancia de determinados requisitos⁴⁰. Es decir, para que la voluntad de los sujetos intervinientes pueda alcanzar la finalidad esperada por ellos, debe enmarcarse dentro de presupuestos necesarios para la existencia y validez del acto que se lleva a cabo, pues de lo contrario dicho acto podría no alcanzar la eficacia esperada por las partes.

El propósito final del acto jurídico es lograr que lo querido por los intervinientes en el mismo se convierta en una realidad jurídica concreta, sana y segura, por lo cual la eficacia del acto jurídico debe mirarse con un criterio finalista o funcional⁴¹; y ello sólo es posible cuando el acto se realiza rodeado de todas

⁴⁰ ALBALADEJO, Manuel, *Compendio de Derecho Civil*, 14ª Edición, EDISOFER S. L., Madrid, España, 2011, pp. 155. En relación con lo planteado menciona el escritor en referencia que la figura del negocio jurídico la acoge la ley para que produzca sus efectos peculiares, y con ese fin realizan los sujetos los negocios concretos. Pero éstos no siempre producen sus efectos propios, entonces se les califica de ineficaces, aunque den lugar a efectos de otro orden. VÉASE también a GARIBOTTO, Juan Carlos, *Ob. Cit.*, p. 267, quien se pronuncia en idéntico sentido y además expone que la ineficacia es la carencia de efectos jurídicos de un negocio.

⁴¹ CUBIDES CAMACHO, Jorge, *Obligaciones*, 5ª Edición, Pontificia Universidad Javeriana, Fundación Cultural Javeriana, de Artes Gráficas JAVEGRAF, Bogotá D. C., Colombia, 2005, p. 194. Menciona el escritor en referencia que para que el acto jurídico sea eficaz, vale decir, para que se produzcan los efectos que por él se persiguen con un criterio finalista o funcional, se requiere ante todo que exista, es decir, que tenga entidad jurídica. Luego es necesario que sea plenamente válido, en el sentido que no adolezca de ningún vicio que pueda comportarle su nulidad o un ajuste en las prestaciones generadas por él. Además si fuere necesario para desentrañar el auténtico querer de los agentes que lo celebran, debe ser interpretado conforme a los principios

las condiciones de eficacia requeridas por la normativa vigente, tales son: La existencia, la validez, la recta interpretación, y la ejecución conforme a derecho.

De conformidad con el principio de autonomía de la voluntad, lo pactado entre las partes les vincula jurídicamente, pero para que ese vínculo tenga plenos efectos debe haberse originado de una actuación acorde con los límites previstos para el ejercicio de la referida autonomía, pues de lo contrario, cuando los mencionados límites no son respetados, es decir, cuando un determinado acto jurídico se realiza sin respetar los requisitos ya de existencia o de validez del acto, en los distintos ordenamientos jurídicos se establecen salvaguardas que generalmente operan sancionando dichos actos mediante el desconocimiento de los efectos esperados por las partes.

En el presente capítulo, se desarrollarán los aspectos generales de las instituciones garantes del respeto a los mencionados límites, sin especial referencia a su aplicabilidad o vigencia en el derecho civil salvadoreño, pues ello se tratará en el capítulo IV de este trabajo al analizar el control normativo y jurisprudencial existente en el derecho civil salvadoreño, respecto de las instituciones cuyo análisis ahora se inicia. Asimismo se aclara que no se agotarán todas las figuras que en doctrina y derecho comparado se han desarrollado en torno al tema en referencia, sino las que han sido consideradas de mayor relevancia y utilidad, y que por ello han gozado de mayor acogida en las respectivas legislaciones.

2. LA NULIDAD

Una de las sanciones previstas para los actos realizados por particulares fuera de los límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad es la nulidad. La conservación de la eficacia de la manifestación de voluntad privada, está sujeta a que el acto realizado cumpla con los requisitos específicos que la ley prescribe con el objeto de preservar el orden público, garantizar la protección de terceros y de los mismos agentes, y la falta de dichos requisitos es sancionada con nulidad⁴², privando de eficacia

legales que precisamente se orientan a esa función. Finalmente debe ejecutarse, cumplirse, con arreglo a los postulados o criterios de ejecución de los actos jurídicos.

⁴² OSPINA FERNADEZ Guillermo y Eduardo OSPINA ACOSTA, Ob. Cit., p. 443. Respecto de la nulidad mencionan estos autores que cuando un acto reúne los elementos esenciales de todo acto jurídico, y, además, los que siendo de la misma índole esencial determinan su ubicación en cierta especie de las que en dichos actos se

normativa a dichos actos, resaltando con ello un aspecto negativo del acto jurídico en contraposición al aspecto normal o positivo de conformidad con el cual los actos celebrados entre particulares, surten plenos efectos.

En otras palabras, si la eficacia del acto jurídico conlleva que el referido acto alcanza los efectos naturales o propios del mismo, la nulidad, en tanto que priva de eficacia al acto, implica que las consecuencias jurídicas que con el mismo se pretendan alcanzar, no encontrarán amparo e incluso serán desconocidas, lo que es igual a decir que el acto jurídico nulo no produce o no debe producir ningún efecto⁴³, tanto en el momento de su configuración como en etapas posteriores, lo que denota que aun cuando en la realidad pueda estar ocasionando alguna consecuencia, se mantiene latente en el mismo la posibilidad de que cualquier interesado, e inclusive el ministerio público o el órgano jurisdiccional, declare en algún momento su ineficacia.

En doctrina se advierten supuestos en que la ineficacia del acto jurídico es inherente al acto mismo, en razón de defectos o vicios constitutivos, y otros supuestos en que la ineficacia sobreviene en razón de

clasifican, la ley lo reconoce como una de esas manifestaciones de la voluntad privada jurídicamente eficaces. Pero la concesión de esta visa no es incondicional ni irrevocable, sino que su *conservación* está sujeta a que el acto cumpla además otros requisitos específicos que la ley prescribe con miras a la preservación del orden público y a la protección de terceros y aun de los mismos agentes. Luego menciona que la falta de tales requisitos es sancionada con nulidad. A partir de ello concluyen dichos autores que la nulidad es la descalificación que el propio legislador decreta cuando la llamada ley contractual o ley particular incurre en quebranto de normas de jerarquía superior. VÉASE en esa misma línea de pensamiento al autor BARBERO, Omar, *Introducción al Derecho Privado*, 1ª Edición, Editorial JURIS, Rosario, Argentina, 2004, pp.135-136, quien es enfático al referirse a la nulidad como sanción legal por la cual se priva al acto jurídico de sus efectos legales, señalando este autor que, ante la transgresión de lo que ordena la ley resultan como respuesta del ordenamiento jurídico las sanciones, y luego concluye que por nulidad debe entenderse la sanción legal que priva de sus efectos normales o propios a un acto jurídico, en virtud de un defecto originario, es decir, existente en el momento de la celebración.

⁴³ DÍEZ-PICAZO, Luis, Ob. Cit., pp. 450-451. En relación con el tema en estudio menciona que: En sentido vulgar, la idea de «ineficacia» es una idea puramente negativa que denota la falta total de efectos. Decimos de algo que ha sido ineficaz cuando ha sido inútil, inservible, o no nos ha proporcionado los resultados que de ello esperábamos obtener. En el campo del Derecho acontece, algo, que, si se mira bien, es enormemente curioso: la «ineficacia» produce a veces unas consecuencias o unos efectos. Bajo el calificativo de «ineficaz» se designa toda una serie de supuestos que en cierta medida son heterogéneos. Así, si se dice de un contrato que es nulo, se puede aludir a un contrato del que no deriva en la realidad efecto ninguno, porque es considerado por todos como irrelevante en el terreno jurídico, o bien a un contrato que produce unos efectos en la realidad, pero que proporciona a los interesados la posibilidad o incluso impone en su caso a los funcionarios, por su propia iniciativa, la obligación o el deber de hacer volver las cosas al ser y estado que tenían antes de ser celebrado dicho contrato, porque este merece la reprobación y la condena. En otros casos, llamamos ineficaz a lo que es solo limitadamente eficaz o poco eficaz, porque se dan algunos de los efectos esperados y se produce parcialmente el resultado previsto, aunque no todas las consecuencias que eran contempladas ni todos los resultados que se buscaban. Otras veces, con el calificativo de ineficaz designamos a algo que es «anormalmente eficaz», porque no se producen los efectos que se esperaban, sino unos resultados imprevistos.

que las estipulaciones del negocio, dejan de constituir para los sujetos una regulación de intereses dotada de sentido, lo cual trasciende de la autonomía privada hacia los intereses económico-sociales que el negocio realiza. El primero de los supuestos es conocido como ineficacia estructural y funcional del acto jurídico⁴⁴, y es en este supuesto en el cual encaja en la figura de la nulidad que se viene analizando.

La nulidad entonces es aquella especie de ineficacia que se predica de un acto jurídico, por el hecho de no reunir los requisitos legalmente establecidos para su validez, o reunirlos formalmente pero haberse configurado de manera irregular. Por ello se puede afirmar que existe consenso doctrinario en establecer que la naturaleza de la nulidad es operar como una especie de sanción⁴⁵ originada por un defecto en el acto o contrato que opera privando de eficacia los actos de los particulares que son realizados contraviniendo los requisitos o elementos que el derecho vigente ha previsto para la validez de los actos jurídicos. No obstante ello se observa una prolongada controversia en el desarrollo de esta temática respecto a determinar si son coincidentes la nulidad con la figura de la inexistencia y si merecen un trato distinto, controversia que será tratada en el siguiente acápite.

⁴⁴ ZANNONI, Eduardo, Ob. Cit., p. 127. Afirma este autor, que “Cuando se predica ineficacia de un negocio en razón de defectos o vicios en su estructura (atinentes a cualquiera de sus presupuestos constitutivos: capacidad, poder de actuar o legitimación de los sujetos, inidoneidad del objeto, ilicitud causal –los móviles determinantes, la base subjetiva del negocio–, o al contenido –vicios de la voluntad o a las formas–), la privación de los efectos incide ab origine impidiendo la configuración de una relación idónea: prima, entonces, la idea de *nulidad del negocio*, porque, de un modo u otro, éste no es apto para producir regularmente los efectos jurídicos. *El negocio mismo es inidóneo como fuente de constitución, modificación o extinción de la relación jurídica que se pretendía constituir, modificar o extinguir*. Desde este punto de vista la ineficacia que deviene de la nulidad es originaria”. Luego a manera de síntesis expone que “la nulidad –en sentido lato, comprendiendo también la anulabilidad– predica sólo la ineficacia derivada de la *inidoneidad estructural del negocio*, y la ineficacia, en sentido amplio, abarca diversos supuestos de *inidoneidad funcional del negocio* (resolución, revocación, rescisión).

⁴⁵ SUÁREZ MARTÍNEZ, Hellmut Ernesto, Ob. Cit., p. 145. Al tratar la ineficacia de los actos jurídicos menciona: “Tenemos, pues, que la sanción que establece la ley para los actos o contratos que no reúnen los requisitos establecidos es, hablando en términos generales, la nulidad, y que hace que el acto jurídico llevado a cabo no produzca ningún efecto en sí, o que tales efectos se consideren como no realizados, retrotrayéndose las cosas que han sido objeto de la declaración de voluntad a su primitivo estado, como si tal acto no hubiera ocurrido”. VÉASE en el mismo sentido a los autores chilenos ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA, *Curso de Derecho Civil, Tomo IV, Fuente de Las Obligaciones*, Editorial Nascimento, Santiago, Chile, 1942, p. 321, quienes al formular un concepto de nulidad expresan que: “Es la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que se prescriben para el valor de un acto según su especie y la calidad o estado de las partes”.

2.1. LA NULIDAD Y LA INEXISTENCIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

No obstante la aparente pasividad en torno al significado de la institución comentada en el acápite precedente como mecanismo de control de los excesos en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, tal como su anunció supra, se mantienen divergencias doctrinarias en cuanto a determinar como figura autónoma la inexistencia del acto jurídico, o estimarla incluida como una especie de nulidad absoluta, según se trate de considerar que los actos jurídicos tienen una existencia material y otra jurídica, y que la falta de requisitos esenciales del acto lo vuelven jurídicamente inexistente aun cuando exista en la realidad, o que por carecer de requisitos se torna ineficaz mediante la nulidad, por no cumplir los requisitos que la ley impone.

La teoría de la inexistencia del acto se remonta temporalmente a los comienzos del siglo XIX, y geográficamente se ubica su surgimiento en Francia⁴⁶. El surgimiento de esta teoría se justifica, ante la ausencia de regulación expresa de la nulidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, por el principio de que no podría declararse una nulidad sin ley expresa. Para dejar sin efecto tal acto se afirmó que no hacía falta anularlo por ser inexistente, por lo que su postulado central consiste en sostener que en la realidad concurren determinados hechos, que aun cuando tienen apariencia de actos jurídicos, no alcanzan dicha categoría por carecer de algún elemento esencial. El mismo autor comentado en la anterior cita al pie de página expone de manera sintética los principales argumentos de las tesis que aceptan la teoría de la inexistencia como una teoría distinta de la nulidad y de las que niegan dicha autonomía, delimitando su análisis al derecho argentino, y sumándose a los autores que niegan la tesis que establece diferencia entre inexistencia y nulidad.

⁴⁶ RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil, Parte General*, tomo II, 1ª Edición, Abelado Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1993, pp. 943-944. Señala este autor que “El origen de la teoría del acto inexistente se encuentra en Francia, en comienzos del siglo XIX, haciendo su aparición en el campo del matrimonio, donde el principio según el cual no haya nulidad sin texto impedía declarar la nulidad del matrimonio entre personas del mismo sexo por no estar prevista. Entonces se dijo, tal matrimonio no hace falta anularlo, por ser inexistente”. Agrega este autor que cierto sector de la doctrina alude a la inexistencia, como expresión de la ineficacia más radical que puede afectar a un negocio jurídico. Los partidarios de la teoría sostienen, en general, que “la inexistencia”, es un principio primordial del razonamiento y de la lógica. Es una noción conceptual, no legal, que el entendimiento aplica a ciertos hechos, que no obstante tener la apariencia de acto jurídico, no son tales por carecer de algún elemento esencial referente a él, sea el sujeto, sea el objeto, sea la forma específica.

Conforme a la tesis que distingue entre nulidad e inexistencia se afirma, en términos generales, que el acto nulo es un acto jurídico que existe pero está viciado, en cambio el acto inexistente no llega a configurar un acto jurídico, aunque aparente serlo, de tal suerte que para que funcione la nulidad, debe primero configurarse el negocio jurídico con la concurrencia de todos los requisitos de existencia, que lo será tanto material como jurídica. De acuerdo con la tesis que niega diferencia entre inexistencia y nulidad, se rechazan las dos formas de existencia del acto que predicen los de la primera, pues consideran que el acto o cumple o no con los requisitos que la ley impone para considerarlo como negocio jurídico. Finalmente se menciona como argumento en contra de la institución en referencia, que la inexistencia es una figura totalmente inútil ya que los caracteres y efectos que se atribuyen al acto inexistente están comprendidos en la regulación de la nulidad absoluta, amén de la carencia de regulación legal de dicha teoría.

La teoría que niega la inexistencia jurídica del negocio encuentra refutaciones⁴⁷ a partir de las cuales se sostiene que en la realidad captable, esto es en el mundo objetivo, existen diversidad de hechos con apariencia de jurídicos, pero lo serán tales sí y solo sí se adecuan a los requerimientos típicos que la ley haya previamente establecido, de lo contrario, aun cuando existan en la realidad, no tienen existencia jurídica.

De lo anterior surge que para los partidarios de la diferencia entre nulidad e inexistencia, la primera quedaría reservada para aquellos casos de actos que sí tienen existencia jurídica, pero que en tal

⁴⁷ CIFUENTES, Santos, Ob. Cit., pp. 722-723. Este autor considera un equívoco el subsumir en la nulidad los casos de inexistencia. Como soporte de sus críticas menciona que “En el plano del ser o de las conductas hay sustancial existencia material, pero esto no significa que haya sustancial existencia jurídica, que esté ubicada en el plano del deber ser o normativo. Toda materia captable, hecho o conducta, es una apariencia para el derecho que puede tener o no referencia y carácter jurídico. Si no lo tiene, queda en la nada jurídica para guardar solo una apariencia en este ámbito pero que proviene de una materialidad real que se manifiesta y está allí”. Agrega que “no es absurdo predicar existencia e inexistencia, pues de lo que se trata es de una existencia material, de un fenómeno sensible y perceptible, que no lo es jurídicamente hablando, pues carece de esa realidad del ser jurídico necesario para aparentar el tipo legal específico”. Por otra parte aclara que “no se habla de inexistencia del negocio, sino de la inexistencia jurídica de ese negocio”, que es existente en cuanto materialidad captable, pero no por el derecho en el área de sus figuras dentro del deber ser”. Además apunta que el hecho de que el sistema jurídico no contenga normada la inexistencia jurídica no es motivo para negar su aplicación, ya que “el sistema jurídico contiene lo jurídico, naturalmente, por ello no podría referenciar materialidades no jurídicas, como es la inexistencia jurídica de un negocio. Pero, en cambio, sí contiene afirmativa y constructivamente los datos legales y jurídicos que conforman el ser en derecho de cada una de las figuras que abarca su tipificación, de modo que si no tienen los hechos, los datos y las conductas esos datos y ellos son los esenciales de conformación y estructura, no veo contradictorio ni fuera de foco admitir que hay una apariencia que es una nada jurídica, y por ello un negocio jurídicamente inexistente”.

juridicidad se pueda encontrar algún vicio, defecto e irregularidad; y que en consecuencia, dichos actos no cumplen de manera plena con las exigencias que las normas establecen para darles todos los efectos jurídicos previstos; en cambio, los actos que no cuentan con los elementos esenciales previstos para su existencia escapan a la nulidad y deben ser tratados como inexistentes, reiterando que se trata de inexistencia jurídica, aunque sí material. Esa existencia material es calificada jurídicamente como inexistencia propia e impropia, refiriéndose la primera a aquel tipo de existencia que eventualmente puede originar efectos entre las partes; contrario a la inexistencia impropia, de la cual no se predica ningún efecto jurídico⁴⁸.

En otras palabras, los partidarios de tratar la nulidad y la inexistencia como categorías autónomas, exponen como principal distinción el hecho de que la falta de alguno de los elementos esenciales del acto imposibilita identificar ese acto como existente jurídicamente. En cambio si el acto engloba todos los elementos de existencia, pero alguno o varios de dichos elementos se encuentran viciados, se está en presencia de un acto afectado de nulidad.

Del criterio distintivo expuesto deriva que serían inexistentes por ausencia de sujeto los negocios concluidos por quien suplanta al titular de un derecho transferido o por quien interviene en representación del titular pero mediante un falso poder; igualmente lo sería por ausencia de objeto la compraventa de un inmueble en que cada parte se refiere a cosas distintas, o en que se está vendiendo un inmueble que sólo tiene existencia registral, pero que en la realidad no existe materialmente. A partir de lo anterior parecería racional concluir que existe una evidente diferencia entre nulidad e inexistencia, pero tal como se ha venido mencionando, no existe consenso doctrinario respecto a dicha categorización, y hay quienes han afirmado que existe un error racional al realizar la referida diferenciación, pues aun cuando se habla de inexistencia se hace referencia a algo, y si ese algo en

⁴⁸ ROGRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno*, 1ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 2004, pp. 11-30. Este autor clasifica la inexistencia en propia e impropia. Considera que la primera puede generar efectos jurídicos, tal como ocurriría con una compraventa realizada en escritura privada, en la cual por faltar la formalidad esencial de la escritura pública sería un negocio jurídico inexistente, pero si las partes pagaron precio y entregaron cosa respectivamente, se generan importantes efectos fácticos en ocasión de dicho acto, y en su momento podrían realizar comportamientos dirigidos a restablecer la situación de hecho que se ha alterado. Por el contrario en la inexistencia impropia, que para este autor ocurre cuando la misma ley ordena imperativamente que el acto se tendrá por no escrito o una cláusula por no puesta, y en consecuencia en tales casos el acto no engendra ningún efecto.

realidad no existe se está ante la nada, y que de la nada es un absurdo predicar existencia o inexistencia⁴⁹.

Con lo expuesto ha quedado suficientemente planteado que uno de los límites a que deben someterse las personas al momento de realizar cualquier acto o negocio jurídico es el apego a los requisitos o presupuestos legales previstos para la existencia y validez del acto, y como, a través de la nulidad o inexistencia en su caso, según sea la configuración adoptada por el legislador, o el tratamiento jurisprudencial que se imponga, el mismo puede verse afectado en cuanto a sus efectos, si las partes inobservan o incumplen alguno de los referidos requisitos.

3. LA LESIÓN

Según se infiere de lo expuesto al desarrollar el acápite de la nulidad, dicha institución constituye una especie de sanción con efectos y aplicación más o menos aceptados de manera generalizada en la doctrina y derecho comparado, situación que resulta totalmente contraria con lo que ocurre respecto de

⁴⁹ ZANNONI, Eduardo, Ob. Cit., p. 145. Este autor al referirse a las tesis que realizan diferenciación entre inexistencia y nulidad menciona que dichas figuras, “son categorías relativas, dependientes, no autónomas. Se habla jurídicamente de inexistencia de algo o de nulidad de algo. Si ese algo en realidad no existe, se está ante la nada, respecto de lo cual es absurdo predicar existencia o inexistencia”. Agrega este autor de las páginas 190 a 192 de la obra en referencia, que “La teoría de la inexistencia pretende distinguir nulidad de inexistencia diciendo que aquélla (la nulidad) neutraliza los efectos de un acto celebrado pero viciado en cualquiera de los presupuestos o condiciones esenciales, mientras ésta (la inexistencia) se predica del acto al cual le falta cualquiera de los presupuestos o condiciones esenciales”. Menciona además que la distinción en referencia arranca de las formulaciones que hicieron Zachariae, Aubry y Rau, en la doctrina francesa, en casos en que no estaba prevista la nulidad pero era absurdo sostener la validez del acto, por aplicación de la máxima de que no había nulidad sin ley, quienes resumían la tesis en la expresión “una cosa es existir con vicios y otra es no existir”, y a partir de ello trataban de manera separada los presupuestos de existencia del acto y de condiciones de validez del acto, para concluir que sin los primeros el acto era inexistente y sin los segundos el acto era nulo. Finalmente el autor expone la respectiva crítica al mencionar que “El concepto de nulidad es, en el plano normativo –que es el plano del deber ser, de las imputaciones- lo que el concepto de inexistencia es en el plano del ser, de la causalidad. Al decirse, jurídicamente, que un acto es nulo se le está privando de la imputación de las consecuencia que debía producir conforme a su naturaleza propia. Ergo: se le está reduciendo a la nada en el plano del deber ser. En cambio la inexistencia del acto, sólo puede predicarse en el plano del ser, del acaecer fáctico, causal, para aludir al acto que no ocurrió, que no acaeció”. A partir de dicho planteo sostiene como argumento en contra de la tesis de inexistencia, que esta teoría “pretende trasladar una categoría de ser al plano del deber ser en aquellos casos en que, por distintas circunstancias se disimula u oculta la falta de un presupuesto del negocio, y se lo hace aparecer como si existiera. Lo que no se advierte es que, en tales casos, el negocio existió, ocurrió en el plano de la realidad, no es una nada. Lo que se pretende es despojarlo de toda virtualidad y declararlo precisamente ineficaz. Y entonces juega, sin duda, la categoría del deber ser que es la nulidad, que neutralizará los efectos que pudieron pretender los otorgantes al hacer aparecer falsamente reunidos los presupuestos del negocio”.

la figura cuyo análisis ahora se inicia, ya que ha sido legislada con distintos matices y en algunos países nunca ha tenido reconocimiento legal.

Por ello en lo que respecta a la figura de la lesión puede afirmarse que “se trata de una institución difusa, difícil de definir en sus alcances y características tanto principales como secundarias”⁵⁰. No obstante la dificultad referida, en un intento de clarificar al máximo posible dicha figura y puntualizar su utilidad para el derecho, se realizará en los siguientes acápite una síntesis de las conceptualizaciones que en doctrina se han realizado en torno a dicha figura, además de realizar el análisis correspondiente del fundamento iusfilosófico que justifica la existencia y supervivencia de dicha figura.

3.1. CONCEPTO

No existe unanimidad doctrinal respecto al concepto de lesión, ya que dependiendo de la vertiente que adopta cada legislación se agregan o restringen elementos que originan variaciones conceptuales. Por ello se estima pertinente empezar por exponer las vertientes existentes y acto seguido plantear el o los conceptos construidos en parte de la extensa bibliografía existente en torno al tema.

Se encuentran en doctrina apuntes a partir de los cuales se plantean tres vertientes configuradas en el tratamiento de la lesión⁵¹: Una postura objetiva, una subjetiva y la tercera que constituye una mezcla de

⁵⁰ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David., *Derecho Civil, Parte General*, 1ª Edición, primera reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, agosto, 2000 p. 728. El carácter difuso de la lesión como vicio de los actos jurídicos es uno de los principales argumentos que este autor expone que motivó al codificador argentino Vélez Sársfield para, en su momento, dejar de lado la figura de la lesión en el Código Argentino, y que ante la ambigüedad de tal institución era preferible ignorarla. Entre las más destacadas dificultades que se indican para su aplicación está el determinar el justiprecio o valor de las cosas. Al respecto VÉASE ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*, Tomo II, Volumen II, 1ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2011, p. 753, quien menciona que las cosas, según dicen los economistas, tienen dos valores: valor en uso o de afección y valor en cambio. El primero es el que cada individuo le atribuye a cada cosa, según la utilidad que le reporta o el significado que para él tiene, por lo que una cosa puede ser muy apreciada y tener un inmenso valor para mí y no así para los demás, pero lo que dicho valor es distinto para cada persona. El valor en cambio, por la inversa, es el que tiene la cosa en el comercio, el que se la asigna en las transacciones y cuya fijación se regula por la ley de la oferta y de la demanda; es uno mismo para todos, de donde surgirá en principio el problema de no tener certeza de a qué valor atenerse.

⁵¹ TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, *Teoría General de las Obligaciones*, 1ª Edición, Edamsa Impresiones S.A. de C.V., México, D.F. 2007 pp. 180. De manera laconica expone el autor las tres teorías enunciadas, pero su planteamiento es suficiente para comprender el significado al menos de las vertientes objetiva y objetiva-subjetiva, no ocurriendo lo mismo con el planteamiento que reproduce respecto de la vertiente subjetiva, pues resulta confuso que afirme que no es necesario que exista desproporción en las prestaciones, ya que en tal

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

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

Un concepto de lesión que encaja perfectamente en la noción objetiva de lesión sería sostener que “Se entiende por lesión en general el perjuicio pecuniario que sufre una persona al celebrar un acto jurídico”, y de manera más específica agregar que la lesión “es el perjuicio pecuniario que sufre una de las partes en la celebración de un contrato oneroso conmutativo, debido a la desproporción en el valor de las prestaciones o abstenciones recíprocas”⁵², ya que lo que define la existencia de lesión es la ausencia de equivalencia en las contraprestaciones de las partes.

supuesto, en los contratos conmutativos no podría hablarse de un provecho injustificado por parte de uno de los contratantes, pues si las prestaciones son equivalentes ninguno de los contratantes sufriría un perjuicio pecuniario.

⁵² LEÓN HURTADO, Avelino, *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*, 4ª Edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991, pp. 174-176. El concepto citado es aportado por este autor, quien destaca la equidad como apoyo de la lesión, mencionando que el ideal a que debe tender una legislación es lograr el máximo de justicia en todos los contratos que celebren los particulares y por ello no vacila en señalar que la lesión tiende a generalizarse, lo cual resulta encomiable pues con tal figura se restablecería el equilibrio de las prestaciones cada vez que fuera necesario. El carácter objetivo del concepto citado queda de manifiesto

Contrario a lo anterior se encuentran definiciones que evidencian su adhesión a la noción objetivo-subjetiva de lesión, ya que mantienen como elemento necesario la ventaja patrimonial desproporcionada, lo que configura el elemento objetivo; pero requieren que tal ventaja tenga por origen el aprovechamiento de las circunstancias de necesidad de la parte perjudicada, retomando así el elemento subjetivo. Ejemplo de ello lo constituye el conceptualizar la institución en estudio indicando que la lesión se produce “cuando una de las partes intervinientes en el acto jurídico aprovecha el estado de necesidad en que se encuentra la otra para obtener una ventaja patrimonial desproporcionada con la contraprestación a su cargo”⁵³.

Se observa del referido concepto la doble connotación de la lesión, resultante por un lado de la desproporción de las prestaciones, lo que pone en evidencia una anormalidad en el sinalagma del contrato, es decir, en la equivalencia de las prestaciones; y por otro lado la connotación subjetiva, pues concurren las partes a celebrar el negocio actuando una con la finalidad específica de aprovechar o explotar la necesidad, inexperiencia o ligereza de la otra.

Tomando en consideración las vertientes expuestas pueden identificarse con claridad en derecho comparado, tres posturas legislativas adoptadas en torno a la lesión⁵⁴. La primera que consagra

cuando el autor en referencia sostiene que la lesión debe considerarse objetivamente, en relación con la equivalencia de las prestaciones, sin tener en cuenta si las partes han conocido o no la desproporción de los valores.

⁵³ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David., Ob. Cit., p. 718. La definición citada es formulada por este autor y como respaldo de la misma menciona que el fundamento de la lesión radica en el amparo de la parte débil, cuya voluntad se haya presionada por las gravísimas circunstancias que atraviesa (elemento subjetivo), las que deberán demostrar, mediante toda clase de elementos probatorios, así como también la existencia de una ventaja patrimonial ostensiblemente desequilibrada y sin justificación (elemento objetivo). VÉASE en ese mismo sentido a ZANNONI, Eduardo, Ob. Cit., pp. 309-310, quien se refiere a la lesión como una “anomalía del negocio consistente en el perjuicio patrimonial que se irroga o provoca a una de las partes de aquél, cuando, en un acto jurídico oneroso y bilateral, se obtiene de ella prestaciones desproporcionadas mediante el aprovechamiento de su necesidad, ligereza o inexperiencia”.

⁵⁴ MOISSET DE ESPANES, Luis, *La Lesión en los Actos Jurídicos*, 1ª Edición, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones Córdoba, Argentina, 1979, pp. 61-63. Este autor se refiere en realidad a cuatro posturas, adicionando una a las que se han expuesto supra, pero al analizar su planteamiento se reducen en esencia a tres, pues las tipologías varían según se trate de países que admiten la lesión en carácter objetivo y las que sin ignorar el examen objetivo, agregan al análisis elementos subjetivos, a los que incluso reconocen mayor preponderancia, y son los que influyen de manera decisiva para configurar la lesión; y finalmente los países que niegan la existencia de la lesión como constitutiva de un defecto que genere ineficacia en el acto jurídico. En las páginas 162 y 163 de la obra citada este autor deja clara su postura en cuanto a considerar más apropiada las fórmulas que conjugan aspectos objetivos y subjetivos de la lesión, y menciona que las normas que procuran reprimir la lesión por la sola vía de la comprobación de la falta de equivalencia entre las prestaciones, han sufrido muchas y muy merecidas críticas, que no solo han demostrado su insuficiencia sino que

fórmulas objetivas para combatir la lesión, y atiende al desequilibrio entre las prestaciones, como elemento básico de la figura, y en tal postura cuando esa desproporción excede de ciertos límites, se invalida el acto por lesión enorme. La segunda postura está referida a legislaciones que se adhieren a criterios subjetivos-objetivos, manteniendo el desequilibrio de las prestaciones, pero con un papel menos preponderante, pues debe necesariamente complementarse con elementos personales como el estado de debilidad, la ligereza o inexperiencia de la víctima y el aprovechamiento de ese estado por la otra parte. La tercera postura está compuesta por el grupo de legislaciones que no aceptan la lesión como mecanismo de tutela del ejercicio adecuado de los derechos subjetivos ya sea desconociendo expresamente su aplicación o simplemente la silencian y entienden que de esta manera la excluyen.

Como ejemplo típico de lesión es utilizado la figura de la usura, la cual necesariamente conlleva intereses desproporcionados a cargo del deudor, y en muchas ocasiones tal situación onerosa es asumida por el deudor por las circunstancias apremiantes de necesidad que lo conminan a contratar en condiciones perjudiciales, pues de haberse encontrado en situación distinta jamás habría contratado, por lo que coincidirán elementos objetivos y subjetivos para la configuración de la usura.

3.2. FUNDAMENTO

En lo relativo al fundamento de la lesión no existe mayor debate en la doctrina que admite su aplicación como generadora de ineficacia contractual, aunque obviamente los detractores de dicha institución se encargan de cuestionar los argumentos casi uniformes que se despliegan como justificantes de la adopción de dicha figura. La equidad, la justicia conmutativa⁵⁵ y la buena fe que debe observarse en los

en muchas ocasiones no coincide la falta de equivalencia con un verdadero acto lesivo, pues nunca hay más desproporción que en una donación y no por ello se va a considerar un acto lesivo. VÉASE también, LARRAÍN VIAL, Bernardo, *La teoría de la lesión en el derecho comparado, Instituciones generales*, disponible en Id. vLex: VLEX-231001821<http://vlex.com/vid/231001821>, consultado el dieciséis de noviembre de dos mil doce, quien agrupa el tratamiento legislativo de la siguiente manera: 1° Legislaciones que admiten la lesión como un vicio subjetivo, 2° Legislaciones que sólo la admiten como un vicio objetivo, 3° Legislaciones en las cuales la lesión es, a la vez, un vicio objetivo y subjetivo, 4° Legislaciones que sólo reconocen a la lesión ciertos y limitados efectos y 5° Legislaciones que no le reconocen efectos jurídicos.

⁵⁵ CALDERÓN Maximiliano e Ilse ELLERMAN, “De la lesión de los actos jurídicos a los principios del derecho civil”, en Revista *Anuario de Derecho Civil*, tomo V, año académico 2000, Alveroni Ediciones, Argentina, 2001, p. 55. Se plantea en el artículo citado, que la represión de los contratos lesivos no constituye el rechazo autónomo de la desproporción prestacional observada entre las partes, sino que encuentra su fundamento en la justicia conmutativa, descrita como igualdad de valor prestacional practicada en las relaciones de intercambio, por lo que

actos jurídicos constituyen los pilares esenciales que sirven de soporte a la institución jurídica en comento, y en consecuencia es alrededor de dichos postulados que se han construido los principales argumentos en defensa para la adopción legislativa de dicha institución y que justifican la pervivencia de la misma.

Los principales argumentos en favor de la figura de la lesión, se encuentran además en plena armonía con los postulados del derecho de igualdad, intentando equiparar las reales desigualdades que pudiesen enfrentar los contratantes al momento de llevar a cabo el acto jurídico viciado por lesión. La referida idea de desigualdad contractual radica en el “distinto poder de negociación” que puede existir entre los contratantes a la hora de negociar⁵⁶. Por ello de manera sintética puede mencionarse que la sanción a que da origen la lesión tiene por objeto proteger a los más débiles respecto de los más fuertes o astutos⁵⁷.

Una propuesta solidaria ante la probable desigualdad expuesta conlleva a reconocer que el derecho no debe ser indiferente a la referida desigualdad, cuando ésta se traduce en un negocio lesivo para alguno de los contratantes, lo que evidencia lo apropiado que resulta retomar la equidad como sustento de la lesión, aunque la buena fe-lealtad que debe presidir la celebración de todo contrato, también se configura como un fundamento relevante para adherirse a la conveniencia de adoptar la lesión como mecanismo de control del desequilibrio contractual, amén de sostenerse argumentos de naturaleza

la lesión, independientemente de las diversas regulaciones que se le impongan, constituye una manifestación del principio de justicia conmutativa.

⁵⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Interpretación Económica de los Contratos*, 1ª Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 1994, pp. 235 y 244. En evidente preponderancia de aspectos morales sobre aspectos económicos, sostiene este autor que las acciones que nacen de la lesión aparecen dictadas por la buena fe-lealtad y probidad que debe presidir la celebración del contrato, y por ende repudia el negocio que, como consecuencia del aprovechamiento de una parte, se traduce en ventajas excesivas, y señala que la acreditación de la lesión cuya corrección se persigue, habrá de conducir a una decisión de equidad. En cuanto al diverso poder de negociación que justifica la utilidad de instituciones como la lesión, puede originarse de diversas razones, entre las que menciona, la existencia o no de necesidades insatisfechas, mediar o no premura, contar o no con respaldo económico, la experiencia o inexperiencia, madurez o inmadurez de juicio; entre otras, y a partir del análisis de circunstancias concurrentes en los contratantes se les podrá calificar como parte fuerte o débil, y los jueces podrán lograr la loable finalidad perseguida que no es otra que la de alcanzar el reinado de la buena fe y la equidad.

⁵⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA, *Curso de Derecho Civil*, Ob. Cit., pp. 170-171. Al referirse al fundamento de la lesión mencionan que ésta reclama una sanción en nombre de la equidad que, conforme a la etimología de la palabra, consiste en la igualdad de trato. Los más débiles deben ser protegidos contra los más ávidos y astutos, para así nivelar las desigualdades.

moral⁵⁸, en amparo de la figura de la lesión, pues sería contrario a las reglas de la moral el tolerar que existan contraprestaciones totalmente desproporcionadas entre las partes de un contrato, especialmente si se toma en consideración que las mismas se hayan generado producto de las circunstancias de desigualdad que rodean la contratación.

Otro de los fundamentos que en doctrina se encuentra como justificante de la existencia de la lesión es la necesidad de que se procure el logro de la justicia en la contratación. Vinculado con ello se menciona que la lesión se configura como “una encrucijada entre la libertad y la justicia contractuales”⁵⁹, y se aduce en apoyo a la existencia de la lesión que dar paso a la libertad contractual es admitir que el más fuerte pueda abusar de la parte más débil; en cambio si se opta por la justicia contractual, es necesario que hayan instituciones que impongan un equilibrio mínimo entre las contraprestaciones reales, lo que evidencia el fuerte sustento en razones de justicia que subyace en la existencia de la lesión, y en consecuencia su necesaria inclusión en los diferentes cuerpos normativos para evitar que se continúen tutelando desde la misma institucionalidad, comportamientos tan en contra del referido valor a que debe aspirar toda sociedad democrática.

Esta idea de justicia en la contratación ha sido resaltada incluso por connotados filósofos del derecho⁶⁰, al desarrollar el tema de interpretación de los contratos, respecto de lo cual se expone la necesidad de

⁵⁸ LARRAÍN RÍOS, Hernán, *Lecciones de Derecho Civil*, 1ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1994, p. 289. Menciona este autor, que la mayoría cree que el fundamento de la lesión está en que constituye una violación a la equidad o equivalencia que debe presidir las convenciones en general y especialmente los contratos onerosos. Agrega que por muy libres que sean las partes para contratar, la moral se opone a que contraten en condiciones totalmente desproporcionadas, y que en consecuencia la tendencia moderna es la de considerar la lesión como una institución de aplicación general a favor del débil y de limitación a la libertad contractual. Por ello afirma que la lesión no es más que una de las manifestaciones de la influencia de la moral en el derecho.

⁵⁹ GINÉS CASTELLET, Núria, *La configuración objetiva de la rescisión por lesión en los modelos catalán y francés*, p. 3, artículo disponible en Id. vLex: VLEX-332652546, <http://vlex.com/vid/332652546>, consultado el día viernes treinta y uno de agosto de dos mil doce. Se afirma por esta escritora que la relevancia técnico-jurídica que pueda tener la lesión en el seno de un ordenamiento determinado va a depender, en gran medida, de la forma en que dicho ordenamiento tienda a resolver la tensión entre la libertad contractual y la justicia contractual. Recuerda la autora que, según los postulados del liberalismo, corresponde a cada uno de los contratantes el asegurarse que, en la formación del contrato, se ha observado debidamente la justicia conmutativa. Sin embargo, en determinadas ocasiones, la ley puede permitir a una de las partes privar de efectos o corregir el contrato lesivo, demostrando que, a la luz de lo que dispone el ordenamiento, este contrato es injusto.

⁶⁰ VIGO, Rodolfo Luis, Ob. Cit., p. 158. En relación con lo expuesto sostiene el doctor Vigo que entre las reglas que facilitan al intérprete determinar los derechos y deberes que competen a las partes en virtud de un contrato, se encuentra: el justo conmutativo, y respecto de ello refiere que precisamente en el contrato aparecen las exigencias de la justicia conmutativa que reclama la equivalencia de las contraprestaciones. Aclara que no se trata de obsesionarse por una igualdad absoluta e ideal entre lo dado y lo recibido, sino de procurar una equivalencia

que el intérprete recurra a la equidad o justicia conmutativa en su misión de interpretar los derechos y deberes que efectiva y concretamente corresponden a las partes en virtud de la norma jurídica contractual, por lo que es obligación de las partes el procurar respetar una prudente equivalencia de las prestaciones al momento de contratar, para no verse expuestas a frustrar el fin que los haya llevado a realizar el negocio jurídico, a consecuencia de configurar un acto constitutivo de lesión.

No obstante los argumentos que se formulan como fundamento legitimador de la lesión, tal como se ha mencionado antes, no es una figura que tenga aceptación generalizada en las leyes vigentes, por el contrario se enuncian variadas razones, la mayoría con fuerte dosis de individualismo, por las cuales no se considera apropiada su adopción, y a partir de estas razones se intenta justificar doctrinariamente las posturas legislativas que han ignorado, silenciado e inclusive eliminado, la figura de la lesión como mecanismo de control de los excesos en los límites a la autonomía de la voluntad.

Si se toma en consideración que uno de los aspectos determinantes para sostener la existencia de lesión en la contratación es prefijar la existencia de contraprestaciones desproporcionadas, uno de los principales inconvenientes que se aducen para acoger la lesión como motivo de ineficacia contractual, es la dificultad de concretar el valor de las prestaciones⁶¹, lo cual es entendible si se toma en cuenta el argumento subjetivista de que las cosas valen lo que las personas quieren que valgan, y en consecuencia no existe un valor objetivamente aplicable a los objetos de los contratos, sino que el precio del objeto dependerá de las circunstancias que rodeen el negocio.

El codificador argentino Vélez Sarsfield es citado en la mayoría de obras de dicha nación que desarrollan el tema de la lesión, destacando las razones que en su momento expuso para rechazar que esta institución jurídica fuera incluida en el Código Civil argentino de 1869, entre las que se enfatizan la falta de uniformidad doctrinal traducida en discrepancias entre las legislaciones, dificultades para

prudente, posible y concreta entre lo conmutado, lo que torna más que evidente la conveniencia, para los fines de los contratantes, de realizar las respectivas negociaciones bajo las directrices que indiquen las razones de justicia, bajo riesgo de que sus finalidades no se alcancen si se apartan de dichas razones.

⁶¹ LEÓN HURTADO, Avelino, Ob. Cit., p. 175. Según este autor, la lesión podría acarrear más perjuicios que ventajas si no se aplica con numerosas restricciones. Cita como principal inconveniente lo difícil que resulta determinar el valor de las prestaciones, por no ser un atributo objetivo de la cosa y muchas veces dicho valor depende de las circunstancias personales del contratante.

graduar la lesión, los alcances, la posibilidad de renunciar, entre otros⁶². Amén de tales deficiencias se señalan la ambigüedad para fijar el inicio de prescripción o caducidad de la acción respectiva y la evidente intromisión en la libertad de contratación.

Las críticas a la figura de la lesión han sido tan fuertes, que incluso se encuentran apuntes de juristas de conocida trayectoria civilista que abogan por que dicha figura un día desaparezca por completo de las distintas legislaciones que le han dado cabida⁶³, plasmando entre otros argumentos, que el fundamento de justicia que se invoca en sustento de esta acción, no es tal, ya que con ella se auxilia a uno de los contratantes en perjuicio del otro, a quien se le hacen sufrir las consecuencias de una negligencia ajena, lo que constituye una intromisión injusta en la vida del contrato, pues en derecho nadie puede sufrir por culpa ajena. Desde luego tales afirmaciones parten de la idea de libertad e igualdad que se estima existente en los contratantes, y de allí el contraste con las posturas que defienden la existencia de la lesión, cuya razón de ser pasa por cuestionar la referida existencia de igualdad y libertad en la contratación.

⁶² CIFUENTES, Santos, Ob. Cit., p. 581. Menciona este autor que Vélez reconocía que en la mayor parte de los códigos y escritos de su época se admitía que la lesión enorme o enormísima vicia los actos jurídicos, pero se les limita en casi todos al contrato de compraventa, luego puso a la vista las diferencias de regulación que tenía en las diversas legislaciones de donde concluyó que no había uniformidad, pues unas amparaban al comprador, otras al vendedor, algunas por la mitad de precio, otras por cuantías distintas, algunas permitían que en los contratos se renunciara a invocar la lesión, había leyes que la admitían sólo para bienes muebles otras solo para raíces. Todo ello lo llevó a concluir que la figura era inconsistente y terminó diciendo: “finalmente, dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, deben hacer irrevocables los contratos”.

⁶³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, Ob. Cit., p. 740. Este autor inicia el planteamiento cuestionando si debe mantenerse o suprimirse la lesión, a lo cual responde que debe abolirse, porque, aparte de ser una acción que tiende a la destrucción de un contrato válidamente celebrado, carece de toda base jurídica. La ley no tiene por qué proteger a un contratante consciente y capaz de comprender lo que hace con perjuicio evidente de los intereses del otro. La protección legal debe dispensarse a los que carecen de criterio o capacidad necesaria para administrar sus bienes, pero de ninguna manera a los que están en la plenitud de su capacidad jurídica y, por lo tanto, en aptitud de poder darse cuenta cabal y exacta del acto o contrato que ejecutan. Yendo al fondo mismo del fundamento de justicia que se invoca para justificar esta acción, veremos que no la hay, por cuanto con ella se auxilia a uno de los contratantes y no al otro, a quien se le hace sufrir las consecuencias de una negligencia ajena y, como sabemos, en derecho nadie puede sufrir por culpa ajena. Debe tenerse presente que las dos partes están en igualdad de condiciones, que ambos gozan de la misma capacidad, de suerte que auxiliar a una y no a la otra es crear entre ellas una situación de evidente y manifiesta injusticia. Aparte de estas razones hay además otras que hacen de esta acción una institución perjudicial y dañosa. La acción rescisoria por lesión enorme fomenta los pleitos, lesiona el interés general, por cuanto conduce a la destrucción de los contratos y tiene en suspenso la estabilización del dominio. Todas estas consideraciones son las que han inducido a las legislaciones más modernas a suprimirla y llegará el día en que desaparezca completamente de todos los Códigos.

4. LA SIMULACIÓN

Lo normal en la realización de un acto jurídico o un contrato es que los agentes, al momento de realizar el mismo, expresen su verdadera voluntad; pero que, no obstante ello, en la realidad puede ocurrir aunque de manera excepcional, que existan marcadas divergencias entre la voluntad expresa y la voluntad real de las partes. Vinculado con la excepción planteada puede afirmarse que, la simulación constituye el arquetipo de la referida divergencia⁶⁴, con la característica de que ésta es provocada voluntariamente por los agentes, es decir, las personas realizan una declaración consciente de algo que no es acorde con la realidad de lo ocurrido.

En similares términos se pronunció la corte de apelaciones de Santiago de Chile según se infiere de sentencia dictada el diez de julio de mil novecientos ochenta y cinco, en donde destaca como requisitos de la simulación que se trata de una disconformidad deliberada y consciente entre voluntad interna y declaración, lo que necesariamente conlleva un acuerdo entre partes y por tanto concluye que sólo puede haber simulación en los actos jurídicos bilaterales o convenciones⁶⁵.

Uno de los principales exponentes de la teoría de la simulación contractual es el jurista italiano Francisco Ferrara, y al revisarse la definición que éste realiza de la simulación es fácil advertir su

⁶⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA, *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, tomo segundo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010, p. 360, obra disponible en <http://vlex.com/source/> ISBN Obra Completa: 956-10-1590-0, consultado el dieciséis de noviembre de dos mil doce. Señalan los autores citados, que la simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitido conscientemente y de acuerdo entre las partes o entre el declarante y la persona a la cual va dirigida la declaración, para producir con fines de engaño la apariencia de un acto jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo. VÉASE también a DÍEZ-PICAZO, Luis, Ob. Cit., p. 190, quien se refiere a la simulación como un caso de divergencia consciente entre la voluntad y la declaración de voluntad, pero al mismo tiempo realiza una importante aclaración a partir de la cual puntualiza que no se trata de un vicio de la voluntad, por existir el mencionado acuerdo en llevar a cabo la simulación.

⁶⁵ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Jurisprudencias Esenciales. Derecho Civil*, tomo tercero, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2010, pp. 86-87, obra disponible en <http://vlex.com/vid/252341614>, consultado el veintiocho de noviembre de dos mil doce. Este autor relaciona un resumen de la simulación de contrato: a) disconformidad entre la voluntad interna y su declaración. Esta contradicción es característica esencial de la simulación; b) disconformidad deliberada y consciente, circunstancia ésta última que la diferencia del error, en el que existe disconformidad pero es inconsciente e involuntaria, y c) concierto entre partes. Por esta razón la simulación incide en los actos jurídicos bilaterales; en una palabra, sólo incide en las convenciones. No hay simulación unilateral.

coincidencia terminológica con los requisitos antes apuntados⁶⁶, ya que se refiere a ésta como un acto irreal, ya sea porque no existe en absoluto o por ser distinto de lo que parece, y que en todo caso es realizado de manera concertada y con fines de engaño, por lo que en términos generales existe consenso teórico en cuanto a los requisitos mínimos que deben concurrir en un acto jurídico para que se configure la simulación.

A partir de lo expuesto parecería que no tiene mayor utilidad el análisis de la institución en desarrollo como mecanismo de control al exceso en los límites del ejercicio de la autonomía de la voluntad, pues si se trata de un acuerdo libremente adoptado por las partes, mal se haría en pretender desconocerle efectos a dicho acuerdo libremente alcanzado. Por ello se afirma que en términos estructurales la simulación es incolora, es decir, inocua e inofensiva⁶⁷.

No obstante ello, si se analiza dicha institución tomando en consideración el propósito de quienes la emplean sí puede alcanzar carácter ilícito, aunque debe quedar claro que tales fines son extraños a la esencia de la simulación. Por ello aun cuando la ilicitud no es de la esencia de la simulación es común que se emplee para dañar a terceros o para violar la ley⁶⁸, como ocurre con transferencias que en

⁶⁶ FERRARA, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*, Traducción de Rafael Atard y Juan de la Puente, Reimpresión de 5ª Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1960, p. 56. En la obra citada se define la simulación como “la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo”. Por ello afirma que el negocio simulado tiene una apariencia contraria a la realidad; o porque no existe en absoluto, o porque es distinto que como aparece, generándose como contraste que el negocio que aparentemente es serio y eficaz, es en sí mentiroso y ficticio, o constituye una máscara para ocultar un negocio distinto.

⁶⁷ CORONEL JONES, César, *La simulación de los Actos Jurídicos*, 1ª Edición, Editorial Nomos, Bogotá Colombia, 1989, pp. 21-43, 86-210. Este autor estudia a profundidad la figura de la simulación en los contratos, como parte integrante de la teoría general del acto jurídico, y concretamente en lo que respecta al binomio voluntad (como fenómeno interno) y declaración (que constituye la exteriorización de la referida voluntad). Específicamente en la página veintisiete de su obra menciona que el propósito de la simulación puede ser lícito o fraudulento, y ejemplifica entre otros intereses legítimos la necesidad de sustraerse a disgustos o solicitudes o un fin de vanidad o el interés de preservar el crédito y ciertas apariencias sociales, sin causar con ello ningún daño a terceros, ejemplos que a su vez son tratados como causas de simulación lícita en la página cuarenta y siete de la obra del autor italiano Francisco Ferrara citada en el anterior pie de página.

⁶⁸ DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, “La impugnación de los negocios con simulación en la causa por acreedores y legítimarios de las partes” en AA.VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Organizado por Antonio Cabanillas Sánchez y otros, Tomo I, 1ª Edición, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, España, 2003, pp. 434-435. Respecto de lo planteado afirma esta autora, que aun cuando cabe pensar en la celebración de negocios jurídicos simulados con móviles no prohibidos por el ordenamiento jurídico, lo más habitual es servirse del mecanismo simulatorio y de la apariencia negocial en que consiste para lesionar derechos o intereses legítimos de terceros, que pueden no solo ser engañados, sino sufrir la pérdida de aquéllos, por lo que desde una perspectiva procesal, la simulación puede ser declarada aunque no se pruebe una finalidad

realidad no existen, para sustraer bienes que puedan ser gravados por acreedores; u ocultando parte del precio de una venta, para pagar menos impuesto al fisco e incluso eximirse de ellos.

A partir de lo expuesto la simulación se clasifica doctrinariamente en lícita o ilícita, atendiendo a si perjudica o no a terceros o se realiza o no en fraude de ley. En cuanto a sus efectos la simulación lícita es perfectamente válida y surte plenos efectos entre las partes; en cambio la ilícita, como su mismo nombre lo indica, una vez sea acreditada carece en absoluto de efectos jurídicos el acto simulado, aun cuando el tratamiento en concreto que se observa en las distintas legislaciones que la adoptan es diverso. Por otra parte, según que el acto simulado sea totalmente inexistente o sólo constituya una modificación del acto real, la simulación se clasifica en absoluta o relativa.

4.1. SIMULACIÓN ABSOLUTA

En la simulación absoluta las partes no tienen real voluntad de celebrar negocio alguno⁶⁹, es decir, ambas partes encaminan su voluntad a simular un negocio, por tanto el convenio de las partes en concreto es simular un negocio, es decir, crear un contrato ficticio en su totalidad y no a celebrar uno que tenga incidencia jurídica para los contratantes. En otras palabras, en la simulación absoluta las partes no tienen ninguna intención de crear, modificar o extinguir una relación jurídica. A partir de ello se sostiene que la simulación absoluta origina siempre una nulidad absoluta por ausencia de consentimiento⁷⁰, ya que si bien existe un consentimiento dirigido a crear el negocio simulado, tal consentimiento carece de efectos jurídicos, pues para ello sería necesario que el consentimiento fuera

defraudatoria, cuya existencia no es un requisito sine qua non de aquélla, pues la ficción que entraña la simulación es un vehículo idóneo para defraudar derechos o intereses protegidos por el ordenamiento jurídico.

⁶⁹ ZANNONI, Eduardo, Ob. Cit., pp. 372-373. Menciona el autor citado que en la simulación absoluta, las partes del negocio simulado no quieren, en realidad, celebrar negocio alguno. Constituye este tipo de simulación una total ausencia de intención negocial seria. Ello no implica que la conducta realizada por los contratantes no tenga algún fin específico, sino únicamente que la finalidad –por cierto oculta- no tiene ninguna incidencia efectiva en su esfera jurídica, esto es, no pretenden que a través de ese contrato se alcance el fin económico-social previsto para el mismo. En similares términos se pronuncia Santos Cifuentes, Ob. Cit., p. 635, al afirmar que en la simulación absoluta las partes no tienen intención de celebrar el negocio, sino que únicamente han querido dar una ilusión sin contenido.

⁷⁰ DÍEZ DUARTE, Raúl, *Contrato Simulado*, Nueva Edición actualizada, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago de Chile, Chile, 1995, p. 88. Para este autor es fácil concluir que en la simulación absoluta hay ausencia de consentimiento, entendido este como la voluntad de dos o más personas acompañada de la intención de producir efectos jurídicos, pues no existe en dicho acto voluntariedad obligacional, sino solo ficticia. Por ello afirma que en todo caso la simulación absoluta envuelve una nulidad absoluta, ya que consiste en una ausencia total de consentimiento, y el consentimiento es requisito de la esencia de toda convención.

acompañado de la intención de crear, modificar o extinguir una determinada relación jurídica, lo cual no ocurre en este tipo de simulación, por lo que la situación jurídica y de hecho anterior al acto, en nada cambia con su celebración.

Debe quedar claro entonces que no es la ausencia de consentimiento en sí mismo lo que origina la falta de un requisito esencial del acto simulado, puesto que sería un contrasentido afirmar simplemente que no hay consentimiento cuando por definición la simulación requiere acuerdo de partes, sino que es la falta de un consentimiento capaz de originar una modificación en la esfera de las partes; esto es, capaz de crear un vínculo obligacional entre los contratantes, por lo cual si alguna de las partes pretendiera valerse del acto simulado, la otra perfectamente podrá oponerse y poner en descubierto que la voluntad declarada no es tal, sino que tras dicha declaración subyace un acuerdo para realizar esa declaración de manera ficticia.

Para autores partidarios de la inexistencia como institución autónoma de la nulidad, es fácil concluir que el acto simulado es un acto jurídicamente inexistente por carecer de requisitos esenciales como voluntad, consentimiento y objeto⁷¹, ya que el consentimiento expresado tiene la finalidad de constituir un acto aparente, no uno eficaz por lo que no habiendo voluntad para constituir un acto jurídico verdadero, tal acto es inexistente. En todo caso, dependerá del sistema adoptado por cada legislación y algunas veces de la línea jurisprudencial imperante por parte de los tribunales superiores, el tratamiento que se le dé a la institución en referencia cuando es planteada como un problema jurídicamente relevante para algún ciudadano.

⁷¹ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *El Negocio Jurídico*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1992, pp. 331-332. Este autor al escribir respecto de la naturaleza de la figura de la lesión comenta dos tesis, la primera que considera la simulación como un acto inexistente en razón de que no hay una manifestación de voluntad de quienes intervienen, ni mucho menos consentimiento para constituir un acto eficaz, y la segunda tesis que considera al acto simulado como nulo, sustentando la nulidad en la falsa causa o bien por la falsa realidad de un acto en sus características objetivadoras, para finalmente expresar su adhesión a la tesis de la inexistencia por considerar que en efecto en el acto simulado se carece voluntad y objeto, que son requisitos esenciales para cualificar como existente un acto jurídico. En similares términos realiza análisis ZANNONI, Eduardo, Ob. Cit., pp. 379-380, sólo que éste plantea la tesis de la nulidad como la aceptada mayoritariamente por la doctrina, y cita por lo menos a diez autores que se adhieren a dicha tesis.

4.2. SIMULACIÓN RELATIVA

Contrario a la simulación absoluta en la cual el acuerdo de partes se dirige a crear un no acto jurídico, es decir, a fingir la realización de un negocio totalmente inexistente, en la relativa el acuerdo de voluntades se encamina a encubrir un negocio real, esto es, a ocultar la existencia de un negocio verdaderamente querido por las partes, exponiendo al exterior la realización de un negocio distinto del realmente realizado.

Por ello se afirma que en la simulación relativa se observan de consuno dos actos jurídicos⁷², uno de los cuales es el fingido o simulado, y que es el que externamente aparece como realizado por las partes, y el otro que es el acto que realmente las partes han querido celebrar, pero que han decidido ocultar o mantener en secreto.

En la cotidianeidad existen variadas maneras de incurrir en simulación relativa, destacando en la doctrina una clasificación tripartita de las referidas maneras, agrupando las posibilidades según se trate de simular la naturaleza del contrato, el contenido del contrato o las personas del contrato⁷³. En el primer grupo se encuentran aquellos actos que aparentan un determinado carácter jurídico cuando en la realidad ostentan otro, en el segundo están los actos que contienen cláusulas contrarias a la verdad de lo ocurrido; y, en el tercero, están los actos en que aparecen como transmisores o adquirentes personas que no son quienes en realidad transmiten o adquieren los derechos u obligaciones que del acto surgen.

⁷² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA, *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, Ob. Cit., pp. 362-363. Con clara determinación señalan que en el caso de la simulación relativa hay dos actos jurídicos: 1º el ostensible, simulado, ficticio o aparente, que es el que las partes han fingido realizar; y 2º el acto oculto, sincero, real o disimulado, que es el que verdaderamente las partes han querido celebrar y destinado a quedar en secreto. En lo que respecta a efectos jurídicos agregan que en la simulación relativa la voluntad real se sobrepone a la falsa: *entre las partes vale el acto oculto o disimulado y carece de valor el público o simulado*, en consecuencia afirman que no podría una de las partes, para evitar el cumplimiento del contrato oculto, oponer a la otra la simulación; por el contrario, frente a terceros de buena fe, el acto simulado o público se considera existente y válido.

⁷³ CORONEL JONES, César, Ob. Cit., pp. 94-95 y 100-115. Bajo el acápite casos de simulación relativa, menciona el autor que la simulación de la naturaleza del contrato se perpetra cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro; sobresaliendo como caso tipo el encubrir una donación bajo la apariencia de una compraventa. En lo que respecta a la simulación del contenido los casos son innumerables pero, se mencionan a título ejemplificativo, hacer aparecer un objeto distinto del querido, la simulación del precio (que es de los casos más comunes) la antedatación y la posdatación, y fingir cualquier modalidad, cláusula accesoria o plazo del acto o contrato.

De lo expuesto resulta que en la simulación relativa no existe ausencia total de voluntad para realizar un acto con plenos efectos jurídicos como ocurría en la simulación absoluta, por lo que las consecuencias jurídicas previstas para este tipo de simulación son totalmente distintas, ya que en un determinado momento las partes pueden reclamar eficacia jurídica y plena validez para el acto oculto pero real, haciendo prevalecer la voluntad real sobre la declarada.

En esa línea de pensamiento cabe distinguir la voluntad subyacente en el contrato según se refiera al acto simulado o al acto disimulado y oculto. En el acto simulado -realizado solo en apariencia-, por carecer de voluntad real y de causa real origina la misma consecuencia que el de la inexistencia absoluta; es decir, acarrea nulidad absoluta del acto o su inexistencia jurídica, según la institución que se adopte. En cambio en el caso del acto oculto -que es el acto realmente querido por las partes-, si se configuran los requisitos de existencia y validez del mismo, éste tendrá plena validez y en consecuencia serán reclamables sus efectos⁷⁴.

La premisa antes adoptada queda limitada en cuanto a su aplicación respecto de las partes del acto, no así respecto de terceros⁷⁵, los cuales al actuar de buena fe, pueden requerir la validez del acto simulado e irreal, por ser el único conocido por ellos, y en consecuencia el único respecto del cual han exteriorizado su voluntad negocial, por lo que los efectos predecibles de un acto simulado relativamente variará según se trate de efectos entre las partes del contrato y los efectos que dicho acto produce hacia terceros ajenos al acto disimulado u oculto.

⁷⁴ FUEYO LANERI, Fernando, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1990, pp. 549-553. Explica el autor con claridad los efectos de simulación relativa, resumiéndose a predicar la nulidad del negocio aparente, pero como la simulación no se agota con la producción de la apariencia, sino que ésta sólo es un medio para ocultar un negocio verdadero que se concluye entre las partes, la ineficacia de la forma externa simulada no obstaculiza la validez eventual del negocio verdadero encerrado, en consecuencia, una vez se demuestre la simulación desaparece la relación fingida que media entre las partes, pero queda incólume la relación realmente querida por éstas, la cual tendrá plena eficacia siempre que reúna las condiciones necesarias de existencia y validez.

⁷⁵ ABELIUK MANASEVICH, René, *Las Obligaciones*, Tomo I, 4ª Edición Actualizada, Editorial Nomos S.A., Colombia, 2001, pp. 150. Este autor, al comentar el artículo 1707 del Código Civil chileno, respecto de los efectos de la simulación afirma que entre las partes prima el acto que refleja la voluntad real de ellas, y respecto de los terceros les será inoponible el acto simulado, es decir, no pueden invocarse en contra de ellos, y en caso de conflicto entre terceros, unos queriendo en el acto aparente y otros que pretendan invocar el acto simulado, debe preferirse a los primeros, imponiéndose el acto aparente al real.

Debe aclararse que resulta considerablemente difícil el deslindar cuando se está en presencia de una simulación relativa lícita o de una ilícita, cuando se trata de una simulación por la naturaleza o por el contenido del contrato, pues existen innumerables casos en que ese tipo de simulación se emplea con propósitos totalmente inofensivos, como ocurre por ejemplo cuando se simula un contrato oneroso ocultando uno de naturaleza gratuita, sin una finalidad dañosa en concreto.

Además se menciona en doctrina como forma ordinaria de empleo de simulación relativa por la naturaleza del contrato el disfrazar la realización del contrato de mutuo con garantía ya hipotecaria o prendaria, bajo un contrato de venta con pacto de retroventa⁷⁶, aspecto que será tratado con especial énfasis al analizar la regulación nacional de la mencionada simulación, y las incidencias de la vigente Ley Contra la Usura.

5. EL ABUSO DEL DERECHO

De las instituciones que ocupan este capítulo la que ahora se comienza a analizar es la más controversial en cuanto a su configuración. Para el caso, existen planteamientos de conformidad con los cuales se llegó a considerar que la formulación de la teoría implicaba una contradicción, pues no se concebía como posible que el titular de un derecho por el uso del mismo perjudicara a terceros, y se llegó a afirmar que no pueden coincidir uso y abuso, pues si existe abuso se incurre en ilicitud, es decir se estaría actuando afuera de las facultades que concede el derecho supuestamente ejercitado, y en consecuencia ya no se estaría en presencia del uso del derecho⁷⁷.

⁷⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, volumen I, 11ª Edición, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, España, 2003, p. 525. En esta obra, al referirse a la figura de la compraventa y el pacto de retro, cuando opera como venta en garantía, que es el típico caso que doctrinariamente es tratado como simulación relativa, consideran los autores que se está en presencia de un fraude de ley, ya que con dicho contrato se evade la prohibición del pacto comisorio. Es de recordar que de conformidad con dicha prohibición, cuando para garantizar una deuda se constituye un derecho de prenda o hipoteca, una vez llegado el vencimiento, si el deudor no paga, el acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en garantía, sin antes seguir el procedimiento previsto para la satisfacción forzosa de su derecho. En consecuencia, con la estipulación de una compraventa con pacto de retroventa en lugar del mutuo con la respectiva garantía, se evade la prohibición del pacto comisorio, pues el acreedor podrá quedarse con el bien dado en garantía, sin sujetarse a las normas de realización mediante las cuales ha de hacer efectivo el importe de su crédito.

⁷⁷ ROGINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo III, Teoría General de las Obligaciones, 18ª Edición, Editorial Porrúa, S. A., Avenida República de Argentina, México, D.F., 1993, pp. 325-326. Este autor al exponer los elementos que intervienen para constituir el abuso del derecho expone que en el abuso de los derechos se parte de la existencia de un derecho, del ejercicio del mismo y de la comisión de un daño por ese hecho, pero se supone que hay un abuso en el ejercicio, de allí que se hable del uso abusivo de los derechos.

Lo complejo de la institución en cita resulta del dogma de que “el que usa de su derecho no causa daño a nadie”⁷⁸, el cual surge de la licitud que se pregona de todo acto realizado en el ejercicio de un derecho, ya que el derecho subjetivo con que cuenta toda persona goza de tutela normativa, y conlleva un poder jurídicamente protegido en función de su titular como medio para satisfacer sus necesidades, por lo que el fin de reconocer un derecho es servir para el beneficio de su legítimo destinatario, y por consecuencia parece un contrasentido que ese poder se confiera de manera limitada y que por ejercer ese poder se pueda causar alguna afectación.

Postulados como los expuestos encajan perfectamente en las tesis individualistas imperantes siglos atrás, pero desde el siglo XX se observó una enérgica reacción en contra de la filosofía liberal que imperaba y en la actualidad se ha reconocido el carácter limitado de los derechos subjetivos. A partir de esta noción, se ha aceptado que los derechos subjetivos, aparte de sus límites legales, tienen otros de orden moral, teleológico y social. Asimismo se reconoce, que incurre en responsabilidad el que, en el ejercicio de un derecho y aun actuando dentro de los parámetros de permisión literalmente previstos en la ley que regula su ejercicio, traspasa los límites impuestos a dicho derecho por razones de equidad, buena fe o justicia contractual, causando con su conducta daños a terceros o a la sociedad, y es acá donde encuentra sentido la teoría del abuso del derecho.

Como crítica a dicha terminología comenta este autor que Planiol considera que es contradictorio hablar del uso abusivo de los derechos, y en apoyo de ello afirma que si hay uso no puede haber abuso y viceversa, pues son cuestiones distintas. De manera que el titular del derecho o lo usa o abusa de él, pero no puede en el uso abusar del derecho, es decir si abusa ya traspasa los límites de su derecho y en consecuencia ya no se puede hablar de un uso, por lo tanto el campo que delimita el ejercicio de un derecho debe estar precisado en cada caso. Sigue comentado el autor en cita que la tesis de Planiol fue objetada afirmando que el abuso del derecho conlleva la intención de dañar, y además de que no es posible dentro del ordenamiento determinar límites concretos para el ejercicio de cada derecho.

⁷⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Ob. Cit., pp. 435-436. Afirma este autor que desde tiempos antiguos se elevó a la categoría de dogma la idea de que el que usa de su derecho no causa daño a nadie. Agrega que no hay daño porque no hay lesión injusta. El hecho de actuar en el ejercicio de un derecho excluye el carácter ilícito del acto y, por consiguiente, la responsabilidad por los daños que se pueden seguir. No obstante el mismo autor plantea que dicho dogma aparecía demasiado estrecho frente a los casos en los cuales el acto de ejercicio había sido inequívocamente guiado por el propósito de causar daño, por lo que para salvar tal hipótesis la doctrina jurídica medieval construyó la figura de los actos de emulación, que comprendía aquellos actos realizados sin propia utilidad y con la intención manifiesta de causar daño a otro, doctrina que luego dio paso a la doctrina del abuso del derecho que abarca los supuestos subjetivos mencionados pero además cristaliza una orientación puramente objetiva rechazando todo ejercicio de derecho que esté en contra de la finalidad para la que es concedido; es decir, rechaza el ejercicio de los derechos subjetivos de manera antisocial, todo ello sustentado en las ideas de que el ejercicio del derecho debe hacerse conforme a las convicciones éticas imperantes en la comunidad, y que además debe ajustarse a la finalidad económica o social para la cual ha sido concedido o atribuido al titular.

Con seguridad puede mencionarse que la tesis de conformidad con la cual el ejercicio de las facultades legales derivadas de un derecho en nada perjudica a terceros ha sido superada, afirmación que encuentra sustento en el hecho de sostener que el derecho se realiza en un medio social, y por tanto los derechos de unos se encuentran frente a iguales derechos de otros, y en consecuencia el margen de ejercicio de cada derecho será el que específicamente corresponda a cada uno, y no podrán utilizarse para fines distintos de los previstos, pues de lo contrario habría ilicitud en su ejercicio y en consecuencia abuso del derecho⁷⁹.

Como teorías que se ocupan del tema en estudio se encuentran las tesis subjetivas, objetivas y eclécticas respectivamente, señalando que para los subjetivistas existe abuso del derecho cuando ejerciéndose uno propio se perjudica uno ajeno con dolo o culpa; para los objetivistas el abuso ocurre siempre que con el ejercicio del derecho propio se perjudique a un tercero, sin importar el elemento intencional; y finalmente los eclécticos que también adoptan como fundamento central del abuso del derecho la existencia del daño a un tercero a consecuencia de su ejercicio, sea que dicho daño haya sido provocado con dolo o culpa.

Y es que, los derechos nunca han sido absolutos en lo que respecta a su aplicación, ni aun en pleno apogeo de las tesis individualistas, en cuyo estadio siempre se reconocieron límites⁸⁰, pues en tanto

⁷⁹ LARRAÍN RÍOS, Hernán, Ob. Cit. p. 124. Menciona este autor que cada derecho tiene su razón de ser, su carácter, del cual no puede desprenderse, en consecuencia los derechos deben utilizarse no para un fin cualquiera, sino a sabiendas, para un fin legítimo y en razón de un motivo legítimo, lo cual implica que no deben ponerse al servicio de la malicia, de la mala fe, del deseo de perjudicar a otro. VEÁSE además LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*, Ob. Cit., p. 60, quien al referirse a la prohibición del abuso del derecho menciona que, es abusivo, en primer lugar, el acto que excede los límites normales del derecho, persiguiendo puramente el daño de otros sin beneficio propio, o un beneficio totalmente desproporcionado que deja en primer término la intensión manifiesta dirigida al perjuicio ajeno. Por tanto el perjuicio es lo fundamental, y el ejercicio del derecho el medio para conseguirlo.

⁸⁰ BONNECASE, Julien, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Volumen I, Primera Serie, Biblioteca Clásicos del Derecho, Oxford University Press, México, S.A. de C.V., México. D.F., 2002, p. 825. Se señala en esta obra que todos los derechos son absolutos, puesto que se reducen a facultades de acción, pero tan pronto como se trata de aplicarlos se convierten en relativos y contingentes, pues condenados a operar a través del medio social, encuentran las facultades concurrentes y caen bajo el imperio del derecho, cuya suprema misión es limitar, conciliar y combinar las actividades contrarias. Por ello nunca han sido absolutos los derechos sino en teoría. Agrega el autor que basta considerar el Código Civil, que es expresión de la doctrina individualista para advertir esto, ya que el poder de contratar, manifestación de la omnipotencia jurídica atribuida a la voluntad, está limitado por las leyes que interesen al orden público y a las buenas costumbres, el poder del propietario presentado como símbolo del derecho absoluto, a su vez se haya subordinado a un uso no prohibido por las leyes y los reglamentos, todo para evitar que se ocasione perjuicio a los vecinos, por lo que siempre ha existido límites

que están destinados a hacerse valer en el medio social y frente a otros sujetos que también son titulares de sus propios derechos, se convierten en relativos pues al ejercitarse debe hacerse con respeto al imperio del derecho, por lo que el abuso del derecho no es más que el hecho de no respetar los límites impuestos al ejercicio de un derecho.

Con el ánimo de precisar el alcance de lo antes afirmado debe llamarse la atención respecto a lo que debe entenderse actualmente por imperio del derecho, evitando caer en el error de reducir el significado de dicha frase al imperio de la ley, y en consecuencia estimar que bastará con realizar un mecánico juicio de tipicidad de una determinada conducta con el contenido literal de la norma que regula el ejercicio del derecho, para concluir que tal conducta es o no abusiva. Por el contrario, aun cuando la conducta mostrada se adecue a la norma que rige su desarrollo podría ocurrir que su realización ocasione violación de valores y principios fundamentales que rigen la convivencia social, y en tal caso existirá un ejercicio abusivo del derecho.

Por ello hoy en día es comúnmente aceptada la idea de que el abuso del derecho es un límite del ejercicio del derecho subjetivo⁸¹, pues aunque el derecho subjetivo es un poder individual de la persona, éste a su vez cumple una función social y si el ejercicio de ese derecho subjetivo se aparta de esa función social es un ejercicio abusivo y por lo tanto ilícito o contrario a derecho, y ello origina que el ordenamiento jurídico reaccione contra el infractor imponiéndole una consecuencia jurídica

materiales al ejercicio de los derechos y cuando existe violación a los límites objetivos impuestos al ejercicio de un derecho es que se está en presencia del ejercicio abusivo de los derechos.

⁸¹ PASTOR VITA, Francisco Javier, “La Relación Jurídica y el Derecho Subjetivo” en AA.VV., *Conceptos Básicos de Derecho Civil*, 1ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, 2009, pp. 71-73. Argumenta el autor referido que en el siglo XIX no se contemplaba el abuso del derecho como límite del derecho subjetivo, ya que se pensaba que cuando el titular de un derecho subjetivo lo ejercita no perjudica a nadie con su ejercicio, pues todo acto realizado en ejercicio de un derecho subjetivo propio es lícito y legítimo, pero a partir de los años 20 del siglo XX, la doctrina alemana comenzó a admitir la existencia del abuso del derecho, la cual hoy en día es comúnmente aceptada. En lo que respecta a las consecuencias del acto realizado con abuso del derecho, señala el autor una serie de consecuencias que se derivan para el titular del derecho, las que pueden ser concurrentes o darse de manera separada según el abuso de que se trate, mencionando concretamente que dicho acto no goza de protección por el ordenamiento y en consecuencia carece de eficacia, es decir, no producirá los efectos pretendidos por el titular del derecho. Agrega que el abuso del derecho dará lugar en su caso a la correspondiente indemnización por el daño causado, y eventualmente se adoptarán medidas judiciales y/o administrativas, ya ejecutivas o cautelares con la finalidad de evitar la persistencia de un daño que se está produciendo. Como ejemplo de tales medidas menciona el autor entre otras, el cierre o clausura de un lugar por exceso de ruido y el denegar licencias de construcción.

desfavorable, entre las que puede ser, según el tipo de abuso o de la naturaleza del derecho de que se trate: la ineficacia del acto, la indemnización y/o la adopción de medidas judiciales y/o administrativas.

Como elementos que deben concurrir para que exista abuso del derecho pueden indicarse los siguientes: 1° un acto u omisión, es decir, una conducta activa o pasiva que se realice en ejercicio del derecho, en virtud de una expresa disposición legal; 2° que el ejercicio sea abusivo, lo que ocurre cuando tomando en consideración las circunstancias concretas que rodean o acompañan dicho ejercicio se sobrepasan los límites normales de ejercicio del respectivo derecho, esto es, usar el derecho de manera contraria a los fines que la norma prevé; y 3° que dicha conducta cause un daño a otro, y que haya sido realizada con discernimiento, intensión y libertad, hasta tanto se demuestre lo contrario⁸².

El último elemento enunciado constituye el presupuesto definidor del abuso del derecho, y es lo que da origen a la necesidad de controlar dicha conducta y a los efectos negativos previstos por el ordenamiento jurídico en contra del titular del derecho. En efecto el causar daño a otro es totalmente contrario al reconocimiento de un derecho subjetivo, y si ello ocurre se habrá realizado un mal uso de la facultad jurídica, traicionando el fin que sustentó su creación al apartarse de la función social con que se ha configurado, por lo que dicho acto debe soportar las respectivas consecuencias jurídicas negativas.

⁸² MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Interpretación Económica de los Contratos*, Ob. Cit., pp. 138-139. Los elementos expuestos se extraen de la formulación que de los mismos realiza el autor en comentario, quien a su vez lo ha retomado de la sentencia E.D. 133-165 de fecha 22-12-88, pronunciada por la sala C de la Cámara Nacional Civil de Argentina. Cabe agregar que dicho autor amén de realizar la referida formulación expresa, que es innegable que los contratos se hacen para ser cumplidos y que razones muy poderosas, jurídicas y morales avalan el cumplimiento de la palabra empeñada; pero esta fuerza vinculatoria, que la norma compara a la fuerza de la misma ley, no debe hacernos perder de vista el fin de la institución: la satisfacción de las necesidades humanas. En otras palabras, el reclamo del cumplimiento de la palabra empeñada no debe alejarnos de la idea del contrato como medio para la composición o conciliación de intereses contrapuestos y, por sobre todo, del equilibrio que debe mediar entre prestación y contraprestación. Por ello agrega que si el derecho subjetivo emergente del contrato es ejercido por su titular sin un verdadero interés, si en su actuación priva la intensión de perjudicar sobre el beneficio que puede lograrse, si entre los varios senderos que se abren al sujeto activo de la relación se opta por aquél que más detrimento causará al sujeto pasivo, si la actuación deja de ser razonable para volverse arbitraria y caprichosa o repugnante al sentimiento moral, o si contraría el fin que verosíblemente se proponen las partes, el ejercicio se torna abusivo, por ello afirma que esta teoría es una reacción contra la rigidez de las disposiciones legales y la aplicación mecánica del derecho, representando un instrumento de flexibilidad y adaptabilidad del derecho a las realidades sociales.

El abuso del derecho en cuanto a su naturaleza ha sido tratado como principio general del derecho, y en consecuencia su aplicación va más allá de la esfera del derecho civil, es decir que la ilegitimidad del abuso del derecho tiene carácter general y es de observancia en cualesquiera disciplinas, aun cuando las legislaciones que lo han incorporado como prohibición expresa lo han incluido en el contenido de la materia civil, lo que se ha debido a la noción de derecho común que representa el derecho civil, y además al hecho de que su formulación originaria se debe al desarrollo teórico y jurisprudencial del derecho civil⁸³.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y SUS LÍMITES EN EL DERECHO CIVIL SALVADOREÑO

SUMARIO: 1. Fundamento constitucional de la autonomía de la voluntad, 2. Fundamento legal de la autonomía de la voluntad, 3. Fundamento constitucional de los límites a la autonomía de la voluntad y 4. Fundamento legal de los límites a la autonomía de la voluntad.

1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

En el sistema jurídico constitucional salvadoreño existe más de una norma en la cual sustentar la idea de autonomía de la voluntad. Primeramente se puede afirmar que dicho principio encuentra tutela de manera genérica en lo previsto en los Arts. 2 y 8 Cn.⁸⁴ que establecen el derecho general de libertad, ya que en el primero se expresa que toda persona tiene derecho a la libertad, y en el segundo se potencia dicha libertad al señalar que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, y a la vez que toda

⁸³ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, Ob. Cit., p. 171. Expone el autor en cita que la incorporación del abuso del derecho al acervo propio de la normativa civil ha traído consigo una notoria vitalidad del principio dada la característica función de derecho común representada por el derecho civil, luego agrega que aunque se haya normativizado en el Código Civil, la realidad es que la prohibición del abuso del derecho constituye un principio general del derecho, que tiene capacidad expansiva en el conjunto del ordenamiento jurídico. Vinculado con el tema VÉASE además REZZÓNICO, Juan Carlos, Ob. Cit., p. 113, quien menciona que por su propia naturaleza, los principios más generales –y el del abuso del derecho se encuentra entre ellos- poseen en sí una latitud y fuerza expansiva que los convierte en normas adheridas genéticamente a cada precepto del orden positivo, como que los valores que representan dichos principios están en la base de toda la vertebración positiva.

⁸⁴ Constitución de la República de El Salvador, D.C. N° 38 del 15 de diciembre de 1983, D.O. N° 234, tomo 281 del 16 de diciembre de 1983.

persona puede hacer o dejar de hacer lo que la ley no prohíbe⁸⁵, de donde surge la afirmación de que cada individuo tiene libertad de hacer lo que le plazca cuando él así lo requiere, por lo que las personas a partir de su libertad de actuación pueden establecer o no vínculos entre sí, y decidir el contenido de esas obligaciones.

Como una manifestación de ese derecho de libertad, el Art. 23 Cn., insta de manera más específica la libertad de contratación, entendida esta como la posibilidad que tiene toda persona de obrar o de no obrar sin ser coaccionada o sometida a ello por otra persona y sin que se lo puedan impedir cuando tiene la voluntad de hacerlo, es decir que en todo momento cuenta con la efectiva posibilidad de dirigir su voluntad hacia una finalidad propia. En otras palabras, la libertad de contratar consiste en la potestad de tomar decisiones por la propia voluntad personal sin verse determinado por la voluntad de otro⁸⁶.

⁸⁵ Respecto a los artículos citados y en evidente armonía con lo planteado, la Sala de lo Constitucional ha afirmado: “(...) es de mencionar que el artículo 8 dispone “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe”, disposición que, (...) establece, sin ánimo exhaustivo: (a) *la consagración de un derecho general de libertad, al cual son reconducibles todas las manifestaciones de la autonomía – cualificación de la voluntad– y autodisposición –cualificación de la acción– de la persona humana*; (b) la vinculación de tal derecho general de libertad con el ordenamiento jurídico, en el sentido que, en principio, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe, pero sí puede ser obligado a adecuar su conducta a prescripciones jurídicas que le conminen a actuar o abstenerse de actuar; y (c) la exigencia que tales prescripciones jurídicas sean justificadas, es decir, razonables y proporcionales, pues no debe olvidarse que ellas significan una limitación o acortamiento de un ámbito de libertad que, en principio, es amplio y que como tal es protegido por la Constitución por ser una condición esencial para el libre desenvolvimiento de la personalidad del individuo”, (resaltado suplido, sentencia de 31/I/2001, proceso de inconstitucionalidad 10-95)”. Las comillas y el subrayado son de la autora y responden a cita literal de parte de la Sentencia de Habeas Corpus con Ref. 135-2005AC de fecha 16 de mayo de 2008, SALA DE LO CONSTITUCIONAL; por otra parte, en lo relativo al Art. 2 Cn. ha sostenido: “(...) Con respecto a la libertad genérica establecida en el art. 2 Cn., esta Sala ha expresado que es un derecho que representa la condición para que el individuo pueda desenvolver y desarrollar libremente sus propias facultades y que el mejor medio para asegurar este desenvolvimiento es permitirle dirigirse espontáneamente, a su manera y asumiendo sus riesgos y peligros, en la medida en que no afecte el derecho de otro. Por consiguiente, asegurar este libre desenvolvimiento es justamente el fin de las libertades que constituyen algunos derechos fundamentales (Sentencia de 13-VI-1995, pronunciada en el proceso de Inc. 4-94)” agrega la sala que “(...)Es relevante destacar el contenido de la libertad plasmado en diversas sentencias de la Sala, entre las que figura la Sentencia emitida en el proceso de Inc. 17-95 –ya citado–, donde se establece que los alcances del derecho general de libertad se bifurcan en dos direcciones, la libertad negativa y la positiva, calificadas de acción y voluntad respectivamente. Por la primera se ha entendido la posibilidad de obrar para cumplir obligaciones, no hacer lo prohibido y hacer o no hacer lo que no está ni prohibido ni mandado. La segunda equivale a la real posibilidad de una persona de orientar su voluntad hacia un objetivo, es decir, la facultad de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros, incluido el Estado (...) SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad con Ref. 16-2005 de fecha 21 de septiembre de 2011.

⁸⁶ En total conformidad con lo formulado, la Sala de lo Constitucional ha dicho: “(...) La disposición constitucional que consagra el derecho a la contratación es el artículo 23 Cn. La jurisprudencia constitucional ha afirmado que la libertad contractual es una manifestación del derecho general de libertad, entendido este como la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos, así como la real posibilidad de las personas de orientar su voluntad hacia un objetivo, es decir, la facultad de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros, incluido el Estado –Sentencia de 5-VII-2006, Amp. 655-2004– (...)”.

Esta libertad de contratación no se ha configurado como un derecho absoluto, y por ello el mismo artículo establece que dicha libertad se garantizará siempre que se realice con arreglo a las leyes, por lo que se trata de un derecho sujeto a límites. En otras palabras, desde la perspectiva constitucional el derecho de autonomía de la voluntad no supone que los ciudadanos puedan realizar actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico entendido de manera omnicomprendiva, esto es abarcando toda escala normativa, los derechos fundamentales en general, además de los valores y principios que sustentan dicho ordenamiento, por el contrario, se fijan límites concretos a los que debe someterse toda persona en el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Premisa como la formulada se encuentra en armonía con argumentos expuestos por la Sala de lo Constitucional al sostener que el ejercicio la autonomía de la voluntad en relación con la propia libertad de contratación, ambas conformantes de la esfera jurídica del particular, “no suponen la permisión de creación de circunstancias alejadas del marco de legalidad, y tampoco suponen la posibilidad de pactar situaciones que se traduzcan en vulneraciones a derechos fundamentales entre los mismos particulares”⁸⁷, pues tanto la ley como los derechos fundamentales constituyen límites en el actuar del individuo respecto a otro u otros.

En estrecha vinculación con el Art. 23 Cn., se encuentra el Art. 102 de la misma que regula la libertad económica, como una manifestación más del derecho de libertad y desde luego como otro soporte constitucional de la autonomía de la voluntad, ya que en virtud de esta libertad económica los ciudadanos cuentan con libre iniciativa de producir y distribuir bienes, crear y ofrecer servicios, a la vez que pueden consumir tales bienes y aprovechar los servicios, todo lo cual pasa por el ejercicio de la libertad de contratación que a su vez constituye la emblemática manifestación del principio de

Y en párrafo separado agrega que “Desde esa perspectiva, el contenido de la libertad contractual se encuentra fijado por los siguientes aspectos:(i) el derecho a decidir la celebración de un contrato –faceta positiva– o su no celebración –faceta negativa–; (ii) el derecho a elegir con quién contratar; y (iii) el derecho a regular el contenido del contrato, esto es, la incorporación de cláusulas relativas a los derechos y obligaciones de las partes, a las condiciones, a las modalidades de cumplimiento, entre otros –Sentencias de 13-VIII-2002, 20-I-2009 y de 25-VI-2009, Incs. 15-99, 84-2006 y 26-2008, respectivamente– (...)”. SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad con Ref. 11-2010 de fecha 30 de noviembre de 2011.

⁸⁷ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Habeas Corpus, con referencia No. 135-005AC, de fecha 16 de mayo de 2008, penúltimo párrafo del apartado 2.2 del Considerando IV. Amén de la afirmación expuesta y ya en sentido positivo, agrega la Sala en el último párrafo de dicho apartado, que “*se trata entonces de permitir el actuar de las personas con libertad, pero a la vez se trata de que estas mismas sean protegidas ante actuaciones propias o ajenas que materialicen una transgresión al marco de legalidad y a los derechos fundamentales, y en consecuencia violenten la Constitución*”.

autonomía de la voluntad⁸⁸, sin que ello implique la permisión de actuaciones que puedan originar lesiones a terceras personas, tal como se planteará al momento de desarrollar los límites previstos para el ejercicio de la libertad de contratación.

Las disposiciones citadas constituyen el sustento constitucional de la autonomía de la voluntad, pero este principio encuentra su campo de mayor desarrollo en el área civil, ya que la teoría general de los actos y negocios jurídicos tiene su génesis en dicha área del derecho, y el contrato constituye el acto jurídico emblema de dicha teoría. Por ello debe además mencionarse que el ejercicio de ese derecho a la libertad de contratar se conjuga con el ejercicio del derecho fundamental de propiedad regulado en el Art. 2 Cn., y que está constituido por el derecho de los ciudadanos a contar con bienes o servicios, tangibles o intangibles, susceptibles de valor económico o apreciables en dinero, y a la facultad de disposición sobre ellos⁸⁹.

⁸⁸ En similares términos se ha pronunciado la Sala de lo Constitucional al decir: “(...) la libertad económica se manifiesta en tres etapas: la primera, referida a la iniciativa de producción de bienes y creación de servicios destinados a satisfacer necesidades humanas; la segunda, la distribución de esos bienes y el ofrecimiento de los servicios, ambos –los bienes y servicios– puestos al alcance de los consumidores en la cantidad y en el tiempo que son requeridos; y la tercera, el consumo, uso, disposición, utilización y aprovechamiento de los mismos”. *Cuando todo este proceso opera sin estorbos, sin más regulaciones que las necesarias para garantizar la libre elección de la iniciativa privada y lograr así los fines y metas del Estado, se dice que existe "libertad económica"*. La libertad económica, pues, manifestada en estas etapas, incluye lo que podría denominarse "libertad de contratar (...)". SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad con Ref. 15-1999 AC de fecha 13 de agosto de 2002.

⁸⁹ La Sala de lo Constitucional, al referirse al contenido del derecho de propiedad ha dicho “(...) que el mismo se garantiza en el artículo 2 de la Constitución, y que está protegido no sólo en cuanto a la propiedad plena de la cosa, sino también en cuanto a sus manifestaciones esenciales, que son el uso, disfrute y disposición de la misma; es decir, se protege la potestad que tiene el titular de la propiedad en realizar actos de dominio de diversa índole”. SALA DE LO CONSTITUCIONAL, interlocutoria con referencia 658-99 de fecha 21 de septiembre de 2000. VÉASE además SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad de referencia 16-2005, de fecha 21 de septiembre de 2011, en la cual, en ocasión de analizar la vinculación que tiene el derecho a la libre testamentación previsto en el Art. 22 Cn. con el derecho de propiedad que se ha comentado, en relación con este artículo sostiene que “tres son los derechos que pueden extraerse de su contenido a favor del testador, a saber: el *principio de autonomía de la voluntad*, el *derecho de propiedad* y la *libre disposición de los bienes (...)*”. Luego agrega que: “(...) La autonomía de la voluntad rige primariamente el ámbito contractual de las partes y la constitución del negocio jurídico, y se define como la capacidad de los sujetos para decidir las acciones que les son propias y también para autorregular *sus relaciones* con los demás en la forma que deseen. Por su parte, la propiedad incluye la potencialidad de toda persona para tener patrimonio y ocuparlo o servirse de él de cuantas maneras sea posible y la facultad de aprovechar sus productos y acrecimientos, así como la de modificar y disponer jurídicamente de toda cosa material o inmaterial, útil, apropiable y dentro del comercio – Sentencia de 25-VI-2009, pronunciada en el proceso de Inc. 57-2005– (...)”. Y finalmente vinculado con el tema que ocupa este trabajo señala que: “(...) conforme al art. 22 Cn., puede entenderse que el derecho de propiedad se manifiesta en esa libertad de disposición del bien reservado a su titular (...)” aunque luego aclara que esa facultad no es absoluta ni ilimitada.

El derecho de propiedad privada tiene por objeto garantizar a las personas un ámbito de poder sobre los bienes económicos, y mediante el reconocimiento que el orden jurídico realiza de la autonomía de la voluntad, se deja normado un campo de libre actividad donde el intercambio de bienes se sustenta en la iniciativa privada, por lo que también para ejercitar las facultades a que da origen el derecho de propiedad y especialmente la de disposición resulta de notable utilidad la autonomía de la voluntad⁹⁰.

Finalmente debe expresarse que la libertad de contratación, en tanto ser manifestación de actividad humana, no es un fin en sí mismo, sino un medio de satisfacción de los propios intereses privados, en procura de la consecución de su proyecto vital⁹¹, en cuya virtud los particulares pueden establecer las reglas aplicables para conseguir sus fines, lo que conlleva la necesidad de reconocer al ser humano la capacidad que tiene de actuar acorde con las exigencias sociales que la vida en común le impone, por lo que viene a su vez a constituir una manifestación del derecho de dignidad⁹² que es uno de los pilares en que se fundamenta la Constitución, ya que mediante su ejercicio se posibilita que sea la persona por sí misma quien, sorteando las distintas adversidades procure su personal superación o desarrollo, realizando los comportamientos que de manera libre y racional considera adecuados para esos fines, y en todo caso, actuando en avenencia con los valores sociales imperantes.

⁹⁰ REZZÓNICO, Juan Carlos, Ob. Cit., p. 205-206. Al referirse a los fundamentos de la libertad contractual, menciona dicho autor que la libertad contractual es la más importante de la autonomía privada que domina en la totalidad del derecho privado, y que dicha manifestación de libertad encuentra su fundamental justificación en la creencia de que en la economía la libre participación aumenta la responsabilidad de cada uno y se favorece con ello la formación de la propia personalidad de mejor manera que si lo fuere mediante coacción.

⁹¹ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, Ob. Cit., pp. 448-449. Este autor, al analizar la titularidad de los derechos subjetivos en general, afirma que éstos no son un fin en sí mismos, sino un vehículo de satisfacción de los propios intereses de los particulares, por lo que sostiene que debe reconocerse a las personas la capacidad de negociar con sus derechos y de utilizarlos como les convenga conforme a la satisfacción de sus intereses.

⁹² Al respecto, la Sala de lo Constitucional, al desarrollar el tercer significado que se atribuye a la dignidad humana en su carácter de valor, menciona que: “(...) *la dimensión nuclear de la dignidad de la persona humana es el mínimo invulnerable y constante, cualesquiera que sea la situación en que se encuentre el individuo, con relación a un trato que no contradiga su condición de ser racional, igual y libre, capaz de determinar su conducta en correspondencia consigo mismo y su entorno, que no sea tratado como un objeto o instrumento de parte del Estado o los demás, y que por lo tanto no se le convierta en mera entidad sustituible (...)*”. SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad con Ref. 18-1998 de fecha 20 de noviembre de 2007.

2. FUNDAMENTO LEGAL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Si bien es cierto la autonomía de la voluntad encuentra especial sustento en el derecho de libertad, para que en el ejercicio de dicho derecho los individuos puedan estructurar las relaciones jurídicas privadas según su propia voluntad, el derecho ha puesto a su disposición el negocio jurídico⁹³. En tal sentido, las personas pueden celebrar libremente los negocios jurídicos que les interesen, ya sea negocios existentes en las leyes vigentes o en su caso crear nuevos negocios, con la única limitante de que éstos no sean contrarios a las normas que rigen su realización.

El negocio jurídico por excelencia es el contrato⁹⁴, por ello la doctrina generalizada no ha vacilado en aceptar que el darle carácter de ley para las partes a dicho negocio constituye la más importante manifestación de la autonomía de la voluntad en la esfera privada, pues a través de él los particulares cuentan con la posibilidad de dictarse su propia ley, postulado que ha sido normado en el Art. 1416 del Código Civil al establecer que todo contrato legalmente celebrado es obligatorio para las partes, y que además encuentra sustento normativo en lo establecido en los artículos 1308 y 1309 del mismo Código, al estipularse en el primero de dichos artículos que el contrato es una de las fuentes de las obligaciones, y definirse el contrato en el segundo artículo mencionado como una convención que genera obligaciones, por lo que principalmente puede afirmarse que la regulación de la naturaleza y efectos del contrato, realizada en los artículos citados, constituye el respaldo legal más significativo al principio de la autonomía de la voluntad⁹⁵.

⁹³ GARIBOTTO, Juan Carlos, Ob. Cit., pp. 29-31. Acorde con lo planteado al desarrollar la definición de acto jurídico expone este autor que el acto o negocio jurídico es el instrumento de la autonomía privada, el medio por el cual los sujetos de derecho disciplinan por sí mismos sus relaciones. Por tanto, la base del negocio jurídico es la autonomía privada, la cual cuando se materializa mediante la manifestación de voluntad, gracias al ordenamiento jurídico alcanza los efectos queridos por los otorgantes del negocio, por lo que del enlace que surge entre la voluntad y consecuencias legales, se obtiene la satisfacción de los más variados intereses humanos dentro del ámbito de licitud.

⁹⁴ QUEZADA SÁNCHEZ, Ob. Cit., pp. 142-143. Al referirse a la autonomía privada, menciona este autor que es un poder de ordenación de la esfera privada de la persona y el contrato es una de sus más importantes manifestaciones, aun cuando el contrato es un tipo concreto de negocio jurídico. En ese mismo sentido VÉASE A ZANNONI, Eduardo, Ob. Cit., pp. 36-37, quien coincide con lo planteado al afirmar que el axioma universalmente aceptado de que las convenciones son ley de los contratantes, afianzó la eficacia jurídica de la voluntad, y que tal dogma no vale sólo para el contrato, aunque él constituye el negocio jurídico por excelencia, por tener en él la más clara aplicación la autonomía privada.

⁹⁵ OSPINA FERNADEZ Guillermo y Eduardo OSPINA ACOSTA, Ob. Cit., pp. 12-15. Al comentar lo relativo a la regulación que el Código Civil colombiano realiza de la autonomía de la voluntad, se afirma por dichos autores que el artículo 1602 de dicho código consagra el postulado de la normatividad de los actos jurídicos, y al revisar

De ello deriva que todo contrato legalmente celebrado genera para las partes un vínculo jurídico cuya eficacia u obligatoriedad está al mismo nivel que cualquier norma jurídica vigente, y de conformidad con lo plasmado en el Art. 1416 citado en el párrafo precedente sólo cesan sus efectos por el consentimiento mutuo de las partes contratantes, lo que pone en evidencia que la autonomía de la voluntad tiene trascendencia no sólo para la creación del vínculo, sino que además se deja librado a la voluntad de las partes la posibilidad de que hagan cesar los efectos del contrato a su arbitrio, sin olvidarse que deben observarse los límites previstos para la celebración respectiva, como se desarrollará en el acápite siguiente.

Lo anterior encuentra además amparo en los Arts. 1417 y 1438 CC. En la primera disposición citada se reitera la obligatoriedad del contrato, la cual se extiende al momento de la ejecución del mismo y en el segundo artículo relacionado se reconoce a los particulares la posibilidad de dar por cumplida cualquier obligación que les vincule, extinguiéndola por mutuo consentimiento, configurándose así como otra manifestación de la autonomía de la voluntad⁹⁶, ya que tal manera de poner fin a los efectos del contrato se materializa como un ejercicio de la posibilidad que tienen las personas de disponer libremente de lo que les pertenece, lo que a su vez encuentra apoyo en la definición del derecho de dominio plasmada en el Art. 568 CC, que conlleva el derecho a disponer de las cosas propias sin más límites que los establecidos por la ley o por la voluntad del propietario, adquiriendo por tanto relevancia la autonomía de la voluntad.

Amén de lo expuesto, son una clara expresión del reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad las normas del Código Civil relativas a la interpretación de los contratos⁹⁷, de las cuales

el texto de dicho artículo es totalmente coincidente con lo previsto en el Art. 1416 del Código Civil salvadoreño. A partir de la normatividad señalada afirman los autores en cita que el código reconoce que la iniciativa y esfuerzo privados, mientras obren con el debido respeto al derecho ajeno y al interés general, representan decisiva contribución al progreso y al bienestar de la sociedad, y por ello se debe garantizar la mayor libertad posible en las transacciones entre particulares. Afirman además que la voluntad privada no es una fuente autónoma de efectos jurídicos sino que debe expresarse legalmente para que adquiera el vigor normativo que dicho artículo le atribuye, a fin de que se convierta en una ley para las partes.

⁹⁶ Afirmación que ha sido sostenida por la Sala de lo Civil al mencionar que: “(...) *el postulado de la autonomía de la voluntad no se limita a la facultad que tienen los particulares para crear relaciones jurídicas, sino que igualmente los autoriza para modificarlas o para extinguirlas con posterioridad (...)*”. SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva con Ref. 1729-2005 de fecha 26 de abril de 2005.

⁹⁷ En similares términos se pronunció la Corte Suprema de Justicia al expresar: “(...) es de traer a cuenta lo establecido en el Art. 1431 C.C., el cual a su tenor literal establece: "Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.". Esta disposición legal

destaca la prevista en el Art. 1431 de dicho código de conformidad con el cual “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”, de donde resulta que el intérprete deberá buscar la intención o voluntad real de las partes al momento de asignar significado y alcance a las cláusulas contractuales.

Otras normas de naturaleza contractual que imponen expresamente la obligación de recurrir a la intención de las partes para fijar los correspondientes efectos contractuales son los Arts. 1504 y 1744 CC, ya que conforme al primero de dichos artículos, a falta de declaración expresa de las partes respecto de la novación de una obligación, se puede extraer de las circunstancias particulares conclusiones que indiquen la intención de novar por los contratantes; e igualmente ocurre en el segundo artículo citado que en su inciso tercero regula la figura conocida como tácita reconducción del contrato de arrendamiento, que se entenderá que opera cuando de los hechos realizados por las partes se infiera la intención de preservar el arriendo, lo que configura una aplicación de la autonomía de la voluntad por imponer la obligación de respetar la intención de las partes.

Además se identifican como evidentes consecuencias del principio de autonomía de la voluntad, las normas que contiene el Código Civil sobre interpretación de testamentos⁹⁸, tal como se puede constatar a partir de lo previsto en los Arts. 1048, 1108 y 1109 CC, en los cuales se encuentran directrices de interpretación de asignaciones testamentarias. Para el caso, el primero de dichos artículos, a efecto de determinar una asignación testamentaria destinada a la beneficencia, requiere en sus incisos segundo y tercero que el Juez se someta a las disposiciones del testador y a su intención en cuanto fuere posible. El Art. 1109 CC requiere que se remita a la intención del testador en aquellos casos en que mande a pagar una deuda por un monto superior al debido, y si de su intención resulta que pretendía donar el

regula lo que en la doctrina se conoce como "*Principio de Autonomía de la Voluntad*", principio fundamental para el derecho civil que consiste en que las personas -capaces de obrar- se obligan con las cláusulas que a ellas más les convengan, cláusulas que obligan a las partes como la ley misma. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN CORTE PLENA, Sentencia de Conflicto de Competencia de Ref. 107-D-2011, de fecha 11 de octubre de 2011.

⁹⁸ LEÓN HURTADO, Avelino, Ob. Cit., p 45. Afirma el autor en cita que en la interpretación, tanto de los contratos como del testamento, debe buscarse la voluntad real del autor o de las partes, por lo que sostiene que las normas de interpretación son una confirmación del valor de la autonomía de la voluntad, ya que el legislador insiste en la necesidad de otorgar el máximo valor posible a la voluntad humana. Ello confirma la importancia que la autonomía de la voluntad imprime no solo para el momento en que se configura el contrato, sino además para aquél en que el contrato debe ser cumplido, pues la interpretación tanto del contenido de los contratos como de las disposiciones testamentarias, adquiere relevancia en el momento en que se presentan problemas respecto de su cumplimiento o ejecución.

exceso de lo adeudado, tal exceso deberá ser cancelado, y finalmente el Art. 1108 CC establece lineamientos para interpretar los legados establecidos a favor de acreedores, imponiendo la obligación de respetar la intención clara del testador expresada en el sentido de que el legado se instituyó con el objeto de pagar la deuda, pues de lo contrario, a falta de claridad en la intención del testador al momento de realizar la asignación, subsiste la deuda no obstante la calidad de legatario del acreedor.

La posibilidad de renunciar individualmente de los derechos legalmente establecidos a favor de cada persona, constituye otra clara manifestación de soporte legal de la autonomía de la voluntad, facultad que se ha previsto en el Art. 12 CC, en el cual se ha fijado como único límite para materializar dicha renuncia, que no se trate de derechos que la ley haya previsto como irrenunciables, aunque su formulación lleva implícita la obligación de constatar que con la renuncia no se afecten intereses de terceros, afirmación ésta que se infiere del hecho de que en la norma citada se requiera que el derecho renunciado sólo mire al interés individual del renunciante.

Debe aclararse que la referida facultad de renuncia ha de entenderse referida concretamente a derechos de naturaleza sustantiva, pues no es posible renunciar mediante los respectivos documentos de obligación, y con sustento en esta disposición, a derechos de naturaleza procesal⁹⁹, y en consecuencia, cualquier acuerdo contractual que contenga una renuncia anticipada de un derecho de naturaleza procesal carecerá de eficacia.

⁹⁹ En lo relativo a esta disposición resulta interesante destacar el giro jurisprudencial observado en su interpretación, respecto a la validez de las cláusulas de renuncia de derechos de naturaleza procesal incorporadas en los distintos documentos de obligación, habiéndose sostenido inicialmente que con fundamento en los Arts. 12 CC. y 23 Cn., tales renunciaciones eran legítimas, pues no estaban prohibidas ni afectaban intereses de terceros (que eran los únicos límites aceptados), pero en posterior y vigente línea jurisprudencial, con sustento en el principio de igualdad procesal, el derecho de audiencia y la naturaleza procesal del derecho, se desconoce validez a tales cláusulas contractuales, situación que es controvertida en voto de discordia redactado por el doctor René Fortín Magaña quien a la fecha de dictada la sentencia no compartía el mencionado giro y ello motivó su disenso, sustentando su disidencia en afirmar que los Arts. 12 CC. y 23 Cn., garantizan la posibilidad de renuncia de derechos aun de naturaleza procesal, y que los únicos límites a esa facultad surgen de la prohibición legal y del perjuicio para terceros, de lo contrario constituyen ejercicios legítimos de la autonomía de la voluntad. SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva con Ref. 1111-2000 de fecha 30 de junio de 2000. Obviamente se comparte el primero de los criterios relacionados, ya que la ubicación misma del Art. 12 CC. da la pauta para entender que se está refiriendo a la renuncia de derechos de naturaleza sustantiva, pues tal como lo indica la Sala de lo Civil en la referida sentencia, para poder renunciar a un derecho de naturaleza procesal es necesario que éste ya pueda ejercitarse, y en consecuencia ello sólo sucederá una vez se haya promovido el respectivo proceso, y que se dicte la respectiva decisión judicial ante la cual se pueda ejercitar el referido derecho. De lo contrario, las normas procesales, en tanto son de orden público, carecen de disponibilidad para las partes, y en consecuencia no puede validarse renunciaciones anticipadas de derechos de naturaleza procesal.

3. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LOS LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Es oportuno comenzar señalando que los límites a la autonomía de la voluntad se justifican a partir del distanciamiento de los ideales liberales y el reclamo existente de mayor intervencionismo estatal en procura de justicia contractual y del bien común como intereses superiores de la colectividad¹⁰⁰, lo que al mismo tiempo constituye terreno fértil para la obtención de la anhelada paz a que aspira toda sociedad.

En el acápite cuatro del capítulo primero de este trabajo se plantearon en términos generales los principales límites a la autonomía de la voluntad que se desarrollan en la doctrina existente respecto a dicho tema, identificando entre otros la moral, las buenas costumbres, la buena fe y el orden público. Al indagar en el contenido del texto constitucional no se encuentra disposición jurídica que de manera expresa mencione alguno de dichos límites en vinculación con la autonomía de la voluntad en el derecho civil¹⁰¹; no obstante ello, adhiriendo una postura ius constitucional¹⁰², puede afirmarse que el principal soporte constitucional de los límites a la autonomía de la voluntad se encuentra en el preámbulo y en el Art. 1 Cn., ya que en el preámbulo se proclama el deber estatal de establecer fundamentos de convivencia nacional con ideales humanistas, con base en el respeto a la dignidad de la persona humana y en la construcción de una sociedad más justa, y en el precepto constitucional

¹⁰⁰ LEÓN HURTADO, Avelino, Ob. Cit., p 46. Este autor, al referirse a las limitaciones a la autonomía de la voluntad menciona que para que la voluntad de las personas sea expuesta con eficacia, su libertad tiene todas las limitaciones que expresa o implícitamente ha establecido el derecho en resguardo de la organización misma del Estado, de sus instituciones fundamentales; o si se quiere, del orden público y de las buenas costumbres. Refiriéndose específicamente al contrato aun cuando menciona el autor que es el acto jurídico más frecuente y en el que el principio de la autonomía de la voluntad juega su verdadero rol, señala que éste también enfrenta limitaciones que están justificadas en la necesidad de resguardar los intereses superiores de la colectividad, aunque aclara que las limitaciones que se impone a las partes son excepcionales y domina sin mayor contrapeso la voluntad de los particulares.

¹⁰¹ Se aclara que no se encuentra norma expresa que regule dichos límites a la autonomía de la voluntad vinculado con el derecho civil, aunque sí se encuentran expresamente dichos límites respecto de otras áreas. Para el caso, los Arts. 6 y 25 Cn., expresamente establecen el orden público y la moral como límites a la libertad de expresión y difusión del pensamiento, y a la libertad de religión respectivamente.

¹⁰² LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando, *Derechos Fundamentales y Libertad Negocial*, 1ª Edición, Centro de Publicaciones Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, p. 121. Según el planteamiento que realiza este autor, como parte intrínseca de la dignidad humana, hay determinados aspectos personales considerados contenidos esenciales de dicho derecho, y en consecuencia innegociables o indisponibles, a la vez que realiza la aclaración de que no se trata de calificar meta-jurídicamente una disposición puramente subjetiva frente a la propia dignidad, sino de perpetrar la idea de la dignidad personal, esto es, de defenderla frente a determinados acuerdos de voluntades en que eventuales violaciones a su esencia, consideradas en abstracto, cobren forma y carácter vinculante en las partes.

citado se establece que el Estado debe estar organizado para la consecución de la justicia, seguridad jurídica y el bien común, y que en consecuencia es obligación del Estado asegurar el bienestar económico y la justicia social.

Por ello, aun cuando la dignidad humana se planteó también como sostén constitucional de la autonomía de la voluntad, ésta juega ese doble rol, en el sentido de que no se justificaría con respaldo en la defensa del proyecto individual de vida que se procura tutelar mediante el respeto de la dignidad personal, permitir negocios jurídicos que atenten contra la dignidad de los demás¹⁰³. Y es que la libertad de actuación que reclama la dignidad, no debe en ningún momento confundirse con arbitrio, sino como se ha afirmado supra, su ejercicio está sujeto al respeto de las normas que regulan la convivencia social¹⁰⁴. Debe necesariamente ser así pues la protección del ser humano encuentra sentido a partir de su vinculación con el entorno social, y por tanto un ser sujeto a respetar los derechos de los demás y por ende las normas que regulan el ejercicio de sus derechos.

Finalmente debe mencionarse que inclusive algunas de las disposiciones normativas que se han señalado como informadoras del principio de la autonomía de la voluntad dejan evidenciada la relatividad de dicho principio, pues para el ejercicio de los derechos subjetivos remiten a las prescripciones legales, en consecuencia el ejercicio de la autonomía de la voluntad quedará sujeto a los estrictos controles que imponga el legislador secundario. Para el caso, el Art. 22 Cn., que reconoce el derecho a la libre disposición de los bienes establece que su ejercicio se haga conforme a la ley, e igualmente el Art. 23 Cn., requiere que la libertad de contratar se ejecute conforme a las leyes.

Pero esa relatividad no surge únicamente de los límites que el legislador pueda configurar para el ejercicio de tal principio, sino que aun otorgando categoría de derecho fundamental a la autonomía de la

¹⁰³ Afirmación que implícitamente ha sido sostenida por la Sala de lo Constitucional en sentencia de Inconstitucionalidad con Ref. 18-1998 ya citada, pues al desarrollar el tercer significado que se atribuye a la dignidad humana en su carácter de valor, presupone que conforme a dicha dignidad el individuo actuará en correspondencia con su entorno.

¹⁰⁴ REZZÓNICO, Juan Carlos, Ob. Cit., p. 208-209. El autor en cita al comentar la razón de ser de los límites al principio de la libertad contractual, señala que dicho principio abriga el peligro del abuso de la libertad, y que por ello el ordenamiento jurídico procura otorgar cierta protección a quien puede verse afectado por una utilización del principio desviada de sus fines, ya que, la autonomía, como uno de los instrumentos del querer individual, es sinónimo de libertad pero no de arbitrio, de una voluntad sin límites; por lo cual concluye que la autonomía se ve limitada por principios de naturaleza social, tales como: solidaridad social, buena fe, utilidad social, paridad de tratamiento, seguridad, libertad, dignidad humana o función social.

voluntad, -lo cual es dable si se toma en cuenta la base constitucional que sustenta a dicho principio-, nada obsta para mantener la defensa de su carácter de relativo, y que será en cada caso en concreto, a partir del correspondiente juicio de ponderación, que se proceda a contrastar los derechos constitucionales en juego, y de ello derivar la respectiva limitación al derecho en comento, pues no existe derecho fundamental absoluto¹⁰⁵.

4. LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO CIVIL SALVADOREÑO

Si se toma en consideración que desde la Constitución se ha previsto la necesidad de que el legislador configure límites dentro de los cuales debe operar el ejercicio de los derechos fundamentales, es evidente que en la legislación secundaria de materia civil se encontrarán diversidad de límites concretos al momento de pretender realizar negocios jurídicos. Lo anterior ocurre, entre otros casos, cuando el legislador impone prohibición de comprar bienes a determinadas personas (Arts. 1601 y 1602 CC), cuando prevé como nulo el pacto en que se exima al vendedor del saneamiento de evicción (Art. 1644

¹⁰⁵ Así lo ha sostenido la Sala de lo Constitucional al mencionar que aun en ausencia de establecimiento de límites directos a los derechos fundamentales, “(...) los derechos no son absolutos, sino que están conectados con el resto de disposiciones constitucionales (...)”. Agrega dicha Sala que “(...) Como resultado de la eliminación de la noción absoluta de los derechos fundamentales, la jurisprudencia de esta Sala –v. gr. sentencias pronunciadas en los procesos de Amp. 551-99, 10-2001 y 939-2002 de fechas 28-IX-2001, 11-I-2001 y 25-V-2004 respectivamente, Inc. 8-97, 17-2003 y 21-2001 de fechas 23-III-2001, 14-XII-2004 y 11-XI-2003 respectivamente y HC 290-2000 de fecha 14-V-2001– ha sostenido que *los derechos fundamentales no son ilimitados* –ningún derecho lo es– y que, consecuentemente, surge la figura de la limitación del derecho, que supone una regulación e implica la modificación de su objeto o sujetos de manera que sirva como relativización o intervención en el ejercicio de tal derecho, con una finalidad justificada desde el punto de vista constitucional (...)”. Además señala dicha Sala que: “(...) en la sentencia de 26-VI-2003, pronunciada en el Amp. 242-2001, se afirmó que existen límites internos a los derechos fundamentales que sirven para definir el contenido mismo del derecho, los cuales resultan intrínsecos a su propia definición y constituyen las fronteras del derecho más allá de las cuales no se está ante el ejercicio de éste sino ante otra realidad. En ese contexto –se dijo–, corresponde al legislador definir esas fronteras en la regulación que haga de cada derecho fundamental y los operadores jurídicos tienen que adecuarlas a las exigencias de la realidad cambiante. Asimismo, se afirmó que existen límites externos a los derechos fundamentales, los cuales son impuestos por el ordenamiento jurídico y permiten distinguir lo que es el ejercicio legítimo y ordinario del derecho respectivo y lo que no lo es. Esta segunda clase, a su vez, se divide en límites explícitos e implícitos. Se habla de límites explícitos cuando se encuentran previstos de manera expresa en la Constitución o en las leyes, mientras que se habla de límites implícitos cuando estos no están formulados de esa manera, sino que derivan de los principios y bienes jurídicos constitucionales (...)”. Asimismo menciona la Sala que “(...) De este modo, los derechos fundamentales también despliegan su eficacia frente a los particulares, para lo cual habrá que tener en cuenta cómo el legislador ordinario lo ha regulado. Esto no significa, cabe aclarar, que la eficacia de los derechos fundamentales quede en manos del legislador, sino que este se encuentra sometido a la Constitución en general y específicamente a las disposiciones que consagran derechos fundamentales. Entonces, la eficacia frente a terceros se deduce directamente del contenido constitucional de cada derecho (...)”. SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de inconstitucionalidad Ref. 16-2005, de fecha 21 de septiembre de 2011.

CC); y cuando establece la irrenunciabilidad de ciertos derechos, como el derecho que tiene el deudor a pagar la cantidad estipulada en el contrato, ya sea en la especie de moneda convenida o en moneda de curso legal en la relación de cambio establecida por la ley (Arts. 1440 Inc. 3°, 1957 CC); y la prohibición de renuncia de la prescripción para quien no puede enajenar (2234 CC).

No obstante ello, en el presente capítulo se analizan aquellas normas que imponen límites generales a la autonomía de la voluntad y que por tanto son aplicables en todo acto jurídico realizado mediante manifestación de voluntad de los particulares. Debe recordarse que el negocio jurídico es el instrumento puesto a disposición de las partes para el nacimiento, modificación o extinción de derechos subjetivos exigibles frente a los particulares, por lo que interesa resaltar aquellas normas que el legislador ha formulado a efecto de restringir la autonomía de la voluntad en todo negocio jurídico¹⁰⁶.

En tal sentido cabe afirmar que desde el momento en que la misma ley establece requisitos inalterables del negocio jurídico, siendo éste el instrumento principal de manifestación de la autonomía de la voluntad, intrínsecamente está reduciendo o limitando dicha autonomía¹⁰⁷, por lo que constituye clara expresión de tales límites lo previsto en el Art. 1316 CC, en cuyo artículo se erigen los requisitos indispensables para que una persona se obligue a otra mediante un acto o declaración de voluntad, siendo necesario para la eficacia del negocio que concurren todos los elementos allí previstos.

Además de los elementos genéricos mencionados, cuando se trate de contratos solemnes, las partes deberán someterse a las formalidades previstas en la ley para su otorgamiento, ya que el Art. 1314 CC

¹⁰⁶ GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho, La Teoría Trialística del Mundo Jurídico y sus Horizontes*, 7ª Edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, Argentina, 2005. pp. 595-606. Plantea este autor que en la comunidad perdura indiscutiblemente la autonomía de los particulares en la traba de sus relaciones de derecho privado. Menciona que dicha autonomía puede ser amplia o restringida. En la primera modalidad las partes pueden elegir el derecho aplicable, por lo que el derecho señalado por el legislador es meramente supletorio o universal, y en este caso las partes con independencia de cualquier ordenamiento jurídico pueden crear su propio derecho. En cambio en la modalidad de autonomía restringida, la autonomía privada actúa dentro de un derecho impuesto en su totalidad sustituyendo sus disposiciones supletorias por estipulaciones propias.

¹⁰⁷ ALBALADEJO, Manuel, Ob. Cit. pp. 114-115. Al exponer generalidades del negocio jurídico menciona el autor en cita que el orden más adecuado para las relaciones privadas de los individuos es el que ellos mismos establecen en armonía con su modo de pensar y por ello se le concede amplio poder para estructurar tales relaciones jurídicas según su propia voluntad, pero para que dichas relaciones produzcan efectos jurídicos las mismas deben ser reguladas, y luego concluye que el instrumento que la ley facilita al sujeto para regular sus relaciones es el negocio jurídico, el cual debe ser utilizado tal como se le da configurado por el legislador, sin que el sujeto pueda, según su voluntad (ahora inoperante), cambiar la estructura o requisitos esenciales del negocio jurídico que utiliza.

niega efectos jurídicos a dicho tipo de contratos si se apartaren las partes de las formas previstas al momento de su realización. Asimismo, los elementos esenciales previstos para cada tipo de contrato en particular constituyen una clara expresión de restricción a la autonomía de la voluntad, ya que las partes no pueden prescindir ni modificar uno o más de dichos elementos, pues de hacerlo el contrato no tendría existencia legal o se desnaturalizaría. Tal restricción se infiere de lo previsto en el Art. 1315 CC cuya parte inicial reza: “Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente (...)”¹⁰⁸.

Sumado a las concretas normas citadas, a efecto de delimitar el ejercicio de los derechos subjetivos el legislador recurre a una serie de conceptos jurídicos indeterminados, que al mismo tiempo son considerados principios generales del derecho. Así, el Art. 1417 CC establece que “Los contratos deben ejecutarse de buena fe...”¹⁰⁹, y retomando lo ya afirmado en cuanto a que el contrato es el prototipo de acto jurídico puesto a disposición de las personas para ejercitar sus derechos subjetivos, puede ampliarse dicho enunciado en el sentido de que los derechos deben ser ejercidos de buena fe, esto es, respetando el modelo de conducta que socialmente es considerado honesto y adecuado¹¹⁰. A pesar de lo indeterminado que resulta dicho principio, en el Art. 750 CC se encuentra una especie de definición

¹⁰⁸ GARIBOTTO, Juan Carlos, Ob. Cit., pp. 73-75. Este autor, al referirse a los elementos esenciales del acto jurídico, los menciona como aquéllos que necesariamente deben concurrir para dar existencia a un acto jurídico en general o a determinado negocio jurídico en particular, de modo que la ausencia de todos o alguno de ellos impide la constitución misma del acto, aunque aclara que dependiendo de la categoría de ineficacia adoptada por cada sistema legal se calificará el acto como inexistente o como inválido-nulo.

¹⁰⁹ En relación con este artículo, la Sala de lo Civil ha sostenido: “(...) El Art. 1417 C. dice que: “los contratos deben ejecutarse de buena fe...” y como se ha entendido por la doctrina universal, la regla de conducta que indica que en el derecho debe actuarse de buena fe, no está limitado este proceder al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de las obligaciones surgidas de los contratos, caso del Art. 1417 C. citado, sino que tiene aplicación general, sin limitación a todas las ramas de las ciencias jurídicas, incluida la Procesal, y es así como puede alegarse, incluso al abuso del derecho, que se presenta cuando en el ejercicio de una atribución legal contraria a los dictados de la buena fe se desvía del fin para el cual fue reconocida (...)”. SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva con Ref. 1346-2001 de fecha 24 de julio de 2001.

¹¹⁰ PASTOR VITA, Francisco Javier, Ob. Cit., pp. 70 y 71. Lo afirmado es planteado en similares términos por el autor en cita al referirse a la autonomía de la voluntad como uno de los límites en el ejercicio del derecho subjetivo, amén de señalar que la buena fe es un principio general del derecho. Agrega el autor que resulta difícil dar un concepto de buena fe, pero que la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España entiende por buena fe “aquel comportamiento que es socialmente considerado como leal, es decir, que responde a unos cánones de honestidad y rectitud de conformidad con lo que la sociedad entiende en cada momento por lealtad, rectitud y honestidad”, para concluir que una de las principales maneras de manifestarse se da en la denominada doctrina de los actos propios o prohibición de ir o de actuar contra los propios actos (actuar contraviniendo una conducta anterior), pues el hacerlo es contrario a la buena fe. VEASE también a ZÁNCHEZ MEDAL, Ramón, Ob. Cit. p. 47, quien armoniza con lo antes planteado al sostener que la buena fe significa el principio de carácter ético fundamentalmente, conforme al cual los hombres en sus relaciones sociales y, por tanto, las partes en todos los contratos, deben proceder con sinceridad, lealtad y honradez y con el ánimo de no lesionar ni engañar a nadie.

de la cual se pueden extraer elementos a tomar en cuenta para asignar significado a dicho vocablo en lo que respecta a la adquisición del derecho de dominio, pues según dicho artículo se entenderá que existe buena fe cuando el adquirente está consciente de que su derecho ha sido adquirido por medio legítimo, exento de fraude y de todo vicio.

No obstante el carácter indeterminado que se predica del término buena fe, el Código Civil recurre con frecuencia a dicho vocablo para establecer beneficios o regular tutela específica para la persona que actúa de buena fe, frente a quien no ha actuado de la misma manera, lo cual se observa en diversidad de artículos, entre los que a manera de ejemplo se pueden mencionar los Arts. 1339, de conformidad con el cual aun lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita puede reintegrarse cuando haya buena fe por parte del que hace la donación o pago; en cambio, si hubiere mala fe por ambas partes, lo donado o pagado se perderá a beneficio de la instrucción pública; y el 2053, cuyo inciso primero establece que “El que de buena fe ha vendido la especie que se le dio como debida, sin serlo, es sólo obligado a restituir el precio de la venta, y a ceder las acciones que tenga contra el comprador que no le haya pagado íntegramente”; y, en su inciso segundo reza: “Si estaba de mala fe cuando hizo la venta, es obligado como todo poseedor que dolosamente ha dejado de poseer”.

La situación planteada no es una característica particular del legislador salvadoreño, por el contrario, según se sostiene en doctrina vinculada con el tema, no obstante lo indefinido del principio en referencia, es una constante el recurrir a su utilización en los textos jurídicos desde los tiempos romanos¹¹¹, y aun cuando dicho principio encuentra variedad de referencias normativas que intentan concretar su contexto de aplicación, ha sido siempre considerado por la doctrina y la jurisprudencia como un principio general del derecho de carácter expansivo, a la vez que su positivización constituye una estrategia del ordenamiento jurídico para facilitar constantes adaptaciones a la realidad,

¹¹¹ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, Ob. Cit., pp. 185-186. Al referirse este autor a la buena fe en el ejercicio de los derechos de manera reiterada expresa que la buena fe es un concepto jurídico indeterminado, y por tanto resulta prácticamente imposible describirla en términos positivos. Luego, al referirse al Código Civil de España, afirma que dicho código, al igual que sus homólogos, contiene desde su publicación bastantes referencias a la buena fe como actitud subjetiva de una persona que merece diferente trato al sujeto de derecho que actúa de mala fe, y de otro lado, una referencia a la buena fe en sentido objetivo en materia de integración del contrato. Luego concluye que la buena fe sigue siendo un principio general del derecho, pero es ahora un principio normativizado: buena fe en sentido objetivo y como pauta general de conducta en el ejercicio de los derechos. No obstante, su funcionalidad operativa sigue siendo una incógnita que no puede despejarse más que de forma casuística, como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia y acepta por lo común la doctrina.

desempeñando el papel de un concepto válvula, cuya aplicación práctica concreta requiere la tarea jurisprudencial propia de los tribunales de justicia¹¹².

A manera de síntesis puede afirmarse que la buena fe, aun cuando se configura como un principio general del derecho cuya definición específica presenta dificultad, es utilizada de manera concreta en diversas disposiciones del Código Civil intentando generar mayor certeza en su aplicación para solucionar casos concretos, pero en todo caso, opera como directriz de orientación a tomar en cuenta en cada caso concreto, para evitar que las negociaciones jurídicas realizadas en ejercicio de autonomía de la voluntad envuelvan actuaciones contrarias a la equidad¹¹³, velando por el justo equilibrio de prestaciones y evitando perjuicios a las partes del contrato o a terceros originados en comportamientos contrarios a la buena fe¹¹⁴.

¹¹² En efecto la Sala de lo Civil se refiere a la buena fe como principio rector de la conducta en el derecho y específicamente ha dicho que: “(...) Un derecho se ejercita cuando se usa, cuando se disfruta y dispone de él frente a terceros, es decir, toda vez que se realiza su contenido. Pero dicho ejercicio no puede ser absoluto; si así fuese podría llevarse a cabo en detrimento de los demás, contrariando la buena fe y la equidad, por lo que con su limitación se persigue evitar precisamente esas consecuencias (...)”. Luego la Sala con cita de Díez Picazo formula un planteamiento de dicho principio en términos negativos al señalar que “(...) Díez Picazo sostiene: “El ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe no sólo cuando no se utiliza para la finalidad objetiva o función económica o social para la cual ha sido atribuido a su titular, sino también cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone en el tráfico jurídico.” (La doctrina de los actos propios. Estudio crítico sobre jurisprudencia del Tribunal Supremo, Barcelona, 1963, Ed. Bosch) (...)”; para luego mencionar que: “(...) La buena fe tiene como ideas opuestas: la mala fe, el dolo, el engaño, el fraude, la infidelidad, la mala intención, la malicia, la violencia, términos que también emplea el Código Civil para expresar lo contrario a la buena fe (...)”. SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva con Ref. 1346-2001 de fecha 24 de julio de 2001.

¹¹³ GHERSI, Carlos Alberto, Ob. Cit., p. 57. En concordancia con lo planteado menciona este autor que la buena fe, como concepción jurídica, se haya expandida por todo el ordenamiento jurídico como un principio no concreto que lo complementa, haciendo a las normas más flexibles y corrigiéndolas de un resultado que, de no aplicarse el principio, sería contrario a la equidad. Aclara el autor que es imposible dar un concepto general de buena fe, ya que se trata de una serie de criterios de orientación que requiere en cada caso una precisión distinta, brindando al jurista la posibilidad de analizar la conducta de las partes antes, durante, y después del acaecimiento de los actos o hechos jurídicos y las relaciones emanadas así como las circunstancias fácticas que lo rodearon, todo con la finalidad de moderar la relación obligacional.

¹¹⁴ HERNANDY Veytia, “el capítulo uno de los principios del unidroit: Disposiciones Generales”, en AA. VV. *Contratación Internacional, comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT*, 1ª Edición Universidad Autónoma de México, Universidad Panamericana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad Universitaria México D.F., 1998., en relación con el principio en referencia expresa este autor mejicano que no es fácil definirlo, y por ello en los diversos sistemas jurídicos varían los alcances del deber de buena fe. Cita que el Código Civil del Distrito Federal de México contiene dos acepciones del concepto de buena fe. En sentido subjetivo consiste en la protección que se otorga a quien ha actuado por ignorancia, inexperiencia o ha sido víctima de los engaños de quien ha actuado de mala fe. En sentido objetivo consiste en un deber contractual que podría ser sinónimo de actuar con lealtad, confianza y solidaridad, y luego concluye con los principios unidroit consideran al contrato con gran acierto como un proyecto en común en donde ambas partes resultan beneficiadas.

Otras normas del Código Civil en las cuales se observa que el legislador acude a conceptos jurídicos indeterminados para restringir el ejercicio de la autonomía de la voluntad son los Arts. 1332, 1338 y 1346 de dicho código cuando establecen: el primero de ellos la necesidad de que el objeto de la declaración de voluntad sea moralmente posible, el segundo regula que la causa como elemento del acto jurídico constitutivo de obligación sea real y lícita, y el tercero que en las obligaciones condicionales la condición sea moralmente posible.

Por su parte, el primero y tercero de dichos artículos en un intento por concretar el significado de lo que debe entenderse por moralmente posible instituyen en sus incisos cuarto y segundo que es moralmente imposible el objeto o condición respectivamente, que sean contrario a la ley, a las buenas costumbres o al orden público. Asimismo, el segundo de los artículos citados enmarca como ilícita la causa que es contraria a las buenas costumbres o al orden público.

De lo expuesto resulta que el contenido del enunciado “moralmente imposible”, lejos de contar con claridad descriptiva se rodea de términos cuyo contenido y alcance es tratado por la doctrina con elevado nivel de imprecisión, por lo que dando un sentido positivo a la redacción de los artículos en comento se llega a la conclusión que la moral como límite de la autonomía de la voluntad requiere que las obligaciones se originen de actuaciones moralmente aceptadas y en consecuencia que sean acordes a las buenas costumbres y al orden público, lo que de nuevo da pie a una elevada zona de penumbra, pues si tal como se ha expuesto no existe un consenso total en cuanto a lo que se debe entender por moral, mucho menos lo existe respecto al significado de los términos orden público y buenas costumbres e inclusive algunos autores tratan ambos términos como sinónimos¹¹⁵.

Como se mencionó en el acápite 4.2 del primer capítulo de este trabajo, hay quienes han pretendido darle al término orden público igual significado que a las leyes imperativas, señalando que el orden

¹¹⁵ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, Introducción, 1ª Edición, Editorial Porrúa, S. A., Avenida República de Argentina, México, 1987, p. 147-148. Afirma este autor que se otorga el calificativo de normas de orden público a leyes que algunos autores llaman imperativas, porque en ellas se elimina el valor del principio de la autonomía de la voluntad, luego refiere dicho autor que Savigny asimila las normas de orden público con aquellas que se basan en un motivo moral o de interés general, político, económico, de policía o de seguridad, para luego concluir que la frase orden público en general comprende la moral y las buenas costumbres, pero aclara que aun cuando la cuestión parezca sencilla y fácilmente resumible en un solo concepto, esa sencillez desaparece en el momento de su aplicación, pues tropieza con dificultades muy graves.

público estaría compuesto por el conjunto de normas imperativas existentes en una sociedad determinada, pero lo cierto es que tal equiparación no es coherente con los postulados del Código Civil que distingue las prohibiciones previstas por las leyes, incluidas acá desde luego las leyes imperativas, y las prohibiciones originadas en el orden público como límites diferentes de la autonomía privada, lo que es palpable en las disposiciones legales citadas cuando se establece como moralmente imposible aquello que es contrario a la ley y lo que es contrario al orden público, regulándose en consecuencia las leyes y el orden público como dos distintos límites, por lo que se descarta dicha coincidencia¹¹⁶.

Cabe además señalar, que los conceptos de orden público y buenas costumbres han sido tratados como equivalentes, a partir de la vinculación que tiene el término buenas costumbres con la moral, englobando las buenas costumbres y el orden público en un solo concepto, tal es el de "*orden público moral*"¹¹⁷, pero tal equivalencia tampoco es clara en el Código Civil, como quedó evidenciado al revisar el contenido de los Arts. 1332 Inc. final, 1338 Inc. 2° y 1346 Inc. 2°, en los que se ubican de manera independiente las buenas costumbres y el orden público como parámetros de control respecto a la validez del objeto y causa de los contratos, y en consecuencia como límites a la libertad contractual, en tanto que no pueden contener objeto o causa que contraríen tales postulados.

Finalmente debe mencionarse que entre las normas que regulan consecuencias jurídicas para los actos o contratos que carecen de los requisitos de validez se encuentran las relativas a la nulidad de actos y

¹¹⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Ob. Cit., p. 383-384. Estos autores, al analizar la regulación del orden público como límite a la autonomía de la voluntad en la legislación civil española, empiezan por afirmar que el orden público es uno de los conceptos que mayor dificultad presenta en su concreción, y que se ha pretendido la inclusión de dicho término en el ámbito de las leyes imperativas, pero que tal sinonimia no la acepta el código civil que distingue siempre entre leyes imperativas y orden público como límites diferentes de la autonomía privada. Refuerzan su afirmación señalando que existen normas en las que falta todo pronunciamiento gramatical acerca de su carácter imperativo, pero no se duda de que constituyen límites a la autonomía de la voluntad porque son de orden público. Además no toda norma imperativa es de orden público, por lo que concluyen indicando que en realidad los criterios de orden público y de las buenas costumbres están destinados a operar en el campo que las normas imperativas dejan libre, como criterios residuales de valoración que encuentran aplicación solamente si faltan aquéllas.

¹¹⁷ DE LA FUENTE, Horacio H., *Orden Público*, 1ª Edición, editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2003, pp. 28-30. Afirma este autor que también la doctrina coincide en conceptualizar las buenas costumbres como las normas morales que rigen prácticamente en el medio social de que se trate, esto es, el sentimiento de decoro de todos aquellos que piensan equitativa y rectamente. Luego señala que en cuanto a la relación que existe entre los conceptos de orden público y buenas costumbres, coincide con la gran mayoría de la doctrina en que éstos no constituyen más que una expresión del primero, es decir, del llamado orden público moral, ya que no hay duda de que el interés general exige que se protejan los principios e ideales éticos vigentes en la sociedad, los cuales en la mayoría de países civilizados constituyen uno de los fundamentos básicos de la organización social.

contratos, y específicamente en el Art. 1553 CC se ha previsto que la nulidad absoluta puede ser pedida por el ministerio público en el interés de la moral, por lo que de nuevo sobresale la moral como un parámetro de control en la validez de los actos y contratos.

CAPÍTULO IV

CONTROL NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LAS VIOLACIONES A LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

SUMARIO: 1. La nulidad y la inexistencia, 2. La lesión y el abuso del derecho, 2.1. La usura como especial forma de lesión, 2.2. Análisis del Art. 1963 del Código Civil a partir de la vigencia de la Ley Contra la Usura, 3. La simulación, y 3.1. El pacto de retroventa como forma concreta de simulación contractual.

1. LA NULIDAD Y LA INEXISTENCIA

En el capítulo II del presente trabajo se expuso que las instituciones con mayor recepción legislativa como mecanismos de control de los excesos que puedan cometerse en el ejercicio de la autonomía de la voluntad son: La nulidad, la lesión, la simulación y el abuso del derecho. Asimismo se planteó la manera en que operan dichas figuras según doctrina existente al respecto, especialmente los casos que originan ineficacia contractual¹¹⁸, por lo que toca ahora determinar el grado de aceptación y regulación con que cuentan dichas figuras jurídicas en el Código Civil de El Salvador.

Cabe comenzar por indicar, que la única figura que ha sido positivada con determinado grado de precisión es la nulidad, la cual es coincidente en términos generales con doctrina existente, en la que

¹¹⁸ MORENO QUESADA, Bernardo y otros, *Curso de Derecho Civil II, Derecho de las Obligaciones, Contratos y Responsabilidad por Hechos Ilícitos*, coordinado por Francisco Javier Sánchez Calero, 5ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2008, p. 205. Cabe recordar que el término ineficacia es un término genérico, por ello en palabras del autor en cita dicho término comprende todos los supuestos en que un contrato o un negocio jurídico en general no produce efectos. Agrega el autor que tal ineficacia puede obedecer a diversas causas y por ende originar distintas figuras, y que en el Código Civil de España existe gran imprecisión en la regulación de la ineficacia, por falta de rigor sistemático, ya que contiene preceptos relativos a dicha figura dispersos a través de todo su articulado. Esta situación de imprecisión también se advierte en el Código Civil de El Salvador según se expondrá en el presente capítulo.

con elevado nivel de uniformidad, se asigna a la nulidad naturaleza de sanción¹¹⁹, al mencionarse que opera como una sanción en contra del acto jurídico que ha sido celebrado irrespetando los requisitos previstos en la ley para ello. En tal sentido, en el derecho civil salvadoreño, al vulnerarse los requisitos del acto tiene lugar lo dispuesto en el Art. 1551 CC, en el cual se ha previsto la nulidad para todo acto o contrato carente de alguno de los requisitos prescritos normativamente para que tenga validez el respectivo acto o contrato, regulándose en este artículo la causa fundamental de nulidad, que tiene lugar en la mayoría de los casos, y respecto de la cual prácticamente existe unanimidad doctrinal en cuanto a la ineficacia del acto celebrado en tales condiciones.

Además la sanción de nulidad también está expresamente prevista para los actos que prohíbe la ley, según se ha normado en el Art. 10 CC, por lo que tales disposiciones constituyen armazón suficiente para afirmar la naturaleza de sanción o castigo que ha reconocido el legislador civil para la figura de la nulidad, ante las infracciones que se cometan al celebrar un acto jurídico. La referida amenaza de sanción de nulidad, tiene por objeto alcanzar que las disposiciones normativas que establecen los requisitos exigibles a cada acto o contrato sean respetadas y acatadas. Por ello los tribunales salvadoreños que han tenido que resolver casos en los que se discutiera el tema en comento, no han vacilado en aplicar la nulidad con el carácter de sanción que de ella se pregona¹²⁰.

¹¹⁹ ALESSANDRI BESA, Arturo, *La nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno*, Tomo I, 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 2008, p. 19. Expresa el jurista en referencia que la ley civil se ha encargado de reglamentar cuidadosamente todas las relaciones jurídicas que pueden producirse entre los individuos. Agrega que a fin de evitar que se produzcan abusos e injusticias, protegiendo de este modo a las personas que intervienen en los actos jurídicos, ha establecido una serie de requisitos para la celebración de tales actos, requisitos que de no concurrir en ellos, acarrear la sanción de nulidad del acto, e igualmente es causa de nulidad la realización de actos prohibidos por la ley. Luego de lo cual concluye definiendo la nulidad como “la sanción legal establecida por la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto según su especie y la calidad o estado de las partes que en él intervienen, y que consiste en el desconocimiento de sus efectos jurídicos, estimándose como si nunca hubiese sido ejecutado”.

¹²⁰ En total conformidad con lo planteado se observan criterios jurisprudenciales formulados por tribunales nacionales en cuyas sentencias se encuentran afirmaciones como: “(...) La nulidad de los actos jurídicos constituye una sanción impuesta por la ley, por haberse quebrantado en ellos ciertas y determinadas normas preexistentes de la misma ley; consistiendo dicha sanción en despojar al acto jurídico verificado en transgresión de tales normas, del valor y eficacia que ordinariamente tiene en el derecho, privándolo así de los efectos que conforme a éste le son propios. De ese modo, la nulidad viene a resolverse, en último análisis, en la falta de valor y eficacia de un acto jurídico, decretada e impuesta por los Tribunales de Justicia, como sanción por una o más transgresiones al derecho cometidas en ese mismo acto. Siendo esto así, es lógico que para que exista la nulidad y para que ella pueda ser declarada por los Tribunales como sanción que es, es necesario y forzoso, por lo menos, que se haya realizado un acto jurídico; porque solamente bajo tal supuesto, puede concebirse que en el acto verificado haya habido una o más transgresiones a los preceptos legales, suficientes conforme al derecho para sancionarlo con la privación de sus efectos jurídicos (...)”. CÁMARA DE LA TERCERA SECCIÓN DEL CENTRO, San Vicente, Sentencia Definitiva con Ref. 6-3-C-O-2011 de fecha 28 de Julio de 2011.

La referida naturaleza de la nulidad implica la necesidad de encontrarse expresamente establecida, pues no es posible aplicar dicha institución por analogía. En otros términos, no hay nulidad sin ley expresa, por ello la ley se ha encargado de normar los requisitos para que los diversos actos surtan los efectos que les son propios, y el Art. 1551 CC constituye el soporte legal para alcanzar la finalidad propuesta al configurar los respectivos requisitos de los actos y contratos. Esa interpretación finalista de la idea de nulidad ha llevado a ser considerada más allá de una mera sanción, como un “indicador de comportamientos impuestos por el derecho a quienes pretenden poner en movimiento potestades reconocidas al individuo”¹²¹. Por tanto, cada vez que se reclame la existencia de nulidad, deben concurrir hechos que se adecuen con exactitud en alguno de los motivos de nulidad normados.

En el título XX del libro IV del Código Civil salvadoreño se encuentra configurado el tema que ahora se desarrolla bajo el acápite “De la Nulidad y la Rescisión”, y de la lectura del Art. 1551 Inc. 2° de dicho código se constata que el legislador salvadoreño adoptó la clasificación que resulta de distinguir exclusivamente entre nulidad absoluta y nulidad relativa, que por cierto es equivalente a los términos nulidad y anulabilidad a que se refiere la doctrina cuando trata dichos tipos de nulidades¹²², y en su articulado que comprende del Art. 1551 al 1568 se han estructurado los presupuestos necesarios para que tenga operatividad práctica dicha institución, empezando por indicar las causas que motivan cada tipo de nulidades (Art. 1552), la legitimación activa, los casos en que opera de oficio la nulidad absoluta, y las formas y plazos en que se sanea cada una (Arts. 1553-1555, 1562-1568); los efectos de la nulidad (Arts. 1557-1559), de entre los que sobresale el restitutorio, que implica retrotraer las cosas al estado en

¹²¹ LÓPEZ MESA, Marcelo, *Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos y Procesales*, 1ª Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 26. Plantea el autor en cita, que parece conveniente superar la idea de nulidad como sanción ya que si bien es cierto la nulidad es una sanción, pero estima que no es sólo eso sino mucho más. En similar sentido VÉASE al profesor ZANNONI, EDUARDO, Ob. Cit., p. 162, en cuanto a que no debe entenderse la nulidad únicamente como sanción, sino como una privación de efectos no por mera represión o coacción, sino como un indicador de comportamientos impuesto por el derecho a las personas al momento de ejercitar sus potestades dispositivas, y cuya inobservancia acarrea la ineficacia del acto.

¹²² ALBALADEJO, Manuel, Ob. Cit. pp. 156-159. En relación con lo planteado menciona el letrado Albaladejo, que los negocios nulos y los anulables se llaman inválidos, los primeros por ser carentes de efectos y los segundos por pesar sobre ellos un defecto intrínseco al negocio que conlleva la permanente amenaza de destrucción. Agrega dicho autor que los negocios nulos no son aptos, desde un inicio, para producir sus efectos jurídicos propios, y en consecuencia se considera como no realizado. En cambio el negocio anulable o impugnado, es inicialmente eficaz, pero, por haberse celebrado con determinados defectos, está amenazado de destrucción, con la que se borrarían los efectos producidos. En otras palabras, el negocio anulable, mientras no se impugna, es un negocio válido; una vez impugnado eficazmente, equivale a negocio nulo. De ello resulta que la diferencia en cuanto a efectos y alcances se acentúa especialmente mientras no es declarada la nulidad, pues una vez pronunciada, tanto en los negocios nulos como en los anulables acarrea la misma consecuencia, esto es, negar toda eficacia al negocio impugnado.

que se hallarían si no hubiera existido el acto o contrato, sin importar el tipo de nulidad de que trate, y los casos de inoponibilidad (Art. 1560).

La clasificación de la nulidad en absoluta y relativa está en plena armonía con la que contiene el Código Civil chileno, con fuerte influencia francesa, e incluso coincide en la ubicación sistemática, en el cual también se adoptó la clasificación mencionada en el párrafo precedente ¹²³, y en ambas legislaciones la nulidad absoluta hace referencia a la invalidez del acto propiamente llamada en la doctrina tradicional, y la nulidad relativa es la del acto anulable o rescindible como se le denominó en la doctrina francesa clásica¹²⁴ que aludía a la acción de nulidad o de rescisión de las convenciones, por lo que vale para dicha clasificación traer a cuenta lo sostenido en doctrina chilena¹²⁵, de conformidad con la cual se expone la nulidad absoluta como aplicable a los actos celebrados con omisión de requisitos exigidos en consideración a su naturaleza o especie, y la nulidad relativa aplicable a aquellos actos que han omitido requisitos exigidos en atención a la calidad o estado de las partes.

¹²³ El título XX del libro IV del Código Civil chileno se inserta con el acápite “De la Nulidad y la Rescisión”, y comprende los Arts. 1681 al 1697, y al realizar un análisis comparativo del contenido de las citadas normas tienen similitud casi exacta con el contenido de los Arts. 1551-1558 del Código Civil salvadoreño que desarrollan el tema en comento.

¹²⁴ ORTIZ-URQUIDI, Raúl, *Derecho Civil, Parte General*, 3ª Edición, Editorial Porrúa, S. A., Avenida República de Argentina, México D. F., 1986, p. 538. Este autor comenta la teoría clásica bipartita de la nulidad entre absoluta y relativa, y menciona que si bien se extendió a toda la Europa continental, fue en Francia en donde floreció, y fue elaborada sobre bases de las que se originan las siguientes diferencias entre una y otra nulidad: 1. La nulidad absoluta se produce ipso jure, es decir, por el sólo hecho de la infracción; y, en consecuencia, el acto que la sufre carece de existencia. La relativa, por el contrario, permite que el acto afectado por ella produzca sus efectos mientras dicha nulidad no sea decretada; 2. La nulidad absoluta puede ser invocada por quienquiera que tenga interés legítimo en hacerla valer, mientras que la nulidad relativa sólo puede invocarse por la persona a cuyo favor la establezca la ley; 3. La acción de nulidad absoluta no se extingue por renuncia expresa o tácita, ni, consecuentemente, por ratificación o confirmación del acto nulo, mientras que el vicio de la nulidad relativa puede desaparecer por confirmación, ratificación o renuncia; y, 4. La nulidad absoluta es imprescriptible, mientras que la acción de nulidad relativa es prescriptible. Cabe aclarar que esta última diferencia no es aplicable con carácter absoluto en la configuración realizada por el legislador salvadoreño, ya que según el Art. 1553 CC, permite que la nulidad absoluta se sanee por el lapso de treinta años, por lo que la diferencia en este aspecto se reduciría a lo breve del plazo previsto para el saneamiento de la nulidad relativa, que de conformidad con el Art. 1562 CC es de cuatro años.

¹²⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA, *Curso de Derecho Civil*, Ob. Cit., pp. 321-322. Los profesores en cita, luego de definir lo que entienden por nulidad absoluta y relativa, explican que un acto nulo absolutamente está viciado en sí mismo, objetivamente; por lo tanto, su nulidad existe respecto de todos, erga omnes, con alcance ilimitado, es decir, absoluto. En cambio un acto nulo relativamente nada de reprochable tiene en sí; su vicio se debe a la omisión de un requisito exigido en consideración a las personas que lo celebran o ejecutan, y por eso es de carácter subjetivo. Ello implica que la nulidad relativa sólo existe respecto de determinadas personas, por lo que su alcance es limitado o relativo, aclarando que en cuanto a sus efectos, una vez declarada dicha nulidad, son absolutos y en consecuencia se producen con alcance general.

Además de la clasificación expuesta hay quienes consideran que la nulidad absoluta puede subdividirse en nulidad manifiesta, esto es evidente, palpable e inobjetable; y nulidad no manifiesta, afirmando que la primera es la única que puede declararse de oficio, en cambio la segunda requiere siempre petición de la parte que ha advertido el vicio¹²⁶, criterio clasificatorio que es perfectamente válido para el Código Civil salvadoreño, ya que el Art. 1553 CC, al igual que el Código Civil chileno, ha previsto la facultad-deber de declarar de oficio la nulidad que aparezca manifiesta en el acto o contrato, siendo tales las que provienen de un vicio ostensible, evidente y real que imposibilita la constitución válida del acto o contrato. En consecuencia, la nulidad manifiesta se ha de originar de un vicio intrínseco al documento, que no requiere probanzas de ninguna naturaleza, sino que deviene de la sola constatación del vicio en el documento mismo que contiene el acto viciado.

Expuestas las clases de nulidad positivadas, con el objeto de esclarecer cual es la utilidad práctica de dicha institución como contralora de los límites a la autonomía de la voluntad, es necesario enunciar las razones o causas que originan las referidas nulidades, resultando determinante al respecto lo previsto en el Art. 1552 CC, de conformidad con el cual la nulidad absoluta puede ser motivada por la existencia en el acto o contrato de objeto o causa ilícita, por la omisión de algún requisito o formalidad prescrito para el valor del acto o contrato en relación a su específica naturaleza, y además son absolutamente nulos los actos y contratos de personas absolutamente incapaces; en cambio, la nulidad relativa se configura cuando se omite algún requisito prescrito en atención a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o acuerdan¹²⁷, por lo que puede afirmarse que produce nulidad absoluta la omisión de

¹²⁶ ZANNONI, Eduardo, Ob. Cit., pp. 166. Debe aclararse que este jurista es de nacionalidad argentina, pero en ocasión de comentar la clasificación de la nulidad adoptada por el Código Civil de Chile, señala que, en el artículo 1683 de dicho código se introdujo una, si se quiere, sutil distinción respecto a la nulidad absoluta: la que aparece de manifiesto en el acto o contrato, y, por implicancia, la que no aparece de manifiesto, agregando que en el primer caso la nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio por el juez, aun sin petición de parte.

¹²⁷ ALESSANDRI BESA, Arturo, Ob. Cit., pp. 22. Este autor, señala que hay algunos requisitos que deben concurrir en todo acto jurídico, cualquiera que sea su naturaleza, porque son la base de la declaración de la voluntad humana, destinada a producir efectos jurídicos; tales requisitos son el consentimiento, el objeto y la causa lícitos, y las solemnidades prescritas por la ley para determinados actos. Agrega dicho autor que el legislador no ha sido muy escrupuloso en la uniformidad del significado de las palabras nulidad y rescisión. En consecuencia, "para discernir su significación, hay que tener en cuenta la causa que induce al legislador a determinar la sanción, y dar como nulidad absoluta la que se declara por contravención a una ley prohibitiva o por falta de requisito o formalidad esencial, y como nulidad relativa, la que es originada por error, violencia, dolo o la calidad o estado de las personas" y que mediante el simple empleo de la palabra nulidad, sin otro calificativo; generalmente será la absoluta; pero excepcionalmente puede ser la relativa. VÉASE en el mismo sentido al autor LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil I, Parte General*, volumen tercero, 3ª Edición, Dykinson, Madrid, España, 2005, pp. 256-257 quien coincide con el autor antes relacionado

los requisitos comúnmente llamados de "existencia" de los actos jurídicos, específicamente la capacidad, el consentimiento, la causa, el objeto y las solemnidades.

El Art. 1552 recién citado encuentra razón de ser interpretado de manera conjunta con el Art. 1316 CC, en el que se establecen los requisitos de validez de las obligaciones generadas en un acto o declaración de voluntad, y justamente se refiere dicha norma a requisitos como la capacidad, el consentimiento exento de vicios, el objeto lícito y la causa lícita, por lo que la omisión de alguno de dichos requisitos es motivo para declarar la nulidad absoluta¹²⁸.

Debe aclararse que la afirmación antes formulada no encuentra un sustento unívoco en la doctrina, ya que en los países en que legislativa o jurisprudencialmente ha sido acogida la figura de la inexistencia,

al mencionar que un elenco completo de las causas o casos de nulidad no es fácil si se pretende ser exhaustivo, pero entre los principales y como orientadores cita: la falta de consentimiento, de objeto o de causa, la indeterminación absoluta del objeto o su ilicitud, ilicitud en la causa; y falta de forma, en los casos excepcionales en que viene exigida para la validez del contrato. Agrega además como causa de nulidad absoluta, el haber traspasado las partes los límites de la autonomía privada infringiendo norma imperativa o prohibitiva, salvo que de la contravención se derive un efecto distinto. Resulta importante también destacar que la nulidad absoluta, según el autor en cita opera de pleno derecho, es decir, no requiere declaración judicial. VÉASE también al jurista GARCIA URBANO, José María, *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo I, 1ª Edición 1994, 2ª reimpresión, 1997, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1997, p. 139. Ello significaría que el acto nulo no produce ningún efecto aun cuando no haya existido un pronunciamiento judicial al respecto, sin perjuicio de que para destruir la apariencia creada o para impedir que alguna de las partes quiera valerse de dicho acto, se pueda reclamar su declaración judicial, constituyendo el pronunciamiento una función meramente declarativa o confirmatoria de la nulidad existente. Debe aclararse que esta parte de la doctrina no ha tenido aceptación en El Salvador, ya que contrario a sus postulados, los Arts. 1557, 1558 y 1559 CC norman efectos para la nulidad judicialmente pronunciada, sin distinguir a qué tipo de nulidad se refieren, por lo que debe entenderse incluida la absoluta y concluir que para que un acto pueda ser considerado nulo absolutamente, es necesario que la justicia lo declare así expresamente.

¹²⁸ GETE-ALONSO, María del Carmen, "Eficacia del contrato", en AA. VV. *Manual de Derecho Civil II*, 3ª Edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, España, 2000, pp. 670, y 675-676. Esta autora agrupa los diferentes supuestos que pueden originar nulidad absoluta de la siguiente manera: 1. Haber realizado el contrato en contra de una disposición legal prohibitiva o imperativa, abarcando con ello los contratos prohibidos o contrarios a la ley, y los que traspasan los límites de la autonomía de la voluntad; 2. La falta de alguno de sus elementos esenciales para su existencia: Consentimiento, objeto, causa y forma (cuando sea *ad solemnitaten*); 3. La ilicitud del objeto o de la causa; 4. La falta de determinación del objeto que ocasiona la ausencia del mismo; 5. Carecer alguna de las partes de la capacidad o complemento de capacidad necesario para celebrar el contrato, cuando la ley prevea la nulidad del mismo; 6. Carecer, el que interviene en el negocio, de la legitimación necesaria para realizarlo a nombre de otro, o del poder de disposición preciso para provocar el efecto que se persigue; y, 7. Cualquier otro supuesto que aparezca sancionado expresamente con la nulidad por la ley. Luego formula tres grandes grupos a los cuales se estima que se reconduce la nulidad relativa, siendo estos: 1. Los vicios del consentimiento en general, 2. La falta o limitación de la capacidad de obrar, excluyendo la falta de capacidad natural, esto es, que una persona mayor de edad carezca de capacidad de entender y querer, pues en tal caso habría ausencia de consentimiento lo que originaría una nulidad absoluta; y, 3. La ausencia de los consentimientos o asentimientos que la ley exija como requisito de eficacia del acto y que se sanciona con la anulabilidad o nulidad relativa.

la ausencia de alguno de los elementos estructurales del acto jurídico o la distorsión de los mismos da lugar a que el acto o contrato se repunte jurídicamente inexistente, aun cuando exista en la realidad material, de donde surge la distinción entre nulidad e inexistencia.

La categoría de la inexistencia, aunque conceptualmente parezca clara -como se planteó en el acápite 2.1. del capítulo II de este trabajo, no tiene acogida en el Código Civil salvadoreño. La jurisprudencia por su parte recurre constantemente a diferenciar los requisitos de existencia de los actos jurídicos de los requisitos de validez¹²⁹, aunque en lo que respecta a los requisitos de existencia retoman los que se han indicado supra como esenciales del acto y cuya ausencia genera nulidad absoluta, por lo que se termina imponiendo el criterio de que en tanto el sistema normativo salvadoreño no regula con efectos propios la inexistencia, la nulidad absoluta constituye la vía apropiada para declarar judicialmente la ineficacia de un acto jurídico que carece de algún requisito esencial¹³⁰, por lo que independientemente de la terminología que adopte la legislación, lo cierto es que los motivos y efectos previstos en doctrina ante la constatación de un acto inexistente, son los mismos que en el Código Civil salvadoreño se han previsto para la nulidad absoluta.

¹²⁹ En relación con lo planteado la Sala de lo Civil ha sido concreta al indicar que “(...) los actos jurídicos tienen condiciones de existencia y de validez, señaladas en la ley; si faltan las primeras, el acto no nace a la vida jurídica, si faltan las segundas, el acto nace pero con vicios. Las condiciones de existencia de los actos jurídicos son: Voluntad, Objeto, Causa y Solemnidades, y las de Validez son: Voluntad sin vicios, Capacidad de las partes, Objeto lícito y Causa lícita (...)”. SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva con Ref. 93-C-2006, de fecha 14 de marzo de 2007.

¹³⁰ Tal como lo ha sostenido la Sala de lo Civil al indicar “(...) Como ya lo ha sostenido esta Sala en fallos anteriores, dentro de nuestro sistema normativo no se encuentra regulada con efectos propios la inexistencia, por lo cual se asimila a la nulidad.- De lo dicho podemos concluir que, en el caso que nos ocupa, la vía legal apropiada para alegar la falta de consentimiento como requisito de existencia del contrato de mutuo hipotecario cuestionado es la nulidad, y dentro de las dos categorías de nulidades reconocidas dentro de la ley, la que cabe alegar es la nulidad absoluta, de acuerdo a lo ordenado por el Art. 1552 C. que dispone que "La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas". La ley, pues, sanciona con nulidad absoluta la omisión de los requisitos o formalidades de los actos jurídicos y el consentimiento es, sin lugar a dudas, un requisito de existencia de los mismos (...)”. SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva con Ref. 48-C-2006 de fecha 18 de julio de 2006. Se reitera dicho criterio en sentencias de ese mismo tribunal Ref. 93-C-2006 de fecha 14 de marzo de 2007 y 24-CAC-2010, de fecha 20 de octubre de 2010. Además se hace referencia a dicho criterio en la revista *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Civil 2008*, coordinada por Mauricio Ernesto Velasco, Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 2010 pp.16-17, en ocasión de comentarse en dicha revista la Sentencia de la SALA DE LO CIVIL Ref. 89-C-2007, de fecha 22 de julio de 2008.

En conclusión, la figura de la nulidad se ha previsto en el Código Civil con la extensión necesaria para producir la utilidad que justifica su existencia, ya que el legislador se ha encargado de indicar con meridiana claridad las causas que la motivan, asimismo se ha previsto las consecuencias, y son fácilmente identificables las diferencias sustanciales de cada uno de los tipos de nulidades normados, amén de encontrarse dispersos en todo el código actos jurídicos que concretamente han sido conminados con la sanción de nulidad, si concurren las circunstancias previstas para cada caso, utilizando términos como: “son nulos(as), será(n) nula(s), es nulo(a), no valdrá, no es válido, para que valga”, entre otros; a la vez que ha previsto como anulables diversos actos, estableciendo concretamente la acción de rescisión, cuando concurren las circunstancias que habilitan a ejercitar dicha acción.

La extensa utilización que se realiza de la nulidad como remedio frente a los excesos en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, justifican la acogida que dicha institución ha tenido en el derecho positivo, pues ha demostrado ser absolutamente operante cuando se realizan contrataciones al margen de los requisitos de validez y existencia de los actos y contratos. No obstante ello, ha de reconocerse que en lo que respecta a negocios jurídicos viciados de objeto y causa ilícita, según se requiere en los Arts. 1332 y 1338 CC, su efectividad se ha visto restringida a evitar que se realicen actos y contratos contrarios a lo expresamente prohibido por la ley, pero no ha logrado el mismo nivel de operatividad para controlar los excesos, cuando tal ilicitud se origina, en el hecho de contener el acto comportamientos contrarios a las buenas costumbres o al orden público, en cuyos casos se ve afectado el interés general¹³¹.

Lo anterior se afirma, porque la zona de penumbra originada por la ambigüedad de los términos orden público y buenas costumbres -tal como fue expuesto en los acápites 4.1 y 4.2 del capítulo I al analizar la

¹³¹ ROGRÍGUEZ GREZ, Pablo, Ob. Cit., p. 234. En relación con lo afirmado, señala que en el derecho civil las instituciones se clasifican en dos grandes grupos: Aquellas de orden público y aquellas de interés privado, atendiendo a si su reglamentación compromete los intereses generales de la comunidad o sólo el de las personas o sujetos de derecho, adquiriendo especial relevancia las primeras por constituir normas en cuyo cumplimiento se basa el orden superior de la sociedad, frente a las segundas que están establecidas en función de la convivencia de los particulares. Pero no obstante la referida relevancia indica el autor en cita que ningún autor, ningún jurista, ningún legislador, ha dado respuesta a lo que debe entenderse por causa ilícita, y sin escapar a la vaguedad de la definición propone entender por orden público al conjunto de normas y principios jurídicos que se inspiran en el supremo interés de la colectividad y que son esenciales para asegurar el correcto funcionamiento de esta en un determinado momento histórico.

moral y el orden público como límites a la autonomía de la voluntad-, no se supera con la sola configuración del mecanismo sancionatorio de dichos defectos, sino que para ello resulta necesario superar la cultura jurídica positivista imperante en buena cantidad de aplicadores del derecho e ignorar el temor al siempre existente riesgo de parecer arbitrarios cuando se intenta concretar el contenido y alcance de normas abstractas como las mencionadas. De lo contrario, mientras subsistan actitudes conservadoras y resistencia a admitir novedades interpretativas que conlleven a dotar de contenido los abstractos términos comentados, no será posible alcanzar un desarrollo jurisprudencial que intente establecer concreción para los términos en cuestión¹³².

2. LA LESIÓN Y EL ABUSO DEL DERECHO

La lesión y el abuso del derecho son instituciones diferentes y con su propio desarrollo doctrinal. No obstante ello, al revisar el fundamento o razón de ser de dichas instituciones, ambas responden a la idea de procurar una justicia contractual, amparados en la buena fe y la equidad que deben estar presentes en el ejercicio de los derechos subjetivos, por lo que se considera oportuno conjuntar el análisis de las mismas en cuanto a la situación de dichas instituciones en el Código Civil salvadoreño, aun cuando se identifique plenamente las circunstancias particulares de cada una de dichas instituciones.

En el acápite 3.1. del capítulo II del presente trabajo se mencionó que la doctrina identifica con plena claridad tres posturas legislativas respecto del tratamiento que se ha dado a la lesión, configurándose en las legislaciones que aceptan dicha institución con criterios estrictamente objetivos, tomando especialmente en consideración la desproporción en las prestaciones, otras que la aceptan pero con

¹³² ESCALANTE DIMAS, Alejandro, *La Técnica del Código Civil de 1860*, Colección Loris de Revista FORO, de la Sociedad de Abogados de Occidente, San Salvador, El Salvador, 1960, pp. 63-64. Menciona dicho profesional que el orden público confiere al juez un dilatado poder de apreciación, en cuanto atañe al mismo determinar la significación y precisar la amplitud, a propósito de cada caso concreto, constituyendo dicha expresión un standard jurídico o directivo, pero lo cierto es que, dada la mentalidad ortodoxa de algunos jueces, entendida por tal la creencia firme y no problematizada de que los jueces son simples portavoces del legislador, y que en consecuencia todo lo que expongan en apoyo de sus decisiones debe estar expresa o implícitamente contenido en las leyes, trae como consecuencia que la falta de concreción en cuanto a los alcances de dicho término constituya un valladar para la búsqueda de justicia contractual, apreciación que es extensiva para los casos en que se enjuicia la adecuación de una conducta a consideraciones impuestas por las buenas costumbres.

criterios objetivos y subjetivos; y las que niegan dicha figura ya sea de manera expresa o simplemente guardando silencio en torno a ella¹³³.

De las teorías que en relación a la lesión se han elaborado, no es posible identificar ninguna que tenga plena aceptación en el vigente Código Civil salvadoreño, ya que al revisar el contenido del referido código, únicamente en el Art. 1686 se hace referencia a esta institución bajo la nominación de “lesión enorme”, pero dicha disposición legal lo que hace es afirmar que la lesión en los contratos de compraventa no es motivo para rescindir los mismos. Por lo anterior, lejos de contar con una adecuada regulación de la lesión como mecanismo de control del exceso en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, en cualquiera de sus vertientes, el codificador optó por rechazarla tácitamente silenciando su aplicación de manera genérica pues no hace mención de ella, y además la rechaza expresamente para los contratos de compraventa, aun cuando es uno de los contratos especialmente conmutativos y en donde se debería velar por la proporcionalidad de las prestaciones.

En otras palabras, con la redacción que contiene el artículo citado el codificador ha legitimado la existencia de lesión en los contratos de compraventa, al garantizar la validez de aquellas compraventas en las que pueda incurrirse en lesión para alguno de los contratantes, lo cual es totalmente opuesto a la génesis de dicha institución¹³⁴. Con ello se potencia la realización de compraventas totalmente injustas, pues el contenido de dicho artículo sirve de soporte a cualquier conducta con la cual se cause un

¹³³ ORTIZ-URQUIDI, Raúl, Ob. Cit., pp. 388-390. Este autor realiza un interesante planteamiento de los diversos grupos de legislaciones que existen y han existido respecto del tema en análisis, y sostiene que las legislaciones que han adaptado la tesis subjetivista, tratan a la lesión como un vicio del consentimiento, y enmarca dentro de ese grupo las legislaciones de los países anglosajones. También resulta interesante el tránsito que según dicho autor operó en las legislaciones de Italia y Portugal de configurar la lesión como un vicio objetivo a estructurarla con elementos objetivos-subjetivos, amén del particular comentario que realiza en torno al Código de Comercio Mexicano en el cual se rechaza expresamente la lesión, al regular en su Art. 385 que “*las ventas mercantiles no se rescindirán por causa de lesión*”, y respecto de lo cual comenta que el remedio de la lesión fue rechazado constantemente por la legislación mercantil, por la razón de que, si en la vida civil podían la equidad y la justicia reaccionar de esa forma, sin mayor peligro contra el abuso de la mala fe, en el comercio podría resultar peor el remedio que la enfermedad, pues dicha institución generaría el riesgo de la insubsistencia del contrato, con lo que se paralizarían las energías comerciales.

¹³⁴ PLANIOL, Marcelo y Jorge RIPERT, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Traducida al español por el doctor Mario Díaz Cruz, Tomo X, Los Contratos Civiles, 1ª Edición, Cultural. S. A., La Habana, 1946, p. 254. En relación al desenvolvimiento histórico de la lesión en Francia, plantean los autores que en algún momento únicamente es admitía en la compraventa de inmuebles y en la partición, y se pronunciaba cuando la lesión era superior a la mitad del valor (lesión enorme), y fue introducida a fines de la Edad Media por influencia de estudios romanistas, habiendo sido abolida en la época de la Revolución, pero luego fue restablecida, aunque rodeada de severas precauciones y reservas.

perjuicio económico injustificado a una de las partes del contrato, aun cuando dicho perjuicio sea en proporciones tales que cualquier persona de conocimiento medio entienda que ha existido un aprovechamiento desmedido en la contratación.

De manera excepcional y restringida puede considerarse implícitamente adoptada la figura de la lesión en el Art. 1415 CC, únicamente en lo que respecta al pago del monto estipulado en concepto de cláusula penal, pues en dicha disposición legal se manifiesta el interés del legislador en que la contraprestación que se pague en tal concepto sea equivalente al doble de la cantidad que ha de pagarse como contraprestación principal, en consecuencia, en aquellos casos en que la pena pactada sea superior al duplo de lo que se pagaría como contraprestación principal, el obligado al pago está facultado a solicitar que se rebaje de la pena todo lo que exceda al referido duplo, lo que constituye un mecanismo para evitar la existencia de penalidades cuya desproporción supere la referida cantidad, por lo que en dicha disposición se vislumbra aunque sea de manera limitada la concurrencia de los elementos constitutivos de lesión enorme de naturaleza objetiva, al menos de manera incipiente, ya que aún los parámetros que dicha norma establece, se estiman desproporcionales.

Obviamente no puede considerarse regulada en el Código Civil salvadoreño la figura de la lesión a partir de dicha disposición legal, pues para ello sería necesario contar con un desarrollo amplio de la misma, en cuanto a presupuestos que justifican su aplicación, legitimación y plazos para su planteo, amén de los efectos que originaría. Al revisar el contenido del Código Civil chileno, se observa que éste es prácticamente coincidente con el salvadoreño, pero entre las pocas divergencias que se advierten, se puede constatar que el Código Civil de Chile contiene una regulación más o menos completa de la figura de la lesión en los contratos de compraventa de inmuebles¹³⁵, situación totalmente opuesta a lo que ocurre en el vigente Código Civil de El Salvador, aunque debe aclararse que no sucedía lo mismo

¹³⁵ Tal como se puede corroborar en los Arts. 1888 a 1896 del Código chileno, en los cuales se ha previsto la rescisión de la venta por motivos de lesión enorme, indicando concretamente en qué casos se estima que existe lesión, reconociendo legitimación tanto al vendedor como al comprador para reclamar la lesión, las opciones que tienen comprador y vendedor ante la existencia de rescisión por lesión, los efectos de cláusulas contractuales de renuncia a la acción, el plazo de prescripción de la acción, entre otros. Dicha acción está además prevista para la partición de bienes, según se ha previsto en el Art. 1348 del referido código

en el texto original del Código Civil salvadoreño¹³⁶, el cual contenía una regulación totalmente idéntica al referido código chileno.

En lo que respecta a la teoría civilista “del abuso del derecho”, tampoco ha sido acogida expresamente en el Código Civil bajo los parámetros que la doctrina y el derecho comparado proclaman de dicha teoría, aunque sí han sido normados, de manera dispersa, algunos casos que evidencian interés del legislador por establecer límites concretos a la autonomía de la voluntad, para garantizar con ello que los derechos no sean ejercitados de manera abusiva¹³⁷, pero aparte de esos específicos casos, los contratantes no cuentan con una restricción legal de aplicación general que les inhiba de actuar con abuso en la contratación, por lo que no existe óbice para la obtención de ventajas desmedidas en perjuicio ajeno.

Amén de la carente regulación legal, la jurisprudencia tampoco ha sido capaz de acoger dicha institución mediante interpretación normativa, por lo que aun cuando algunas disposiciones legales

¹³⁶ Código Civil de la República de El Salvador, en Centro-América, Edición del Centenario, 1860-1960, Editorial Universitaria, San Salvador, El Salvador, C. A., 1960. En dicha edición se puede corroborar como en el texto primigenio del Código Civil salvadoreño se configuraba la institución de la lesión con la máxima amplitud que se encuentra actualmente regulada en las legislaciones que la contemplan, e igualmente está restringida a los contratos de compraventa y a la partición de bienes, tal como se puede constatar en los artículos 1824 al 1832, y 1287 del texto originalmente aprobado. Dicha configuración se mantuvo vigente desde la aprobación del Código en el año de 1860, hasta el año 1880 en el cual se modificó el Art. 1824 restringiendo la legitimación para reclamar la lesión únicamente en favor del vendedor, según consta en el Art. 1832 de la edición de 1880, y Art. 1876 de la edición de 1893. Finalmente fue suprimida dicha figura por ley del cuatro de agosto de 1902 y por eso ya no aparece en la edición de 1904 ni en las posteriores. En relación con el antecedente histórico expuesto es oportuno citar la explicación que en torno a ello realiza SUÁREZ, Belarmino, *El Código Civil del año 1860, con sus modificaciones hasta el año 1911*, Tomo III, Tipografía La Unión, San Salvador, El Salvador, 1911, p. 144, quien literalmente expresa como sostén de la reforma la afirmación realizada por la comisión redactora de la misma al señalar que: “La Comisión conceptúa que la lesión enorme no debe ser causa de rescisión de un contrato de venta en ningún caso, pues estipulándose libremente el precio y no teniendo éste elementos fijos para poder apreciar su justicia, parece lo mejor dejar que surta pleno efecto el que libremente se ha convenido, sobre todo si se considera que el interés individual es el único que en cada caso puede apreciar la conveniencia de aceptar o no tal o cual precio. La apreciación no puede ser de justicia sino de conveniencia”.

¹³⁷ En relación con ello se pueden revisar los artículos siguientes del Código Civil: Art. 782, en el cual se establecen límites al ejercicio del derecho de propiedad para evitar que el propietario del inmueble arrendado pueda actuar de manera abusiva en contra del usufructuario; el Art. 946 que garantiza el derecho al propietario de un terreno para cavar pozos, pero en ejercicio de esa facultad debe verificarse que obtenga un beneficio y que a la vez dicho beneficio es superior al perjuicio que pueda causar al vecino, de lo contrario se configuraría un abuso manifiesto de su derecho, y ello justifica que el legislador ha previsto que en tales circunstancias será obligado a cerrarlo. Asimismo se pueden mencionar los Arts. 836 numeral 3°, el 849 y el 857 citados por el doctor GALLARDO, Ricardo, *La Teoría Civilista del Abuso del Derecho*, revista “Ciencias Jurídicas y Sociales, 1947, p. 43. Este mismo profesional menciona que en lo civil las autoridades confieren los derechos de que somos titulares, pero los particulares que ejercen los derechos de manera indebida o intempestivamente, deben responder por los daños ocasionados por el uso indebido de sus facultades.

constituyan señal de que la idea del abuso del derecho es aceptada por el legislador, no implica reconocimiento de la teoría del abuso del derecho como institución, por ello ha habido autores salvadoreños que han propuesto la formulación de un concepto legal que constituya una limitación general a todos los derechos objetivamente concedidos, para evitar abusos en su ejercicio¹³⁸.

Al analizar las propuestas interpretativas que realiza el jurista salvadoreño comentado en la anterior nota al pie, no obstante el mérito que las mismas puedan tener, lo cierto es que las disposiciones legales relacionadas nunca han sido aplicadas con el alcance propuesto, -consecuencia siempre de la formación positivista de la mayoría de aplicadores de justicia especialmente de la materia civil-, lo que torna evidente la necesidad de que sea el legislador quien retome la idea de crear una norma que no deje dudas respecto de la prohibición de realizar actos abusivos en la contratación civil¹³⁹.

¹³⁸ UNGO, Guillermo Manuel, *La Evolución Contemporánea del Derecho y la Teoría del Abuso del Derecho*, Tesis doctoral, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, Editorial Universitaria, San Salvador, El Salvador, 1963, pp. 87-96. Cabe mencionar que la referida tesis, por su calidad científica fue premiada con mención honorífica por la Universidad de El Salvador, y en ella el citado jurista realiza un amplio desarrollo de la situación de la teoría del abuso del derecho en El Salvador, y a cincuenta años de su publicación, los aportes realizados en dicha obra mantienen vigencia, por no haber variado significativamente el tratamiento legislativo de la teoría del abuso del derecho desde esa época hasta la actual. Por ello, el doctor Ungo es enfático al indicar que la idea del abuso del derecho que subyace en algunos artículos del Código Civil, constituye un simple principio de moral y de justicia reconocido en una norma que impone limitaciones específicas para armonizar objetivamente el derecho propio con los intereses jurídicos de terceros, lo cual es muy distinto a la teoría del abuso del derecho como institución, pues ésta tiene sus propias características, cuenta con elementos jurídicos propios, de alcance general para todos los casos en que se presencie un ejercicio abusivo de los derechos, y destinada a amparar los intereses no protegidos especialmente por las leyes vigentes. Agrega, que las poquísimas disposiciones legales que imperfectamente comprenden a la doctrina del abuso del derecho, para lograrlo necesitan ser interpretadas de manera amplia y sistemática, por lo que termina realizando la correspondiente propuesta de reforma que configure de manera adecuada la institución en comento, sugiriendo conceptuar el abuso del derecho de la manera siguiente: “es el acto realizado, usando de un derecho objetivamente legal, dirigido a causar daño a un interés no protegido especialmente por el ordenamiento jurídico, y cuya inmoralidad o antisocialidad se manifiesta, objetiva o subjetivamente, según la adecuación del móvil con el espíritu de la institución”. Agrega que, mientras no exista una disposición legal que prohíba el ejercicio abusivo de los derechos y configure los casos que se estimen enmarcados en ello, el Art. 2080 CC que establece la responsabilidad civil por los daños causados con dolo o culpa, permite admitir con una interpretación amplia que pueda alcanzar esa responsabilidad a las acciones u omisiones realizadas en el ejercicio abusivo de los derechos. Igualmente considera que el Art. 1417 CC, que consagra el principio de buena fe contractual, genera la obligación para las partes de cumplir los deberes implícitos en el ejercicio mismo de sus derechos, y entre esos deberes está el de no ejercitar abusivamente las facultades jurídicas que concedió la otra parte contratante, por lo que sugiere que dichas disposiciones enuncian de forma limitada e incompleta la teoría del abuso del derecho.

¹³⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Abuso del Derecho*, 1ª Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1992, pp. 29-31. Señala el autor en cita, que la vigencia del principio del abuso del derecho radica fundamentalmente en la correcta interpretación que de él efectúe la jurisprudencia. Agrega que el papel de los jueces es determinante en los países en que el abuso del derecho no ha logrado encajar en una cláusula del derecho positivo, y que en tales casos la jurisprudencia debe sustentarse en los principios generales del derecho, fundamentalmente en el de la buena fe y las buenas costumbres; pero de inmediato menciona que es conveniente la introducción en los Códigos Civiles de una cláusula general prohibitiva del abuso del derecho, pues de esta

Mientras no exista una norma de esa naturaleza, en todos aquellos casos en que se observe que el titular del derecho está actuando en perjuicio ajeno y fuera de los límites socialmente aceptados para el ejercicio de su derecho, esto es, sin obtener una utilidad personal o contrariando la finalidad económico-social con la que se ha establecido el mismo, tendría que actuar la jurisprudencia civil generando precedentes jurisprudenciales a partir de los cuales se haga coincidir los límites en la contratación con las ideas de justicia contractual que reclaman instituciones como las que ocupan este acápite¹⁴⁰, para lo cual tendría que recurrir a los abundantes aportes doctrinarios y jurisprudencia foránea, con el objeto de sustentar los respectivos criterios de interpretación.

Debe aclararse que el legislador salvadoreño ha positivado en los Arts. 252 Inc. 2° y 294 del Código Procesal Civil y Mercantil la figura del abuso del derecho, y de la lesión grave, pero restringidas dichas figuras para el ejercicio del control jurisdiccional respecto de acuerdos conciliatorios que puedan adoptar las partes en conflicto, ya sea dentro de un proceso o como diligencia conciliatoria previa, pero en ningún momento ha fijado los elementos o presupuestos que deben analizar los jueces para caracterizar un determinado acuerdo como constitutivo de abuso o de lesión grave para alguna de las partes, por ende, ha dejado la libertad al juzgador de analizar en cada caso sometido a su conocimiento si un acuerdo de partes conlleva ejercicio abusivo del derecho o lesión grave¹⁴¹. Tal actividad

forma se otorga al juzgador el respaldo legal necesario para desarrollar plenamente la parte intuitiva del acto de decisión.

¹⁴⁰ Tal como ocurrió en Argentina en etapa previa a la regulación de la lesión en su vertiente subjetiva-objetiva que fue introducida en el Código Civil de dicho país mediante reforma del Art. 954 realizada en el año de 1968, periodo en el cual fueron la jurisprudencia y la doctrina las que se encargaron de introducir al derecho argentino la figura de la lesión. Así lo indican, entre otros: ZANNONI, Eduardo, Ob. Cit., p.318; CONTARINO, Silvia, Ob., Cit., p. 323; CIFUENTES, Santos, Ob. Cit., p. 580, quienes coinciden en señalar que si bien Vélez Sarsfield rechazó la lesión objetiva, a mediados del siglo XX se comenzó a mostrar admisión jurisprudencial de la misma, y alejándose de configuración realizada por el codificador se empezó jurisprudencialmente a invalidar contratos que aparecían con grosera falta de equivalencia en sus prestaciones recíprocas.

¹⁴¹ Debe aclararse que la teoría del abuso del derecho, como límite a la libertad de contratación, ha encontrado mayor acogida en la materia mercantil, especialmente en contratos que no admiten tratativas directas entre los sujetos relacionados por el negocio, es decir, en casos de contratos de Adhesión. En cambio en el derecho civil la regla general es la disponibilidad de las cláusulas contractuales, pero no se descarta la existencia de condiciones de desigualdad que puedan propiciar reales desequilibrios entre las partes, y a partir de ello generarse abusos en la contratación civil, lo que justifica el análisis de la utilidad de dicha figura como mecanismo de control en el exceso a los límites de la autonomía de la voluntad en la contratación civil. Al respecto resulta interesante lo afirmado por PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, 6ª Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 1999, pp. 320-321. Comienza exponiendo este autor que en el ámbito de las relaciones privadas entre particulares no opera la igualdad constitucional, pues la sociedad es el reino de las innumerables diferencias personales, y que si bien la igualdad es el fundamento del ejercicio del derecho a la diferencia por parte de los individuos, pero el elemento rector del ejercicio del derecho a la diferencia es la autonomía de la voluntad. Luego agrega que si bien la igualdad constitucional no es un límite, las prohibiciones concretas de discriminación sí lo

perfectamente podría ser desplegada por los juzgadores en el control jurisdiccional de la justicia en la contratación, y emplear el mejor análisis posible de cada caso, apreciando objetivamente que al momento de la contratación, no se haya materializado algún acto constitutivo de abuso del derecho o de lesión grave en perjuicio de alguna de las partes del contrato¹⁴².

2.1. LA USURA COMO ESPECIAL FORMA DE LESIÓN

Como idea principal que sustenta la existencia de usura se menciona la posibilidad que tiene el acreedor, de provocar aumentos considerables, de las cantidades a entregar por el deudor en concepto de intereses convencionales, imponiendo al deudor cuantías excesivas de intereses, por encontrarse el prestatario en circunstancias que le fuerzan a aceptar la realización del negocio usurario¹⁴³. Por tanto en

son, a partir de lo cual concluye que la autonomía de la voluntad de los ciudadanos que se relacionan entre sí en cuanto personas privadas exclusivamente, también tiene que acabar siendo congruente con la igualdad constitucional, por lo que aun cuando se esté en presencia de contratación civil, vale cuestionar el probable aprovechamiento de condiciones de desigualdad que puedan afectar el negocio.

¹⁴² VIGO, Rodolfo Luis, Ob. Cit., pp. 255-264. Al respecto menciona el jurista en referencia, que el abuso del derecho se constituyó en una reacción explícita contra muchos de los presupuestos que sustentaban el modelo dogmático decimonónico, pero que posibilitó el reencuentro del Derecho con nociones que le suministran un rostro más realista, más social y más humano, ya que con dicha teoría se quiere rechazar comportamientos que generan daño jurídico injustificado, no meras intensiones, si no manifestaciones externas de actos que aun cuando gozan de respaldo jurídico y en consecuencia aparentan licitud, terminan violando los límites fijados para el ejercicio de los derechos subjetivos. Agrega el autor en cita que el derecho intrínsecamente no tolera que alguien perjudique jurídicamente a otro sin justificación suficiente, y como los jueces están para decir el derecho en los casos de su competencia, deben decirlo impidiendo lo irrazonable o lo inequitativo. El mandato constitucional de afianzar la justicia o de derivar desde el derecho vigente la solución justa para el caso, impone la intolerancia de oficio de conductas abusivas, o mejor, inequitativas.

¹⁴³ JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, *La Usura: Evolución Histórica y Patología de los Intereses*, 1ª Edición, Editorial Dykinson, S. L., Madrid, España, 2010, pp. 61-62 y 72. Señala el autor en cita, que en términos comunes por usura se entiende toda opresión económica excesiva, dirigida a aprovecharse de la necesidad del prójimo para enriquecerse. Y como concepto jurídico menciona que se debe entender por usura el lucro económico de carácter excesivo que se percibe en función de un contrato de mutuo o una operación económica similar, en el cual la libertad económica del prestatario resulta prácticamente eliminada, viéndose el mismo forzado por su necesidad y careciendo del consentimiento suficiente para aceptar o rechazar las condiciones del préstamo que se le propone. Agrega que en tales circunstancias desaparece la igualdad que debe imperar en los contratantes. A partir de ello destaca el autor que lo que caracteriza un tipo de interés como usurario no es únicamente que sea alto, sino que su cuantía sea notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso. En coherencia con lo expuesto VÉASE también a los autores MARTÍN JIMÉNEZ, Carlos José y Juan José MARTÍN JIMÉNEZ, *Teoría y Práctica del Ejercicio de las Acciones Civiles. Comentarios y Formularios*, 1ª Edición, Grafolex S. L. U., Valladolid, España, 2010, p. 980, quienes señalan que para que prospere una acción en contra de la usura debe acreditarse: a) la existencia de un contrato de préstamo en el que se haya estipulado un interés superior al legal del dinero, y b) que atendidas las circunstancias o condiciones específicas ese interés resulte leonino, existiendo motivos para estimar que fue aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia, o de lo limitado de sus facultades mentales. Por lo que puede concluirse que ambos autores enfatizan la necesidad a acreditar circunstancias esencialmente subjetivas y objetivas propias de cada caso en particular.

la usura siempre estará presente la idea de aprovechamiento del hombre de la necesidad del prójimo para enriquecerse, y sobretodo que el referido aprovechamiento lo sea de manera excesiva y desproporcionada.

Tal como se expuso al tratar la figura de la lesión, esta tiene íntima vinculación con el tema de la usura, al punto de considerar la usura como una forma especial de manifestación de la lesión¹⁴⁴. Y en torno al tratamiento legislativo frente a conductas usurarias existen dos probables posturas legislativas que pueden adoptarse. Una postura individualista de conformidad con la cual se estima válida cualquier tasa de interés por elevada que sea, por ser una consecuencia de la libertad de contratar. Como postura opuesta se encuentra una postura acorde al principio de solidaridad, a partir de la cual se sostiene que una tasa de interés elevada, refleja un aprovechamiento abusivo que atenta contra el interés individual de la víctima de la usura, y contra la sociedad en general; y que por ende es necesaria la intervención del Estado en miras a encontrar la manera de evitar la materialización de semejante afectación.

El hecho de estimar la usura un atentado contra la sociedad ha llevado a que en algunos países se recurra al derecho penal para intentar contener los comportamientos usurarios, tipificando como delito las conductas constitutivas de usura¹⁴⁵; otras legislaciones han optado por fijar tasas de interés máximas que puedan ser generadas a favor de los acreedores, y obviamente a regular las respectivas consecuencias en caso de que se contraten créditos por tasas superiores al porcentaje legalmente fijado, entre las que destacan el sancionar con nulidad dichos créditos por contener conductas contrarias a las buenas costumbres o a la moral, y como resultado el deudor queda obligado a reintegrar únicamente el capital recibido.

¹⁴⁴ MOISSET DE ESPANES, Luis, Ob. Cit. pp. 83. La vinculación que atribuye este autor entre lesión y usura, llega hasta el punto de afirmar que la lesión es el género y la usura la especie. Luego en lo que respecta a las posturas legislativas –a las que por cierto se refiere como posiciones extremas-, sostiene que históricamente una y otra posición (individualista y solidaria), se han impuesto alternativamente, según fuesen las ideas en boga en cada época, ya sea fijando tasas máximas de interés, o en su caso derogando las tasas máximas positivadas, pero que en la actualidad se hace imprescindible combatir nuevamente la usura para evitar la existencia de abusos originados por falta de regulación.

¹⁴⁵ HERNÁNDEZ MORLES, Alfredo, Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, 9ª Edición, Publicaciones UCAB, Editorial Texto C. A., Caracas, Venezuela, 2007, p. 195. Este autor define la usura como, todo acuerdo o convenio, cualquiera que sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla, o disminuirla, por el cual una de las partes obtenga para sí o para un tercero, directa o indirectamente, una prestación que implique una ventaja o beneficio notoriamente desproporcionado, a la prestación que la otra parte realice. Luego aclara que es delito castigado con penas de prisión y multa. De donde se infiere que lo determinante para el tipo penal de usura estaría constituido por una evidente falta de equivalencia de las prestaciones.

Si se toma en cuenta el fundamento de la lesión a que ya se ha hecho alusión en más de una ocasión en este trabajo, no queda menos que concluir que en efecto, los intereses usurarios, en tanto evidencian desproporción desmedida en las contraprestaciones de las partes, no están en correspondencia con la idea de equidad y justicia contractual que justifican la existencia de la figura de la lesión, por lo que no cabe duda que mediante la celebración de contratos usurarios se consuman actos constitutivos de lesión.

Al realizar el correspondiente análisis comparativo de los aportes doctrinarios expuestos y la situación de la usura en el Código Civil salvadoreño, puede afirmarse que, a partir de la redacción que contiene el Art. 1963 de dicho código, en el mismo se ha potenciado históricamente la práctica de la usura, al establecer que en el contrato de mutuo se pueden pactar intereses “sin limitación alguna”, aun cuando el mutuo civil es por naturaleza gratuito y excepcionalmente oneroso¹⁴⁶, según se infiere de la redacción que contienen los Arts. 1954 y 1957 CC, de conformidad con los cuales el mutuario se obliga a devolver al mutuante una cantidad de dinero igual que la recibida, pero no más; salvo que se pacten expresamente intereses, en cuyo caso se deberán en la cuantía acordada, y si no se hubiere fijado cuantía se deberán los intereses legales, que en materia civil es del seis por ciento anual. Debe aclararse que dicha característica de gratuidad no es extensiva hacia los contratos de mutuo de naturaleza mercantil, aun cuando compartan la conceptualización, pues las obligaciones mercantiles son ordinariamente onerosas¹⁴⁷, tal como se prevé en el Art. 946 C.Com.

¹⁴⁶ MORENO QUESADA, Bernardo y otros, Ob. Cit., p. 391. En la obra relacionada, se afirma que en los mutuos monetarios, el dinero constituye el objeto del contrato, y tal dinero sale del patrimonio del prestamista, surgiendo para el deudor la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad que lo que había recibido, por lo que se materializa una transmisión de la propiedad del dinero por parte del prestamista hacia el mutuario, por lo que ese desprendimiento económico que sufre le genera el derecho a exigir al mutuario la devolución de otro tanto igual. Dicho comentario es totalmente adaptable a la definición del contrato de mutuo que contiene el Art. 1954 CC, de donde se infiere inicialmente la naturaleza gratuita que subyace en el contrato, aun cuando tal gratuidad no esté prevista expresamente como sí lo está para el contrato de comodato (Art. 1932 CC). Por otra parte, al comentarse en dicha obra los caracteres del contrato de mutuo en la legislación española, se menciona que el legislador parte de la presunción de que es naturalmente gratuito, a menos que se pacte expresamente que es oneroso. Y en cuanto a la exigencia de que los intereses se pacten expresamente indica que no queda absolutamente excluido que el pago de intereses se pueda deducir tácitamente.

¹⁴⁷ PEÑA NOSSA, Lissandro, *De Los Contratos Mercantiles Nacionales e Internacionales –Negocios del Empresario-*, 2ª Edición, Universidad Católica de Colombia, Ediciones ECOE, Bogotá, Colombia, 2006, p. 361. Expone este autor, que a diferencia de lo que ocurre en materia civil, en donde la regla general es que el mutuo es gratuito, el mutuo mercantil se caracteriza por su nota de onerosidad, porque el mutuario está obligado a pagar al mutuante intereses de las sumas de dinero o de las cosas recibidas en mutuo, y para que no opere esta obligación, es preciso que las partes pacten expresamente que el mutuario no está obligado a pagar intereses.

No obstante haberse afirmado en el párrafo anterior que el Art. 1963 CC prácticamente legitima la posibilidad de realizar créditos usurarios, al revisar la jurisprudencia nacional no se encuentran pronunciamientos que tiendan a cuestionar la apertura que la norma en referencia contiene para la práctica de conductas usurarias, salvo el precedente de una sentencia de primera instancia, dejada sin efecto luego por la cámara de segunda instancia respectiva, en la que, luego de declarar inaplicable el artículo antes citado, fue considerada usuraria una cláusula contractual que establecía una tasa de intereses del diez por ciento mensual¹⁴⁸, y en consecuencia se le tenía por no escrita; habiendo sostenido el tribunal superior en grado, que de conformidad con el derecho constitucional de libertad de contratación, cláusulas como la declarada sin valor por el tribunal de primera instancia eran perfectamente válidas¹⁴⁹.

En torno a los planteamientos que se realizan en cada una de las sentencias, es procedente indicar que se valora positivamente la actitud mostrada en el dictado de la sentencia de primera instancia, en la cual se realiza el esfuerzo jurídico pertinente para procurar emitir una decisión debidamente fundamentada,

¹⁴⁸ En la referida sentencia entre otros argumentos se lee: “(...) nuestra legislación civil, que data del año 1859, ha dispuesto que los intereses pueden ser pactados sin limitación alguna; respecto de ello se estima necesario hacer referencia a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, misma que fue adoptada en San José Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y ratificada por el Estado de El Salvador el 20 de junio de 1978, la cual de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Constitución es Ley de la República. Respecto del instrumento antes descrito, vale la pena hacer una aproximación a lo dispuesto por el Art. 21 de la referida Convención, mismo cuyo acápite es “*Derecho a la Propiedad Privada*”, y en el cual, en su numeral tres, se ha establecido “*Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley*” vii. Sobre lo anterior, y siendo que en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado, (inciso segundo, parte final del Art. 144 de la Constitución), válidamente puede aseverarse que, en cuanto a lo referido “*sin limitación alguna*”, la disposición del Código Civil deja de tener aplicabilidad de forma absoluta, pues como limitación a la estipulación de intereses, por lo dispuesto en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, está el caso en que aquellos intereses devengan en usura, pues aun y cuando no exista una Ley que prohíba la usura, esta Juzgadora no puede soslayar el imperativo establecido en la Convención en cuanto a evitar dicha forma de explotación del hombre por el hombre (...). JUZGADO TERCERO DE MENOR CUANTÍA, Sentencia Definitiva con Ref. NUE:14626-11-EC-3MC2(1), de fecha 20 de marzo de 2012.

¹⁴⁹ Entre los argumentos principales que se ubican en la sentencia de alzada se encuentran: “(...) Es errada la no aplicación del Art. 1963 C. C., que establece la libertad en la estipulación de intereses, por considerar que entra en conflicto con la Convención Americana de Derechos Humanos (...)”. Luego se agrega: “(...) la jueza a quo, al inaplicar el Art. 1963 C.C., vulneró el principio de la autonomía de la voluntad privada, que consiste en el poder conferido a los sujetos para autodeterminarse en las relaciones jurídicas de carácter privado que realicen entre sí, generándose como consecuencia, prerrogativas y responsabilidades para los individuos que han intervenido, permitiendo con ello acordar un determinado contrato en entera libertad (...)”. CÁMARA PRIMERA DE LO CIVIL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO, Sentencia Definitiva Ref. 75-8Mc3-2012/5, de fecha 25 de junio de 2012. Al revisar en conjunto la referida sentencia se encuentra además que la Cámara citada fundamenta su decisión en el Art. 23 Cn., pues indica en dicha sentencia que la jueza de primera instancia, en su afán de fundamentar la inaplicabilidad del Art. 1963 del Código Civil, obvió lo establecido por el Art. 23 de la Constitución, que garantiza la libertad de contratación conforme a las leyes, que es normativa fundamental y primaria.

y que, dejando de lado la cómoda interpretación literal del Art. 1963 CC, en procura de ajustar las cláusulas contractuales a actuaciones enmarcadas dentro de parámetros de equidad y justicia contractual, se optó por dejar de aplicar dicho artículo con respaldo en normativa internacional que condena la usura y toda forma de explotación del hombre por el hombre.

No obstante ello, tomando en consideración que en el momento de dictada dicha resolución no se contaba en este país con una normativa que reprimiera la usura, resultan fácilmente controvertibles los principales argumentos normativos empleados en la sentencia de primera instancia, pues la normativa internacional en la que sustentó la inaplicabilidad del Art. 1963 no origina por sí misma prohibición de la usura, sino más bien se constituye como una directriz de actuación de los Estados suscriptores, a partir de la cual éstos adquieren el compromiso de aprobar las respectivas leyes que repriman la usura, por lo que aun cuando podría reclamarse una responsabilidad internacional al Estado suscriptor por omitir el cumplimiento a dicho compromiso, tal violación por sí sola no constituye una norma internacional con supremacía sobre la ley secundaria¹⁵⁰.

Sentencias como la de primera instancia comentada podrían parecer actuaciones ajenas a la labor judicial para cualquier iuspositivista legalista, y más cercana a una labor legislativa, y por tanto podrían ser calificadas de arbitrarias, por lo que los aplicadores del derecho deben ser cautelosos en la adopción de las respectivas decisiones, ya que ante la ausencia de respuestas correctas únicas para cada caso concreto, debe contarse con argumentos no fácilmente derrotables, que sean sostenibles desde el derecho vigente, entendiendo por tal no sólo la literalidad de la norma escrita, sino los

¹⁵⁰ El Art. 2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, con el objeto de garantizar los derechos y libertades que surgen del texto de dicha convención, se encargó de establecer el deber que tienen los Estados suscriptores de dicha convención de adoptar las medidas legislativas, o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades positivados mediante dicha convención, lo que implicaría que las legislaciones que sean contrarias u opuestas a su texto, tendrían que ser armonizadas mediante los procedimientos de reforma respectivos. Por lo tanto, mientras subsistan normas contrarias a dicha convención, el inaplicar alguna de ellas implica generar un vacío normativo, el cual obviamente puede suplirse mediante la aplicación de los criterios de integración de normas, si es que alguna norma existente contempla la solución para el caso, o mediante criterios de interpretación no literal, en la cual se diversifica la cantidad de fuentes a las que se puede recurrir en busca de la respuesta razonada, y especialmente se podrán utilizar los valores y principios constitucionales cuya amplitud posibilita buscar la mejor solución posible, según las posibilidades fácticas y jurídicas implicadas. Por ello, todo juez comprometido con la justicia debe superar el pensamiento positivista, pues sólo desde una concepción objetivista, cognoscitivista, constitucionalista o principialista del derecho se puede aspirar a decisiones justas, que estarán más legitimadas que las decisiones legales.

derechos fundamentales en su conjunto amén de principios y valores constitucionales, a partir de los cuales poder potenciar la universalidad del resultado interpretativo.

Cabe mencionar, que actuaciones como esa han sido comunes en jurisprudencia comparada¹⁵¹, en ocasión de resolverse casos análogos, y quizá encuentren justificación para cualquier jurista no positivista, que es aquél que entiende que existe más derecho que el puesto como tal en las leyes. Pero adoptar comportamientos contrarios a la interpretación literal de una norma aislada coloca al intérprete en una situación fatigosa, por lo que no es común encontrar que se opte por la solución más compleja sino que casi siempre se recurre a evitar complicaciones aplicando mecánicamente las normas.

Desde luego es más cómodo, y menos arriesgado de ser señalado de arbitrario, si se resuelven los casos desde posturas positivistas, pues para éstos un buen juez es aquél que se somete a la voluntad de la ley, y en tal sentido pregonan que no hay mejor justicia que la de la ley que ha sido dictada por los designados por el pueblo para ese efecto. En razón de tal postulado, difícilmente un intérprete positivista cuestionará la contradicción de la ley con valores o con la justicia misma, que se entiende comprendida dentro de la ley. Pero debe aclararse que en un Estado Constitucional de derecho tendrían que superarse las concepciones positivistas, y recurrir a otras fuentes del derecho en la búsqueda de soluciones apegadas a la justicia y demás valores fundamentales vinculados en la decisión del caso¹⁵².

¹⁵¹ MOISSET DE ESPANES, Luis, Ob. Cit., pp. 148-149, respecto de lo afirmado señala que el Código Civil argentino no fija una tasa legal de interés, y dispone que son válidos los convenidos libremente entre acreedor y deudor, pero los tribunales han decidido que la tasa de interés no debe exceder los límites permitidos por la moral y las buenas costumbres, recurriendo la jurisprudencia a aplicar un remedio que es propio de los actos lesivos, tal es la reducción de las tasas de intereses a tasas normales, manteniendo la validez de la obligación, también vía jurisprudencia se estableció la posibilidad de que el deudor que ha pagado intereses excesivos, solicite la repetición de lo que pagó de más o que lo impute al capital. VÉASE además al autor RIVERA, Julio César, Ob. Cit., p. 832., quien menciona que jurisprudencialmente se anularon o modificaron negocios usurarios, y los tribunales optaron por lo general por la reducción de los intereses pactados.

¹⁵² VIGO, Rodolfo Luis, Ob. Cit., p. 163. Este connotado filósofo del derecho, luego de exponer variados aportes que sirven de guía para la interpretación jurídica de los contratos civiles, concluye, que sobre el intérprete pesa la loable y trascendente tarea de discernir prudentemente, las situaciones emergentes de la norma jurídica dictada por las partes. Luego destaca que es el juez el principal y oficial órgano de interpretación, y como tal debe actuar como custodio de lo concertado, pero procurando que reine en el contrato lo justo conmutativo. Por ello señala que el intérprete debe confiar en el hombre contratante, pero la misión del derecho es velar y promover un orden social justo. En similares términos aunque en tono más tajante VÉASE al letrado ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos Civiles – Comerciales - de Consumo, Teoría General*, 1ª Edición, 1ª reimpresión, Abelardo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 93, disponible en <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com>., sitio consultado el día 18 de julio de 2011. Se lee literalmente en dicha obra: “para saber lo que vale la justicia es

2.2. ANÁLISIS DEL ART. 1963 DEL CÓDIGO CIVIL A PARTIR DE LA VIGENCIA DE LA LEY CONTRA LA USURA

Tal como se ha indicado en el desarrollo del presente trabajo, una de las instituciones identificadas como encaminadas a controlar los excesos en los límites de la autonomía de la voluntad es la lesión, la cual centra su parámetro de actuación en procurar la justicia conmutativa, postulando la necesidad de equivalencia o proporcionalidad en las contraprestaciones que surgen de los contratos. Asimismo se ha puesto en evidencia que una de las más antiguas formas de incurrir en lesión es a través de préstamos usurarios, a la vez que se han indicado las probables posturas legislativas frente al fenómeno de la usura, siendo una de ellas la fijación de tasas máximas de interés, materializando con ello un concreto límite a la autonomía de la voluntad, ya que de esta manera el prestamista no podrá exigir más interés que el legalmente permitido y aun cuando las partes voluntariamente fijen un interés superior, con la aplicación de la Ley Contra la Usura¹⁵³, podrá carecer de efectos el referido acuerdo.

A partir de la idea lícita de fructificación del dinero toda persona que cuenta con dinero en efectivo disponible procura encontrar la manera de acrecentar su capital, lo que le llevará a realizar las inversiones necesarias en negocios o empresas que le parezcan rentables, pero también puede optar por otorgar el dinero en préstamo a otra persona, y en pago de dicho préstamo cobrar un monto determinado en concepto de intereses -regulado por cierto como frutos civiles en el Art. 628 CC-, cuya cuantía refleje los frutos generados por el dinero a consecuencia del préstamo¹⁵⁴.

necesario saber lo que vale el juez" (COUTURE), y ella requiere "jueces enérgicos y conscientes de su responsabilidad" (HEDEMANN). Se los precisa para lograr la justicia conmutativa, esa justicia correctora que, en materia contractual, requiere que haya igualdad entre lo que se da y lo que se recibe (ARISTÓTELES), y a la que no se sirve, ni cuando se esquilmó a los deudores en beneficio de los acreedores, ni cuando se los despoja a éstos en beneficio de aquéllos".

¹⁵³ Ley Contra la Usura, Decreto Legislativo Número 221 de fecha 6 de diciembre de dos mil doce, publicado en el Diario Oficial N° 16 Tomo 398 de fecha 24 de enero de 2013. Esta ley entraría en vigencia treinta días después de su publicación, según se estableció en el Art. 15 de la misma, por lo que su vigencia data del 24 de febrero de dos mil trece.

¹⁵⁴ En plena armonía con lo planteado en sentencias nacionales se ha sostenido que "(...) El Mutuo o Préstamo de Consumo, es un contrato por medio del cual una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad; aclarándose que si el mutuo consiste en dinero se deberá la suma numérica enunciada en el contrato. Art. 1954 y 1957 C.C.; éste tipo de contrato goza de la característica legal de que pueden estipularse intereses, Art. 1963 C.C., entendiéndose lo mismo como el provecho o remuneración que obtiene el mutuante como precio del goce que otorga el mutuario; jurídicamente, los intereses son frutos civiles de la cosa prestada, y éstos pueden ser de tres clases así: interés legal, interés convencional e interés corriente; por otra parte, las expresiones contenidas en el Artículo 1416 del Código Civil,

Aun cuando el contrato de mutuo civil es por naturaleza gratuito, el Art. 1963 CC establece la facultad de estipular intereses por préstamo de dinero o cosas fungibles, postulado que está en plena armonía con la generalidad de legislaciones y doctrina extranjeras, pues en la actualidad nadie discute la legitimidad de adquirir remuneración por el préstamo de dinero bajo la figura de los intereses. Por el contrario, en lo que existen fuertes divergencias es en lo relativo a las cuantías de intereses que deben ser permitidas, y respecto de ello se mantiene vigente la dicotomía de intereses legítimos e intereses ilegítimos, reservando para éstos últimos el calificativo de usura¹⁵⁵. Dicha dicotomía se ve reflejada en la Ley Contra la Usura, con la cual se genera un cambio radical en cuanto al tratamiento legislativo

indican de una manera singularmente enérgica, la fuerza obligatoria del contrato para las partes, y es que para éstas, el contrato constituye una verdadera ley particular, a la que deben sujetarse en sus mutuas relaciones del mismo modo que las leyes propiamente dichas, haciendo una referencia a cada una de las disposiciones comprendidas en el pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas (...).” CÁMARA DE LO CIVIL DE LA PRIMERA SECCIÓN DE OCCIDENTE, Sentencia Definitiva con Ref. 154-3 de fecha 20 de octubre de 2011.

¹⁵⁵ JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, Ob. Cit., pp. 23 y 36. En relación con lo expuesto menciona este autor, que el término usura hace referencia simplemente a los intereses, preferentemente a los retributivos, y se tiñó de una fuerte connotación negativa durante el largo periodo de prohibición, más o menos rigurosa, de los mismos. Por ello, cuando se inicia la admisión de la licitud de los intereses, se utiliza ese término para hacer referencia a los intereses lícitos, mientras que se reserva el viejo término usura para referirse al fenómeno de los intereses lícitos. Es oportuno indicar que han existido épocas en que era totalmente refutable el cobro de intereses, luego momentos en los cuales no se cuestionó con agudeza su cobro, así también épocas en que, especialmente por influencia de la iglesia, fueron estimados totalmente ilícitos; sin tomar en consideración la cuantía que se cobrara ni las circunstancias en que se otorgara el préstamo. En dicho estadio la iglesia consideró que todo tipo de interés por préstamo de dinero era considerado usura y ello constitutivo de pecado y considerado hereje al que afirmara lo contrario. VÉASE en armonía con lo expuesto al autor PALACIOS BAÑUELOS, Luis, *Seis Escenarios de la Historia*, 1ª Edición, Dykinson S. L., Madrid, España, 2007, pp. 373-374, quien identifica plenamente tres grandes períodos en el tratamiento de la usura, a los que se refiere como de prohibición absoluta, prohibición restringida, y completa libertad. El primero responde a la idea de que el dinero es útil para intercambio de mercancías pero por sí mismo es infructífero, en el segundo la iglesia misma permitiría el interés bajo la idea del lucro cesante, aunque intentaría al igual que el derecho civil corregir los abusos de la usura lucrativa, señalando tipos de interés con penas a los infractores, y en la tercera el dinero es considerado ya no sólo un título de transacción comercial sino elemento de creación de riqueza y en consecuencia el interés por sí mismo deja de considerarse como usurario. Se encuentra además que desde tiempos remotos han existido posturas en favor del cobro de intereses, señalando que quien se vale de un crédito para acrecentar sus ganancias es justo que comparta alguna cantidad de esas ganancias obtenidas, con quien le ha facilitado los medios para ello. A efectos aclaratorios de dicha postura VÉASE a MASTROFINI, Marco, *Tratado de la Usura*, Traducido por De Iburgüengoitia, Mariano José, imprenta de Pablo Riera, Barcelona, España, 1859, pp. 11-13, quien comparte la idea de fructificación del dinero, pero al mismo tiempo plantea que, en los casos en que el dinero se da para atender una necesidad del momento, ni fructifica para el que lo da, puesto que se desprende de ello, ni para el que lo recibe, puesto que lo consumirá en la conservación del individuo. Por ello afirma el autor que el principio de fructificación del dinero lo que sirve es para tener mayor claridad en lo horroroso que resulta la usura. Ello porque si bien le parece racional que quien percibe gruesas cantidades de dinero, o tiene esperanza probable de obtenerla (como sucede con todo el que emprende un negocio), es justo que consienta en dar una partecita de su ganancia a la persona que le facilita el dinero para ello. Por el contrario, el que se vale de la necesidad del prójimo y estando obligado a socorrerlo con un préstamo, pretende y exige una ganancia exorbitante por el cumplimiento de su obligación, realiza un acto cruel e inhumano, y ello es lo que para el autor en comento constituye la usura, tan execrable que la misma razón la está condenando.

frente a la posibilidad de cobrar intereses por préstamos de dinero, ya que el Art. 1963 CC normaba la referida facultad sin limitación alguna, por lo que las partes del contrato podían fijar la tasa de interés que mejor les pareciera, sin que con ello pusieran en riesgo la efectividad de lo pactado. Todo lo contrario ocurre con la vigencia de la Ley Contra la Usura, a partir del cual, se establecerá periódicamente una cuantía de interés permitido, y en caso de que se estipulen intereses por encima de dicha cuantía, tal cláusula no producirá los alcances esperados, pues en cualquier momento el mutuario podrá reclamar su adecuación con los parámetros legalmente permitidos.

El establecimiento de tasas máximas de interés en los términos previstos en la Ley Contra la Usura, tiene por objeto alcanzar el equilibrio contractual que debe existir entre los beneficios que adquieren el mutuante y el mutuario, lo que es totalmente atinente y acorde con la necesaria proporcionalidad que debe existir en los beneficios que surgen con la contratación, a la vez que con ello se da cumplimiento al compromiso adquirido por el Estado salvadoreño, de adecuar la normativa vigente con el contenido de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos¹⁵⁶, ratificada por El Salvador en 1978, que en el Art. 21, bajo el acápite nominado "Derecho a la Propiedad Privada" en su numeral tercero establece que, "Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley".

La Ley Contra la Usura tiene por objeto prohibir, prevenir y sancionar las prácticas usureras, y evitar las consecuencias derivadas de dichas prácticas, según se lee en el Art. 1 de la misma, y en los considerandos que motivan su creación se han plasmado razones coincidentes con los elementos

¹⁵⁶ Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Decreto Legislativo Número 5 de fecha 15 de junio de 1978, D. O. N° 113, Tomo 259 de fecha 19 de junio de 1978. Dicha Convención es más comúnmente conocida como "Pacto de San José", y en el preámbulo justificativo se ha plasmado entre otros propósitos de la misma la idea de consolidar, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre. Dicha Convención es vinculante para el Estado Salvadoreño, ya que constituye una expresión de voluntad soberana de los Estados suscriptores, y en el Art. 2 de la misma se normó como un deber de los Estados partes, el adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades que consagra dicha convención. Por ello, aun cuando han transcurrido treinta y cinco años desde la vigencia de la referida convención para dictar una ley que reprima la usura, debe aplaudirse su dictado por toda persona respetuosa de las normas de derechos humanos y especialmente de la solidaridad y justicia social. Debe aclararse que en materia de comercio ya se cuenta con normas encaminadas a lograr algunos de los fines previstos en la Convención que se viene comentando, especialmente con la Ley de Protección al Consumidor, así como diversas disposiciones legales dispersas en leyes vigentes que han previsto algún mínimo de protección contra los abusos de los acreedores, verbigracia el Inc. 6° del Art. 66 de la Ley de Bancos en el cual se instituye que el interés moratorio se calculará y pagará sobre saldos en mora y no sobre el saldo total, aun cuando las partes hayan pactado lo contrario.

objetivos y subjetivos que doctrinariamente determinan la existencia de la lesión, tales como la obtención por parte de acreedores, de intereses, garantías u otras ventajas evidentemente desproporcionadas con su prestación; en perjuicio de otras personas, aprovechándose de la necesidad o inexperiencia de éstas, retomando por tanto el legislador los postulados principales de las tesis objetivas y subjetivas que singularizan a la figura de la lesión.

Como principal medida preventiva se opta en dicha ley por fijar tasas máximas de interés y se tipifica como usura el otorgamiento de créditos en los cuales se pacta intereses superiores al máximo establecido, conducta que se reprocha a toda clase de acreedores, según se ha previsto en los Arts. 2 y 3 de la Ley Contra la Usura. Debe aclararse que la ley en comento no contiene una precisa y certera determinación de la que debe considerarse tasa máxima¹⁵⁷, sino que fija la metodología de cálculo, indica la institución que será la encargada de establecer la tasa máxima legal, y determina la periodicidad con que debe fijarla, tasa con la cual en este momento todavía no se cuenta, aun cuando la ley fijó un plazo máximo de noventa días para emitir las normas necesarias para la aplicación de la ley¹⁵⁸.

De lo expuesto se puede concluir, que el Art. 1963 CC, ha sido reformado tácitamente con la vigencia de la Ley Contra la Usura, ya que su texto pierde vigencia en lo que respecta a la posibilidad de fijar intereses sin límite alguno¹⁵⁹, pues como ya se mencionó, dicha ley es aplicable en todo préstamo de

¹⁵⁷ Como precedente interesante cabe mencionar que el texto original del Código Civil salvadoreño, en el Art. 2114 establecía una tasa máxima de interés convencional, la cual no podría exceder del doce por ciento al año. Pero dicho artículo fue derogado por ley del treinta de marzo de 1880, en la cual se suprimió el artículo en referencia. Contrario a ello, el Art. 2113 normaba la posibilidad de estipular intereses en dinero o cosas fungibles, y mediante la citada ley de mil ochocientos ochenta se agregó a éste artículo la frase sin limitación alguna, y es el contenido que se mantiene en ediciones posteriores, aun cuando aparezca en distintos artículos. Al respecto VÉASE a SUÁREZ, Belarmino Ob. Cit., p.220.

¹⁵⁸ En relación con lo apuntado cabe mencionar, que según información que se encuentra publicada en la página web del Banco Central de Reserva, la referida tasa máxima será fijada a más tardar el décimo día hábil del mes de julio del corriente año, es decir, el 12 de julio de 2013, y entrará en vigencia a partir del primer día hábil del mes de agosto, es decir, el 1 de agosto de 2013, según se puede corroborar en la respuesta a las preguntas dos y tres publicadas como frecuentes que se realizan a dicha institución en relación con la Ley Contra la Usura, disponibles, en http://www.bcr.gob.sv/esp/index.php?option=com_content&view=article&id=218&Itemid=377, sitio consultado el día 30 de mayo de 2013, todo lo cual está en armonía con lo previsto en los Arts. 20 y 21 de las Normas Técnicas para la Aplicación de la Ley Contra la Usura, que están en vigencia a partir del 31 de mayo del corriente año, según Acuerdo 13/2013 aprobado por el Consejo Directivo del Banco Central de Reserva de El Salvador, el día 8 de abril de 2013.

¹⁵⁹ En relación con lo afirmado es oportuno traer a cuenta una de las argumentaciones que contiene la Sentencia Definitiva Ref. Ref. 75-8Mc3-2012/5, pronunciada por la Cámara de lo Civil de la Primera Sección del Centro, y

dinero, situación que se acentúa en el Art. 15 de la misma al expresarse que la citada ley es de carácter especial y que prevalece sobre cualquier otra de carácter general que la contradiga. Deriva de ello, que todo acreedor al momento de contratar un préstamo de dinero deberá sujetarse a las tasas máximas vigentes, y de no hacerlo; es decir, en casos en que se pacten tasas superiores a la máxima, los deudores podrán solicitar la revisión de la deuda a efecto de que se adecue a dichas tasas¹⁶⁰, y si ya se hubiesen pagado intereses calculados con la tasa por encima de la legal, los intereses cobrados en exceso se imputarán al capital, todo, de conformidad con lo normado en el Art. 11 de la Ley Contra la Usura, que bajo el acápite “Efectos por Contratar o Cobrar Tasa Superior a la Tasa Máxima”, establece la posibilidad de recalcular o reestructurar judicial o extrajudicialmente las deudas contraídas en contravención a dicha ley.

De lo antes expuesto resulta que la aplicabilidad de las consecuencias jurídicas previstas en la ley en referencia, para los casos en que se contrate o cobren tasas máximas superiores a las previstas en dicha ley, queda a disponibilidad de las partes afectadas, pues son los deudores los legitimados para petitionar que los intereses sean recalculados y reestructurados, sin que la cláusula por sí misma carezca de eficacia, ya que no se sanciona expresamente con nulidad un pacto de esa naturaleza¹⁶¹.

que ha sido comentada en el acápite precedente, en donde dicho tribunal, indica al funcionario que dictó la sentencia recurrida, que “(...) mientras no esté en vigencia una ley de orden público que regule el techo de los intereses, no puede andar inventando argumentos para regularlos (...)”, de donde se puede inferir que con la aprobación de la Ley Contra la Usura dicho tribunal en nada extrañaría que se deje de aplicar el Art. 1963 del Código Civil, en aras de armonizar cualquier contrato usurario con las respectivas regulaciones de la Ley Contra la Usura.

¹⁶⁰ Resulta válido cuestionar la posibilidad de realizar la respectiva adecuación sin que medie petición de parte. Resolver dicha cuestión es de especial interés, porque en variados litigios de naturaleza ejecutiva (en los cuales los acreedores reclaman judicialmente los créditos con sus respectivos intereses a los deudores morosos), sucede que los deudores generalmente no comparecen a controvertir los reclamos que se plantean en las respectivas demandas, ya sea por desconocer si tienen alguna posibilidad de defensa, por el tiempo y desgaste económico que le implicará involucrarse de lleno en el proceso que se promueve en su contra, o simplemente por serle indiferente el resultado del proceso. La inquietud se origina por el hecho de que los principios que rigen el proceso generalmente dejan escaso margen de maniobra a los jueces de la materia para velar por la justicia en la contratación, pues rige el principio dispositivo y el de aportación, y en consecuencia se corre el riesgo de emitir sentencias que se estimen contrarias al principio de congruencia si se resuelve sobre alguna cuestión no introducida al debate.

¹⁶¹ Amén de la posibilidad con que cuentan los deudores de solicitar la revisión de sus deudas, tanto judicial como extrajudicialmente, el Art. 12 de la Ley Contra la Usura ha previsto sanciones administrativas para el caso de cobro de intereses indebidos, pero no existe mayor reproche ante la inclusión de una cláusula que es contraria a lo previsto en la ley. No obstante ello, en franca toma de postura cabe indicar, que cualquier cláusula en que se constate la estipulación de intereses que contravengan los parámetros plasmados en la Ley Contra la Usura, resultará de cuestionable validez, pues la autonomía de la voluntad debe sujetarse en su ejercicio al derecho vigente, el cual en la circunstancia planteada resultaría vulnerado. Por ello, realizando una interpretación

Por ello aun cuando es plausible la intensión del legislador plasmada en los considerandos que justifican la creación de la ley en comento, dicha ley carece de elementos importantes que garanticen su eficacia en el logro del fin propuesto con su creación. No obstante ello, en manos de juristas valientes y proactivos; aunque no por ello irracionales, arbitrarios o desmesurados; se puede convertir en una herramienta jurídica invaluable para la consecución de la equidad y justicia, que se ven constantemente vilipendiadas en la tutela de contratos que, al amparo de la autonomía de la voluntad, generan inimaginables vulneraciones a los derechos patrimoniales de una de las partes del contrato.

3. LA SIMULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil salvadoreño no contiene una regulación sistemática de la institución que ahora se comienza a comentar. Contrario a ello, la palabra simulación no aparece ni siquiera de manera aislada en el amplio contenido articular que compone al referido Código. Aisladamente se logran ubicar determinados artículos que podrían considerarse vinculados con el tema, según se infiere de lo establecido en doctrina y jurisprudencia que tratan el mismo. Para el caso, el Art. 1904 CC niega efectos a la compraventa realizada por interpósita persona, cuando el mandatario compra para sí los bienes que el mandante le ha ordenado vender o cuando vende de sus bienes al mandante los que éste le ha ordenado comprar. Igual ocurre con lo previsto en el Art. 967 CC en donde se sanciona con

heterointegradora del derecho, perfectamente se podría sustentar la nulidad de una cláusula semejante por estar viciada de causa ilícita, ya que si la motivación del acreedor al momento de contratar fue la obtención de un contraprestación superior a la legalmente permitida, su conducta encajaría en lo previsto en el Art. 1338 Inc. 2º CC, que norma como causa ilícita “la prohibida por la ley”. En consecuencia, si se corrobora tal motivo de nulidad, no habría obstáculo alguno para declarar nula de oficio una cláusula usuraria, con respaldo en lo previsto en los artículos 1552 y 1553 CC, ya que el primero sanciona el vicio de causa ilícita con nulidad absoluta, y el segundo establece que ese tipo de nulidad debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, tal como ocurriría en la situación hipotética expuesta. Desde luego, si se toma en cuenta la cultura de interpretación literal que aún subsiste como prioritario criterio de interpretación aplicable para algunos juzgadores con competencia en la materia civil y mercantil, habría sido preferible que en la legislación especial que se comenta se fijara categóricamente la posibilidad de reestructurar oficiosamente una deuda o la declaratoria de nulidad de las cláusulas que establecen intereses indebidos, cuando en el transcurso de un proceso se advierta que se están reclamando intereses usurarios, ya que el principio de solidaridad y el respeto a los derechos fundamentales de los demás, exige que se actúe con ímpetu en contra de cualquier actuación lesiva de los particulares entre sí, en el ejercicio de sus derechos. Ello es recomendable porque el silencio de la legislación podría generar criterios encontrados, y tornar inoperante la anhelada justicia en la contratación de mutuos dinerarios que se pretende alcanzar con la Ley Contra la Usura.

nulidad la disposición a favor de un incapaz aunque se disfrace mediante contrato oneroso o se realice con interposición de persona¹⁶².

Dichos artículos implícitamente hacen referencia a dos de las formas de simulación relativa comentadas en el acápite 4.2. del capítulo II de este trabajo, y concretamente a las formas de simulación atinentes a la naturaleza del contrato o a las personas del contrato, este último con amplio desarrollo doctrinario bajo el tema “interposición de personas”¹⁶³. Pero no podría sostenerse a partir de los referidos artículos que exista una aceptación, por lo menos tácita de la institución en estudio; por el contrario, el que de manera excepcional haya preferido el legislador negar eficacia a casos como los comentados mediante el institución de la nulidad, indica la indiferencia manifiesta en torno a la figura de la simulación.

Al analizar el tratamiento que el Código Civil chileno realiza de la simulación, se puede corroborar que existe una situación similar a la observada en el derecho civil salvadoreño, en cuanto a la ausencia de una adecuada regulación de la misma en el referido Código¹⁶⁴. A pesar de ello, en dicha nación se

¹⁶² En los artículos citados regula el legislador supuestos de hecho que en legislación y doctrina comparada son tratados como típicos casos de simulación relativa por interposición de persona o simulación de la naturaleza del acto, pero con las consecuencias jurídicas previstas para tales casos es viable afirmar que el legislador salvadoreño optó por aplicar la institución de la nulidad a los referidos casos de simulación relativa.

¹⁶³ DÍEZ DUARTE, Raul, Ob. Cit., pp. 105-110. Expresa este autor que la simulación relativa se refiere a personas, cuando la persona que figura como parte en el vínculo aparente que se genera, es distinta de la persona que en verdad es parte de acuerdo con la voluntad real de los otorgantes. Esta parte ficticia es comúnmente conocida como testafierro o prestanombre, e interviene en el acto jurídico por encargo y en provecho de otro, aparentando obrar por cuenta propia. Agrega este autor que la interposición de persona puede ser lícita o ilícita, y esta última concurre cuando tenga por objeto burlar una incapacidad, o bien, si tiene por objeto defraudar intereses legítimos de terceros.

¹⁶⁴ FUEYO LANERI, Fernando, “Proyecto de Código Único de las Obligaciones y de los Contratos Para los Países de Origen Latino”, en AA. VV., *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXVII, Número 3, septiembre-diciembre, Editorial Jurídica de Chile, 1980, p. 71. El Código Civil chileno es ajeno a la sistematización de la institución o a su tratamiento en términos explícitos. Ni siquiera emplea la voz simulación o el verbo simular ni otra que por sí misma fuera su equivalente. Pero ello no impide que la institución se estime consagrada en el código. Luego señala que especialmente se desprende su admisión, a partir de lo previsto en el Art. 1707 de dicho código que literalmente reza: “Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros. Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero”. Otro enunciado normativo que aporta dicho profesional es lo previsto en el Art. 1545 de dicho código que establece que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Luego concluye que a partir de dichas normas puede afirmarse que es lícita la simulación, ya que por un lado reconoce pleno valor a las escrituras privadas hechas para alterar una pública, y por otro lado, al amparo del segundo artículo citado las partes cuentan con la facultad de invalidar un contrato. Pero deja claro el autor que será ilícita la simulación cuando genere perjuicios a terceros. VÉASE en el mismo sentido a los juristas ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y

identifican plenamente posturas totalmente favorables a la adopción de la simulación, al grado que dicha institución ha encontrado desarrollo en la jurisprudencia y en la doctrina chilena, a partir de la figura de la contraescritura, prevista en el Art. 1707 del Código Civil chileno, pero aun con dicha línea de pensamiento no es suficiente para afirmarse que la legislación chilena sea de las que han estipulado la simulación como institución autónoma y con contenido y efectos propios.

Por el contrario, los criterios en favor de la simulación encuentran resistencias justificadas, siendo los principales argumentos en contra, el aparente desconcierto que sufren sus defensores al pretender dar cabida a la simulación al amparo de la contraescritura, pues con ello no hacen más que confundir la simulación en sí misma con la prueba de la simulación, ya que, la contraescritura, cuando existe, únicamente sirve de mecanismo para acreditar la existencia del contrato real y de que un determinado instrumento al cual la contraescritura se refiere, contiene un contrato ficticio¹⁶⁵.

El contenido del Art. 1707 del Código Civil chileno, es prácticamente similar al del Art. 1578 CC¹⁶⁶, por lo que los comentarios expuestos también operan respecto al artículo en referencia, y constituyen un soporte a partir del cual analizar la situación de la simulación en lo que al Código Civil salvadoreño respecta. En todo caso resulta indispensable comenzar por considerar, que se entiende por contraescritura, todo acto o estipulación que tiene por objeto modificar una convención acordada entre

VODANOVIC, Antonio, Ob. Cit., p. 361, quienes comparten el principal fundamento a que se ha referido el autor en cita.

¹⁶⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos Simulados y Fraudulentos*, Tomo I, 1ª Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2001, pp. 302-303. En relación con el tema en comento de manera reiterativa expone este autor que el contradocumento tiene por cometido instrumentar el acuerdo simulatorio, y también frente a una simulación relativa, el negocio disimulado. Pero nunca puede identificarse con uno o con otro, sino que debe repararse en la tajante distinción entre acto y documento. Afirma además que los tribunales argentinos han declarado que los contradocumentos están destinados en general a comprobar la simulación, a modificar el acto ostensible y restablecer, por consiguiente, la realidad de las cosas. En armonía con lo planteado VÉASE a DIEZ DUARTE, Raúl, Ob. Cit., p.71, quien al referirse a los efectos de la carencia de contraescritura afirma que ésta sólo es la forma escrita de probar la simulación. También VÉASE al letrado FERRARA, Francisco, Ob. Cit., p. 369, quien señala que la contradecларación es una mera declaración que sirve tan sólo para hacer constar la simulación existente desde un principio, en consecuencia nada añade ni quita al contrato, no hace sino remover su apariencia, restituyéndole su genuina fisonomía, según estuvo en el ánimo de los contratantes.

¹⁶⁶ Dicho artículo literalmente se lee: “Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto alguno contra terceros. Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del testimonio en cuya virtud ha obrado el tercero. Si no fuere posible obtener el testimonio, deberá darse aviso al público, en el periódico oficial del Gobierno, del contenido de la contraescritura”, de donde resulta que es prácticamente coincidente con el Art. 1707 del Código chileno, con pequeñas diferencias que en nada afecta la esencia de la institución que regulan.

las mismas partes, todo documento redactado contrariando el contenido de otro documento, o una estipulación designada a permanecer secreta entre las partes y que contradice las estipulaciones de una convención ostensible anterior¹⁶⁷.

De los significados que se asignan a la palabra contraescritura resulta que un documento constituye contraescritura cuando en él concurren por lo menos dos requisitos: 1. Que la elaboración del documento tenga por objeto verificar la simulación total o parcial de un acto ostensible y 2. Que no exprese una nueva convención. A partir del primer requisito es indispensable la preexistencia de un acto simulado u oculto, plasmado en un documento que es al que tienen acceso los terceros, y que el segundo documento contradiga a ese primer documento, y en consecuencia devede el acto real que está oculto en el primer instrumento. El segundo requisito implica que tanto el instrumento que contiene el negocio simulado como el contradocumento constituyen un sólo acto, aunque redactado en dos documentos; el primero que contiene la declaración ficticia y otro que contiene la declaración real, el cual constituye la contraescritura.

Contrario a lo que se afirma respecto del derecho chileno, en El Salvador no existe tratamiento ni jurisprudencial ni doctrinal en torno a la figura de la simulación, y en raros casos se ha intentado controvertir la validez de un acto o negocio jurídico con apoyo en la misma. Obviamente por no contar con una acción de simulación con efectos propios, la protección jurisdiccional que legalmente se tendría que reclamar ante un acto simulado que origine perjuicios a terceros, se materializaría mediante una

¹⁶⁷ CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil y Comparado*, Vol. VI, de las obligaciones, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1979, pp. 687-688. Aclara el autor que no toda escritura posterior que se refiera a una escritura anterior o a la misma materia de un acto realizado entre las mismas partes será considerada contraescritura, pues para ello es necesario por un lado que la nueva escritura tenga por objeto manifestar la simulación total o parcial de un acto o convención ostensible y además que no exprese una nueva convención. VÉASE además a los autores ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC, Antonio, Ob. Cit., pp. 467 y 468, quienes coinciden sustancialmente con el jurista CLARO SOLAR en cuando a la definición del término contraescritura, pero en lo que respecta a los requisitos agregan “la clandestinidad” del instrumento como característica propia, refiriéndose dicha característica al hecho de que las partes pueden no exhibir a terceros la contraescritura, aun cuando se trate de un instrumento público. Luego plantean que lo característico de la contraescritura es que ésta tenga por objeto acreditar un negocio simulado preexistente y que haya unidad de acto. Por ello señalan que no constituye contraescritura cuando hay dos documentos que dan cuenta de actos independientes, aunque uno modifique al otro. Es decir, no se trata de una nueva convención que viene a modificar o anular una convención anterior perfecta. VÉASE además a los autores DÍEZ DUARTE Raúl, Ob. Cit., pp. 63-64 y PAILLAS PEÑA, Enrique, *La Simulación Doctrina y Jurisprudencia*, 2ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1998, p. 40.

acción de nulidad del referido acto, pero no se ha encontrado ningún caso concreto en que algún tribunal haya dado cabida a la figura de la simulación y que a consecuencia de acreditarse el acto simulado se haya negado efectos al mismo.

Asimismo la experiencia chilena respecto al empleo de la contraescritura como figura a partir de la cual se ha desarrollado la simulación, es totalmente distinta a la realidad salvadoreña, pues únicamente se ha identificado un caso en el cual, con apoyo en el Art. 1578 CC, se planteó la posibilidad de oponer una contraescritura con el propósito de anular una compraventa que según el reclamante presentaba simulación en cuanto al precio¹⁶⁸, pero el análisis jurisdiccional realizado en dicho caso no contiene mayores aportes para sostener o en su caso desechar la posibilidad de estimar incluida la simulación en dicha norma legal, pues fue resuelto empleando argumentos totalmente distintos de los introducidos a debate, por lo que puede afirmarse que resulta estéril o insuficiente el referido artículo para estimar incorporada al Código Civil salvadoreño la figura de la simulación¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Lo anterior se puede corroborar en sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil que en torno al asunto en cuestión expuso: "(...) Es premisa fundamental para aplicar el Art. 1578 C., que las contraescrituras, tanto privadas como públicas, hayan sido otorgadas por "los contratantes", es decir por todas las partes que participaron en la primera escritura (...)". Luego agrega: "(...) En el caso de autos, según consta claramente en el testimonio agregado a fs. 28 y 29 p.p., la contraescritura pública a que se ha referido el recurrente y el Ad quem, otorgada ante el Notario Oscar Plana Boter, en esta ciudad, a las dieciséis horas y treinta minutos del trece de enero de dos mil seis, ha sido otorgada únicamente por los dos compradores FAUSTO ARTURO VERGARA SUÁREZ y RAFAEL ANTONIO AGUILAR SANTOS, sin que haya comparecido ninguna otra persona; de tal suerte que la referida segunda escritura realmente no es contraescritura, puesto que no fue otorgada por las mismas dos partes contratantes de la compraventa, comprador y vendedor, y por ende no produce ningún efecto legal respecto de la primera escritura, cuya nulidad se ha solicitado en la demanda. La segunda escritura surte efectos únicamente entre las personas que la suscribieron, que son los dos compradores, sin afectar en ningún momento, lo pactado en la primera escritura pública o sea la de compraventa, la cual continúa perfectamente válida (...) SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva con Ref. 199-CAC-2010, de fecha 18 de marzo de 2011. Con el argumento planteado, obvió dicha sala el análisis a fondo del Art. 1578 CC, y al revisar en su conjunto la sentencia citada se advierte que el abogado postulante reclama una aplicación del artículo citado en similares términos en que ha sido aplicado en la jurisprudencia y doctrina chilena, por lo que dicho caso podría haber sido paradigmático a efecto de crear un precedente jurisprudencial valioso para dotar de contenido al artículo en referencia. Desde luego es atinada la resolución si en efecto concurrieron las circunstancias señaladas por la Sala, es decir, si en efecto las partes que suscribieron la supuesta contraescritura no eran las mismas que las suscriptoras de la escritura que contenía el precio simulado, en efecto no se estaba en presencia de una contraescritura. En todo caso, con dicho precedente queda evidenciada la utilidad probatoria que en algún momento podría contener el contradocumento, pero obviamente queda evidenciada la falencia legislativa en lo que respecta a la regulación de la figura de la simulación, pues el abogado postulante intentó adecuar su caso a un problema de nulidad por ausencia de precio, por no existir una adecuada configuración de dicha institución.

¹⁶⁹ FUEYO LANERI, Fernando, Ob. Cit., p. 539. Bajo el acápite advertencia, menciona el autor en cita que el tratamiento de la simulación en lo civil se refiere sólo a doctrina y jurisprudencia; pues no se encuentra considerado el tema en el Código Civil que ni siquiera emplea la voz simulación en oportunidad alguna. Luego aclara que con motivo de la inoponibilidad de las contraescrituras frente a terceros, normado en el Art. 1707 del Código Civil chileno, se pueden plantear en la práctica casos de simulación, y así lo han resuelto los tribunales,

3.1. EL PACTO DE RETROVENTA COMO FORMA CONCRETA DE SIMULACIÓN CONTRACTUAL

Una de las formas de contratación que en la práctica se suele identificar como negocio simulado es el pacto de retroventa, ya que en ocasiones las personas dedicadas a préstamos de dinero han utilizado dicha figura, en vez de elaborar el respectivo contrato de mutuo ya sea simple o con garantía, y se han garantizado con ello el cobro de intereses desproporcionados. Desde luego debe partirse por anunciar la licitud de dicho pacto, aun cuando en la práctica se haya desnaturalizado materializándose como una simulación relativa por la naturaleza del contrato, porque material y documentalmente se presenta como realizada una compraventa con pacto de retroventa, pero en la realidad tal contrato y pacto no existen, sino que lo que realmente hay es un préstamo con intereses¹⁷⁰.

La situación de hecho antes formulada no tiene justificación alguna con lo que desde el punto de vista propiamente jurídico significan los efectos y el alcance del pacto de retroventa, ya que dicho pacto constituye una modalidad contractual con plena validez jurídica, y lejos de estar pensado para perjudicar al vendedor, tiene la virtud de facilitar que éste no se desprenda de una vez por todas de un bien de su propiedad, posibilitándole la opción de disponer momentáneamente de un dinero en efectivo, pero con reserva de la facultad de recobrar la propiedad dentro del plazo para el cual se acuerde la facultad de reclamar el cumplimiento del pacto. En otras palabras la retroventa origina la posibilidad de ejercitar por parte del vendedor, una facultad que prácticamente le permite poner fin unilateralmente al

pero una disposición relativa a la prueba instrumental y su mérito o efectos, no puede considerarse consagratoria de la mencionada figura jurídica, por lo que concluye que se vive un atraso legislativo en esta materia, y tal retraso debe admitirse con miras a la superación correspondiente.

¹⁷⁰ SUÁREZ MARTÍNEZ, Hellmut Ernesto, Ob. Cit. p. 288. Afirma este autor que “la simulación relativa por la naturaleza del contrato se lleva a cabo “cuando se oculta un contrato determinado bajo la forma jurídica de otro de naturaleza diferente”. Como ejemplo usual de ese tipo de simulación menciona, “la que se emplea para disfrazar un mutuo bajo un contrato de venta con pacto de retroventa, y al que se añade uno de arrendamiento”. Agrega que “esta clase de contratación simulada es la utilizada comúnmente por los prestamistas laicos y por los eclesiásticos, que no queriendo aparecer como usureros debido a la posición que ocupan en la sociedad o clase social a que pertenecen, o también con el objeto de crearse una garantía libre de las trabas que implican los procedimientos judiciales, se han ideado la forma de hacerse fácilmente a los bienes de sus deudores dentro de un relativo sigilo”. VÉASE en coincidencia a DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, *El pacto de retroventa. Sus relaciones con el negocio fiduciario y con el negocio simulado (Estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado)*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 644, Enero -Febrero 1998, pp. 57-116, disponible en Id. vLex: VLEX-325501 <http://vlex.com/vid/325501>, consultado el dieciséis de noviembre de dos mil doce, quien al referirse a la retroventa expone que en muchos supuestos en que se documenta una retroventa ésta en realidad es inexistente, sino que se trata de un supuesto de simulación relativa porque en el exterior se aprecia, o un negocio fiduciario, o una compraventa con pacto de retro, mientras que en el interior lo que realmente hay es una «venta en garantía» o un préstamo.

contrato de venta. Por ello, la doctrina generalizada ha aceptado que en el pacto de retroventa no hay dos ventas diversas, sino que se trata de un solo contrato que se celebra, pero que contiene una condición resolutoria meramente potestativa¹⁷¹.

La validez jurídica del pacto de retroventa tiene por principal sostén el principio de la autonomía de la voluntad, y desde luego reforzado por el reconocimiento expreso de dicho pacto realizado en la legislación vigente, en la cual, a partir del Art. 1679 CC, se ha formulado la respectiva definición del pacto en referencia, sus efectos y las condiciones para su ejercicio, por lo que aun cuando con el referido pacto se favorece especialmente al vendedor, si en condiciones de absoluta libertad e igualdad se opta por su estipulación, no habría razón para negarle eficacia, aun con lo extraño que resulte el mismo¹⁷², por parecer a priori inútil e inconveniente para el comprador, quien dispone de un dinero para adquirir un bien del que a futuro podría ser privado por la particular voluntad del vendedor.

Lo anterior ha originado que la retroventa soporte fuertes críticas e incluso algunas legislaciones han optado por su prohibición¹⁷³. La principal crítica consiste en el hecho de afirmar que el pacto de

¹⁷¹ LEAL DÁVILA, Luis Orlando, *Tres Estudios Sobre la Simulación*, 1ª Edición, Editorial Temis S. A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1993, pp. 69-70. Menciona este autor que el pacto de retroventa, es un retracto convencional, ya que el vendedor se reserva el derecho de resolver el contrato de venta y consecuentemente de readquirir la cosa vendida, devolviendo al comprador el precio recibido de este o la suma estipulada expresamente al efecto. Agrega el autor una vez readquirido el bien, el contrato de venta queda resuelto retroactivamente desde la fecha de su celebración, en forma tal que se supone que el vendedor ha tenido siempre la propiedad sobre la cosa, y que el comprador no ha sido en ningún momento propietario de ella, por lo que el referido pacto constituye una facultad de readquisición del bien vendido prevista en favor del vendedor. VÉASE coincidiendo con él a los autores GHERSI, Carlos Alberto, *Contratos, Problemática Moderna*, 1ª Edición, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 1996, p.109 y ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA, *Curso de Derecho Civil*, Ob. Cit., p. 414.

¹⁷² GOMÁ SALCEDO, José Enrique, *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*, Tomo II, 1ª Edición, Editorial Bosch, S. A., Barcelona, España, 2005, pp. 633-634. Al referirse al pacto de retroventa, indica este autor que se presenta en principio esta modalidad contractual como una compraventa normal a la que se ha añadido un pacto especial, por el que se estipula que el vendedor puede recuperar la cosa vendida, devolviendo el precio que ha recibido. Luego agrega que desde el primer momento se advierte que hay en este pacto algo extraño, pues de manera concreta no queda claro que es lo que pretende el que compra de esa forma. Luego menciona que evidentemente el vendedor necesita dinero y lo consigue con la venta, pero el que lo invierte, el comprador, solamente recibe a cambio una propiedad claudicante e insegura, de interés dudoso. Más extraño resulta si se toma en cuenta que no es típico de la compraventa que se exijan intereses del precio, y además que puede pactarse que el vendedor siga poseyendo la cosa hasta que la situación se resuelva definitivamente en uno u otro sentido.

¹⁷³ ALFONSO VELÁSQUEZ, Olga Lucía, “El Pacto de Retroventa en Iberoamérica”, en AA.VV., *Estudios de Derecho de Obligaciones: Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, coordinado por Eugenio Llamas Pombo, Tomo I, 1ª Edición, La Ley, Wolters Kluwer España, S.A., Getafe, Madrid, España, 2006, pp. 1, 8-12, menciona que dicho pacto, en no pocos países ha sido prohibido o abolido, y la orientación restrictiva se refleja incluso, de

retroventa desnaturaliza tanto el derecho de obligaciones como la esencia de los contratos, pues las obligaciones se contraen para cumplirse y no para dejarse de cumplir, mucho menos por voluntad de uno de los contratantes, y peor aun tratándose de un contrato bilateral, oneroso y conmutativo, lo cual constituye un atentado en contra del considerado instrumento más importante de circulación de la riqueza, y forma de adquirir la propiedad de un bien, como es la compraventa¹⁷⁴.

Por ello dicha institución es considerada como difícilmente comprensible o desdibujada, y su utilidad solamente se aclara cuando se concluye reconociendo que en la realidad el pacto de retroventa se aplica con una finalidad y efectos distintos de los que por naturaleza se predicen del mismo. En otras palabras, según la configuración legal del pacto de retroventa y la naturaleza del mismo, las partes cuentan con la posibilidad real de estipular una verdadera compraventa que contenga dicho pacto; es decir, un contrato que sea acorde con la voluntad de comprar y vender respectivamente y el derecho a recuperar la cosa por el vendedor durante un plazo.

Pero eso no es lo que ocurre en todos los casos en que se documenta dicho pacto, pues como ya se ha mencionado hay ocasiones en que se emplea para asegurar un crédito que tiene un comprador contra el vendedor, por lo que debe afirmarse que en la realidad dicha modalidad contractual se presta para ser aplicado con una finalidad totalmente opuesta a la que justifica su existencia, con lo que se revierte lo beneficioso que dicho pacto es para el vendedor según la manera en que legalmente ha sido configurado¹⁷⁵.

alguna manera, en una parte de los ordenamientos que lo permiten. Entre los países que prohíben o no regulan el pacto de retroventa: Cuba, Guatemala, Honduras, México, Panamá y Paraguay, exponiendo algunas de las razones por las cuales ha sido desterrada dicha institución de las legislaciones de dichos países, razones que sustancialmente se concentran en la finalidad de evitar abuso en el ejercicio de los derechos, y especialmente que se generen lesiones a una de las partes del contrato, por la aplicación genérica de dicha institución disimulando la existencia de contratos de mutuos con intereses usurarios, o simplemente con el objetivo favorable al prestamista de evitarse los trámites judiciales para la persecución del deudor insolvente, con lo que se ha dado lugar a verdaderos despojos.

¹⁷⁴ SORIANO BEL, José Miguel, *Fiscalidad Inmobiliaria*, 1ª Edición, Edición Fiscal CISS, Valencia, España, 2007, P. 459. En relación con lo planteado, afirma el autor en cita que al transmitir el inmueble con pacto de retroventa, el vendedor no transmite la totalidad de las facultades o derechos dominicales al comprador, pues éste puede quedar desprovisto de su derecho de propiedad si el vendedor ejercita el retracto en el plazo pactado o en el legal, por lo que estima el autor que la adquisición de un inmueble con pacto de retroventa no tiene en sí misma una razón económica convincente, pues depende de la sola voluntad del vendedor y no del cumplimiento de una obligación a cargo de las partes.

¹⁷⁵ GOMEZ ESTRADA, César, *De los Principales Contratos Civiles*, 3ª Edición, Editorial Temis, S. A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996, pp. 117-118. Vinculado con la realidad expuesta, y bajo el acápite Función Práctica

Lo anterior se afirma porque el hecho de celebrar una compraventa con pacto de retroventa en lugar de un contrato de mutuo con garantía prendaria o hipotecaria sobre la cosa objeto de la compraventa, coloca al acreedor en una posición inmejorable, especialmente si se toma en consideración que, por regla general, en el precio fijado para la venta se habrá incluido el monto total de intereses a pagar por el vendedor, -que en realidad es mutuario-, en caso de que haga uso del derecho de retracto que le nace del pacto. Por otro lado, si el vendedor no hace uso del retracto en el plazo estipulado, el comprador que en realidad es un acreedor mutuante, adquiere de manera definitiva calidad de propietario, sin necesidad de ejercitar acción alguna ante el incumplimiento del deudor, eliminando con ello las posibilidades de defensa del deudor¹⁷⁶.

del Pacto de Retroventa, sostiene este autor que la venta con pacto de retroventa es muy utilizada en la práctica como medio para garantizar el cumplimiento de obligaciones de dinero, y evidentemente su empleo en tal sentido es muy ventajoso para el acreedor y correlativamente perjudicial para el deudor. Aclara que dicho pacto es ventajoso para el acreedor, porque este queda cubierto de todo riesgo, sin que ni siquiera en caso de incumplimiento del deudor, se vea en la necesidad de acudir a la justicia para obtener la satisfacción de su derecho. En similares términos VÉASE al autor GOMÁ SALCEDO, José Enrique, Ob. Cit., p. 435, quien si bien se pronuncia positivamente respecto de la posibilidad de que exista una verdadera venta con pacto de retroventa, contundentemente señala que lo cierto es que la más de las veces, lo que se busca con este negocio es asegurar el pago de un crédito que tiene el comprador con el vendedor. VÉASE también los juristas ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA, *Curso de Derecho Civil*, Ob. Cit., pp. 414-415 quienes llaman a dicho pacto “fuente de crédito”. Vinculado con ello VÉASE además al jurista MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos Simulados y Fraudulentos*, Ob. Cit., p. 95-96, quien menciona que por lo normal el pacto obedece a la necesidad que tiene el vendedor de despojarse de la propiedad de la cosa por momentánea necesidad de dinero, pero garantizándose el rescate para la eventualidad de que en un futuro cuente con los medios pecuniarios necesarios para recuperar la cosa; lo que, según dicho autor, configura un contrato indirecto, ya que el resultado práctico que se busca, la finalidad económica, no se obtiene inmediatamente, pues para la obtención del resultado querido se ha elegido una vía transversal u oblicua, en lugar de la que es natural, produciéndose una disonancia entre el medio empleado y el fin práctico perseguido. Luego aclara que la venta con pacto de retroventa puede encerrar además una simulación relativa, referida a la naturaleza jurídica del negocio, tal cual ocurre cuando se disimula un mutuo usurario mediante la venta con pacto de retroventa, en cuyo caso el acuerdo simulatorio deja en claro que el vendedor es un prestatario, el comprador un prestamista, y el precio convenido para el ejercicio del retracto lo constituye el capital prestado más los intereses excesivos.

¹⁷⁶ GOMEZ ESTRADA, César, Ob. Cit., p. 118. Sostiene el jurista en comentario que el pacto de retroventa, utilizado con fines de garantía, es obviamente perjudicial para el deudor, pues fortalece los poderes del acreedor, y disminuye, por no decir que elimina las posibilidades defensivas del deudor. Además dicho pacto es medio cómodo y propicio para ocultar estipulaciones sobre intereses usurarios, lo que se logra con sólo incluir el monto de ellos dentro del precio que el vendedor deba restituir para poder conseguir la recuperación del bien vendido. Agrega además este autor que en caso de acreditarse la existencia de intereses usurarios escondidos bajo el pacto de retroventa, hay que darle plena aplicación a las normas destinadas a reprimirlos, pero desde luego advierte las dificultades probatorias que supone la demostración de ese tipo de intereses ocultos dentro del pacto. En lo que respecta a las anunciadas dificultades probatorias VÉASE lo que expone el letrado SUÁREZ MARTÍNEZ, Hellmut Ernesto, Ob. Cit., p. 397, quien al analizarse en general el tema de la prueba de la simulación, plasma que atendida la circunstancia de ser la prueba indirecta de indicios la que se ofrece con mayor facilidad en el establecimiento de la simulación, la doctrina con apoyo en los antecedentes o prácticas de que se valen los simulantes, tradicionalmente ha afirmado como indicios reveladores de tal fenómeno el parentesco, la amistad íntima, la falta de capacidad económica del adquirente, la retención de la posesión del bien por parte del enajenante, el comportamiento de las partes al efectuar el negocio, el comportamiento de las partes en el litigio, el

De lo expuesto se puede concluir que no toda venta con pacto de retroventa será constitutiva de simulación, pues para que ello ocurra se requiere que ambos contratantes tengan claridad respecto de la existencia de dos contratos, el oculto y el verdadero, puesto que la simulación requiere concierto entre las partes, esto es, que de manera conjunta creen el acto aparente. Asimismo se puede afirmar que aunque la compraventa con pacto de retroventa conlleve simulación, no por ello carecerá de efectos jurídicos, pues tal situación ocurrirá cuando a consecuencia de la simulación se lesionen derechos de alguna de las partes del contrato o de un tercero¹⁷⁷.

Los aportes doctrinarios relacionados sirven de soporte para sostener que, con la aprobación de la Ley Contra la Usura, se cuenta con respaldo normativo para afirmar, aunque sea de manera excepcional, la existencia en el derecho salvadoreño de simulación relativa por la naturaleza del contrato, en la compraventa con pacto de retroventa; ya que el Art. 4 de dicha ley ha normado una presunción legal a partir de la cual dichos contratos se estiman como préstamos encubiertos, que es lo que la doctrina tanto clásica como moderna ha estimado como prototipo de esa forma de simulación relativa. Las circunstancias que según dicho artículo deben tomarse en consideración para presumir la existencia de crédito encubierto se reducen a: 1. Que el comprador no haya entrado en posesión del inmueble vendido, 2. Que el vendedor pague intereses al comprador por el precio de la venta y 3. Que el precio pactado por el inmueble sea inferior a su valor en el mercado o al último valor de transferencia¹⁷⁸.

precio exiguo, estar el vendedor o verse amenazado de control de obligaciones vencidas, la disposición del todo o buena parte de los bienes, la carencia de necesidad en el vendedor para disponer de sus bienes, la forma de pago, entre otros.

¹⁷⁷ FERRARA, Francisco, Ob. Cit., p. 44. Para este autor la simulación supone un concierto, una inteligencia entre las partes, estas cooperan juntas en la creación del acto aparente, en la producción del fantasma jurídico que constituye el acto simulado. Por lo que concluye que no basta con que uno solo quiera realizar el acto simulado sin considerar la voluntad del otro, pues en tal caso se tendría una reserva mental y no una simulación. Por ello señala JUÁREZ MARTÍNEZ, Hellmut Ernesto, Ob. Cit., p. 393, que la venta con pacto de retracto no puede, por sí sola, reflejar un negocio simulado. Y en esa misma línea de pensamiento VÉASE al autor GÓMEZ ESTRADA, César, Ob. Cit., p. 103, al indicar que no hay simulación en la compraventa con pacto de retroventa, cuando el propietario urgido de dinero hace la oferta de celebrar el contrato oculto de mutuo disfrazándolo de venta con pacto de retroventa, y la otra parte rechaza la propuesta negándose a celebrar como oculto el contrato de mutuo, y aceptando solo celebrar el ostensible de venta con pacto de retroventa, porque en realidad no hay contrato oculto sino un negocio jurídico indirecto.

¹⁷⁸ El pacto de retroventa puede además utilizarse para encubrir ventas a plazo o por cuotas. Para determinar su manera de concretarse bajo esa modalidad valga ejemplarizarse a través del siguiente caso hipotético: A vende a B un inmueble valorado en \$500,000. B cuenta con \$300,000 que le ofrece como prima y le solicita el plazo de un año para cancelar los \$200,000 restantes, propuesta que es aceptada por A (típica venta a plazos). Pero, en vez de elaborar la venta a plazo, por indicaciones de A se elabora en principio la venta pura y simple a favor de B; luego B, -nuevo propietario-, otorga venta con pacto de retroventa a favor de A, estipulando como precio de este segundo acto jurídico los \$200,000 que B estaba adeudando a A en el contrato de compraventa que realmente se

Los presupuestos enunciados constituyen elementos objetivos fácilmente definibles a efecto de acreditar la existencia del crédito encubierto, pero ello no es suficiente para garantizar la justicia contractual que se pretende a la luz de lo establecido en el considerando IV de dicha ley. Lo anterior se afirma especialmente porque la ley no ha previsto la consecuencia jurídica aplicable a los contratos de compraventa con pacto de retroventa para los casos en que se acredite que constituyen un crédito encubierto, deficiencia que puede perfectamente ser explotada por cualquier interesado en volver inoperante dicha regulación, pues al no sancionarse expresamente con nulidad el acto encubierto, podría reclamar exigencia de validez del mismo, y encontrar aceptación de semejantes criterios en jueces amantes del principio de literalidad en la interpretación de la ley, que actuando como seres inanimados, consideren que no es posible decretar la nulidad por no estar expresamente prevista como consecuencia posible, actuando como verdaderos “jueces boca de la ley”¹⁷⁹.

Y es que, al revisar la ley en su conjunto, sólo se han previsto los efectos que acarrearía el contratar o cobrar tasa *superior* a la tasa máxima, amén de sanciones administrativas para los casos en que el infractor sea una entidad supervisada por la Superintendencia del Sistema Financiero o sujeta al

pretendía realizar. Con esa modalidad B estaría siendo despojado momentáneamente del bien por el cual ha realizado una disposición patrimonial de \$300,000, con la esperanza de recomprarlo si paga los \$200,000 del pacto, pues de lo contrario automáticamente perdería los \$300,000 que inicialmente pagó, con lo que se materializaría una evidente injusticia contractual. Obviamente casos como el planteado no estarían comprendidos en los que pretende protegerse con la creación de la Ley Contra la Usura, pues la injusticia contractual no se habría generado a consecuencia del otorgamiento de un crédito, pero los supuestos en que el legislador ha considerado la existencia de crédito encubierto podrían encajar en negocios como el expuesto, y a consecuencia de ello desconocer la existencia de dichos negocios, pues por tratarse de negocios simulados generalmente carecerán de alguno de los elementos esenciales del contrato, ya que en el contrato simulado sería inexistente el precio ficticiamente pagado, o podrían tratarse como actos nulos por objeto o causa ilícita, según el análisis que se realice del mismo, e inclusive aplicar el efecto que en doctrina se observa que es la nulidad por falta de consentimiento, porque el único consentimiento prestado lo fue para el acto simulado y no para el acto verdadero, o nulidad por ausencia de objeto en la contratación. No obstante debe aclararse que tales efectos son desarrollados en la doctrina para casos de simulación absoluta, no así para la relativa en la cual se aboga por reconocer efectos para el contrato oculto cuando existe conflicto entre partes, y reconocer efectos al acto simulado pero expuesto al público en caso de conflicto con terceros de buena fe, pero al no contar con regulación de las referidas figuras, en aras de garantizar justicia en la contratación, bien podrían aplicarse las referidas consecuencias.

¹⁷⁹ MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, vertido al castellano por Siro García del Mazo, Tomo I, Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales, Librería General de Victoriano Suárez, 48, Preciados, 48, Madrid, 1906, p. 237. La frase completa de este autor refleja el absoluto imperio de la ley en el momento histórico en que es redactada, y ha trascendido en el tiempo como un postulado pleno del principio de legalidad. Concretamente menciona el autor en cita que los jueces son la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor.

procedimiento establecido en la Ley de Protección al Consumidor¹⁸⁰, pero existe un total vacío en lo relativo a los efectos que acarreará el constatar la existencia de una compraventa con pacto de retroventa que encubra al crédito usurario.

El vacío comentado constituye un reto especialmente para los encargados de administrar justicia en la materia civil y mercantil, ya que los referidos contratos encubiertos podrían ser resueltos con mayor apego a razones de equidad mediante la heterointegración de normas, aplicando los Arts. 1552 CC, relacionado con los Art. 1332 y 1338 del mismo código, por estar en presencia de contratos que contienen un objeto o causa ilícita, según sea la interpretación que se realice de los elementos del contrato, por infringirse mediante ellos lo previsto en la Ley Contra la Usura, pero para ello se requiere de intérpretes y aplicadores no positivistas.

En otras palabras, mientras no se cuente con una regulación adecuada de las figuras de la simulación y la lesión enorme, constituye un ideal aspirar a que la jurisprudencia nacional se encargue de establecer los casos en que tales figuras pudiesen tener cabida para la solución de los conflictos sometidos al conocimiento de la jurisdicción, y emplearlas para evitar que se materialicen injusticias objetivamente observables en casos como el hipotéticamente comentado.

La amplia gama de posibilidades de argumentación jurídica con que cuenta un juez no positivista a la hora de decidir los casos, le permite llevar acabo tal labor, pero para que dicho ideal se haga realidad, se debe superar el paradigma de la interpretación literal, recurrir a los métodos de integración de normas y de ser necesario, en vez de reducir la búsqueda de la solución justa para el caso concreto a las rendijas de la ley, recurrir a los principios generales del derecho, y si éstos aun no alcanzan para

¹⁸⁰ Lo afirmado se encuentra plasmado en los Arts. 11 y 12 de la Ley Contra la Usura, cuyos acápites respectivamente son “EFECTOS POR CONTRATAR O COBRAR TASA SUPERIOR A LA TASA MÁXIMA” y “SANCIONES ADMINISTRATIVAS”, pero aparte de dichas normas, no existe ninguna otra en dicha ley que establezca consecuencias jurídicas ante la acreditación de compraventas con pactos de retroventa que encubren créditos usurarios. Es más si lo hubieren, seguramente los agiotistas inventarían otras formas de burlar la ley y garantizarse la posibilidad de cobros de intereses usurarios. Por ejemplo, entre otras prácticas que ya se vienen realizando para escapar a todo tipo de control, existen acreedores que conceden los créditos con la condición de que los deudores les entreguen sus respectivas tarjetas de débito, para ellos hacerse del dinero e intereses adeudados en las respectivas fechas de pago, y también aisladamente, existen acreedores que, con la complicidad de notarios públicos, solicitan al deudor la venta pura y simple, con el compromiso únicamente convencional de revenderle el bien una vez recuperan el dinero mutuado y los respectivos intereses. Por todo ello, sería preferente una norma general contentiva de la figura de la lesión que abarcara cualquier supuesto de abusos desproporcionados en el ejercicio de los derechos.

garantizar la justicia del caso, buscar en los principios y valores constitucionales, especialmente los de justicia y equidad¹⁸¹.

Una actuación de tal magnitud, lejos de ser una actitud irresponsable e incluso arbitraria como podría ser calificada por un intérprete positivista, obedecería a un perfil de juez comprometido con la justicia, a la vez que se estaría cumpliendo con el imperativo ético derivado del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial¹⁸², que en el capítulo V, comprendido de los Arts. 35 al 40, bajo el acápite “Justicia y Equidad”, requiere de los jueces que tengan por norte la búsqueda de la justicia por medio del derecho. Tal postulado no se alcanza cuando el ciudadano, apoyado en una norma legal que le faculta a realizar un determinado comportamiento, se vale del órgano jurisdiccional para consumir actos que cualquier observador razonable podría calificar de injustos, y el intérprete ante la claridad de la disposición normativa que protege el derecho subjetivo reclamado, no vacila en conceder la tutela requerida, aun cuando con ello se materialice una injusticia¹⁸³.

¹⁸¹ REZZÓNICO, Juan Carlos, Ob. Cit., p. 361-362. Este autor al referirse a la equidad, comenta que hay ausencia de una elaboración jurisprudencial respecto de la equidad, pero afirma que tomando un perfil de lo equitativo, extraído de su polar inequitativo, llevaría a la conclusión de que no puede haber un proceso de aplicación del derecho que no se resuelva en un pronunciamiento de tipo equitativo, ya que no se concibe un juez probo –y que cumpla acabadamente su función- deliberadamente antiequitativo, y que en consecuencia por aplicación del principio de equidad, la ley puede parecer reformulada. Pero seguidamente expone una importantísima aclaración: Que tal principio no puede considerarse una autorización en blanco para el juez, o un mandato para hacer lo que quiera, sino que antes de recurrir a dicho principio tendría que agotar las otras fuentes de derecho en busca de la solución justa. Obviamente recurrir a la aplicación de principios como la equidad, requiere de un compromiso para el juzgador, e implica retomar la tarea más difícil al momento de administrar justicia, ya que asumir el resultado en la solución de un caso sin el respaldo de una norma concreta, generalmente implica asumir la responsabilidad de lo que se decide. Contrario ocurre con la interpretación literal que implica un alivio en la realización de la tarea de juzgar, pues la responsabilidad de cometer una injusticia en la aplicación de la ley se desplaza en principio hacia el legislador, salvo desde luego casos extremos en que aun con la ley a favor del aplicador puede responder por someterse a una ley injusta.

¹⁸² Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, XIII Cumbre Judicial Iberoamericana, Edición Agosto 2006, Corte Suprema de Justicia de República Dominicana, Impreso en República Dominicana. En la presentación de dicho Código se dejó plasmado que se trata de un instrumento internacional con la suficiente fuerza vinculante para todos aquellos administradores de justicia que se consideran un buen juez.

¹⁸³ Otra deficiencia que se puede identificar con facilidad en la ley que se viene comentando es el hecho de no haber determinado que los efectos de realizar contratos usurarios puedan ser declarados de oficio, sino que se ha previsto el reajuste de intereses usurarios hacia los parámetros de la tasa máxima de interés legalmente fijado, pero a petición de parte, por lo que parecería que si la parte afectada no solicita el reajuste, desde una interpretación literal no cabría la posibilidad de cuestionar la validez de la cláusula aun cuando puede ser evidentemente usuraria, y en consecuencia el aplicador de la ley, ante el silencio de la parte interesada tendría que tolerar la consumación judicial de un acto injusto y contrario a la ley. Desde luego dicha deficiencia podría ser suplida recurriendo a una interpretación sistemática, heterointegradora, finalista y progresista de la norma que prohíbe los intereses usurarios, sustentada en principios y valores y no en el contenido literal de la norma, y a partir de ello, una de las interpretaciones posibles podría arribar a declarar de oficio la nulidad absoluta de la cláusula usuraria, ya que el hecho mismo de realizar un contrato en circunstancias usurarias, aun cuando se

Volviendo concretamente al análisis del tratamiento que debería darse a las compraventas con pacto de retroventa acreditadas como préstamo encubierto, si bien se ha afirmado que podrían ser declaradas nulas aún de oficio, el intérprete deberá cuidarse de no ser sorprendido por el deudor o por el contratante aparentemente afectado, pues podría ocurrir que cualquier contratante ingenioso pretenda reclamar la simulación contractual con el objetivo de tornar ineficaz un contrato que por razones sobrevinientes ya no le interesa que surta efecto, pero que en principio haya sido realizado en condiciones que justificarían la exigencia de efectos para el mismo, por lo que se deberá ser prudente al momento de aplicar la presunción prevista en el Art. 4 de la Ley Contra la Usura¹⁸⁴, en cuya labor las normas sobre valoración de la prueba deben aplicarse con agudeza para evitar que el remedio pueda luego convertirse en un mal emergente.

cuenta con una ley que prohíbe dichas prácticas, constituye un motivo de nulidad absoluta por existir causa ilícita en la estipulación de la cláusula usuraria, según lo previsto en el Art. 1338 Inc. 2° CC, relacionado con el Art. 1553 CC, aun cuando no esté expresamente prevista esa consecuencia en la Ley Contra la Usura.

¹⁸⁴ CONTARINO, Silvia, *Contratos Civiles y Comerciales, Ámbito Contractual y Teoría General*, 1ª Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 324. En relación con el riesgo mencionado afirma dicha autora que “el intérprete tiene que ser muy cuidadoso al evaluar si existe o no lesión; la diferencia entre el precio pactado en el contrato y el precio justo no vicia por sí sola el contrato, ya que las partes pudieron evaluarlo y decidir contratar en determinado valor, pues una misma cosa o un mismo servicio no tienen el mismo valor para todas las personas o porque una de ellas decidió beneficiar a la otra. Además esta tarea interpretativa requiere suma prudencia y ser practicada con criterio objetivo, porque de lo contrario podría prestarse a que el deudor simule inexperiencia, inferioridad, entre otras, para obtener la nulidad o la modificación del contrato”.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES:

Primera: El principio de la autonomía de la voluntad ha sido, es y seguirá siendo, un principio fundamental para el derecho civil, especialmente como soporte de la libertad de contratación. No obstante ello, dicho principio no es absoluto, por el contrario, históricamente se le han fijado límites tanto legales como extralegales, comprendiendo estos últimos los principios generales del derecho como la moral, las buenas costumbres, el orden público y la buena fe entre otros; amén de principios y valores constitucionales, como la justicia, la dignidad y la solidaridad.

Segunda: El nivel de abstracción de los términos moral, orden público y buenas costumbres, ha dificultado su eficaz empleo en el ámbito jurisdiccional para decidir casos en los que se cuestiona la justicia en la contratación. Para cambiar dicha realidad debe tenerse presente, que dichos límites deben emplearse para controlar que los comportamientos de las partes del contrato no sean contrarios a los derechos fundamentales e instituciones básicas para la convivencia social armónica.

Tercera: Es tarea pendiente que el intérprete se encargue de dotar de contenido a los términos moral, buenas costumbres, orden público y buena fe, para que éstos sean operativamente efectivos en el control de los excesos que ocurren en el ejercicio de la libertad de contratación, originando el nacimiento de normas concretas que, a partir de su coherencia con las reglas de derecho -que por cierto abarcan principios y valores constitucionales-, sean generalizadas para todo caso similar que se someta a conocimiento de la jurisdicción.

Cuarta: Amén de la nulidad, de las instituciones que en doctrina se observan como empleadas para ejercer control en los límites a la autonomía de la voluntad, la que mayor grado de efectividad en su cometido refleja es la teoría de la lesión, la cual aplicada en general a todo contrato conmutativo, es capaz de poner en descubierto la falta de equilibrio en las contraprestaciones de las partes, y cómo esas condiciones desproporcionadas se han generado por condiciones personales de la parte más necesitada de celebrar el contrato.

Quinta: No existe en el Código Civil salvadoreño regulación de figuras como la lesión, el abuso del derecho ni de la simulación; ni ha sido posible ubicar criterios jurisprudenciales que proporcionen directrices de aplicación de dichas figuras, pero a través de la interpretación de los límites compuestos por la moral, buenas costumbres y orden público perfectamente podría aplicarse la figura de la nulidad con los mismos alcances de dichas teorías en procura de mayor equidad en la contratación.

Sexta: El pacto de retroventa es un pacto legítimo pero en los casos en que esté encubriendo un crédito, la consecuencia tendría que ser declarar la nulidad al acto simulado, y generarse con ello el efecto restitutorio como mejor manera de garantizar el equilibrio contractual, aun cuando pueda perjudicarse al acreedor quien habrá otorgado en préstamo una determinada cantidad de dinero que no le producirá fruto alguno, pero tal consecuencia se estima justificada por el hecho de no realizar el verdadero acto jurídico.

Séptima: A pesar de la vigencia en El Salvador de la Ley Contra la Usura, del contenido normativo establecido en la misma se observa que dicha ley no constituye una herramienta eficaz para alcanzar la justicia social que se ha plasmado en los considerandos de la misma como motivación de su creación, pero sí es una fuente normativa a tomar en consideración, para potenciar interpretaciones finalistas y principialistas que, intenten controlar con eficacia los actos lesivos que son causados por las conductas usurarias, coadyuvando así a la obtención de la justicia contractual.

RECOMENDACIONES:

Primera: Se recomienda introducir una reforma en el Código Civil que configure, con la mayor amplitud posible instituciones como el la lesión, la simulación y el abuso del derecho, o por lo menos la institución de la lesión como mecanismo de control en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, y que ésta fuera aplicable en general a todos los contratos en que se logre acreditar desequilibrios desmedidos o exageradamente desproporcionados en las respectivas contraprestaciones, y a la vez que se emplee en su configuración los elementos objetivos y subjetivos que la doctrina mayoritaria expone como necesarios para la aplicación de dicha figura.

Segunda: Es recomendable introducir una norma en el Código Civil que de manera genérica potencie que los jueces sean verdaderos guardianes de valores como la justicia y la equidad, facultándoseles a declarar de oficio la existencia de cualquier exceso en los límites a la autonomía de la voluntad al momento de decidir los casos enjuiciados, cuando se advierta vulneración a dichos valores y aplicar la consecuencia jurídica pertinente, que según el actual estado de la legislación vigente sería la nulidad del acto o contrato.

Tercera: Se recomienda a los jueces a cuyo conocimiento se sometan conflictos vinculados con la interpretación y aplicación de las consecuencias derivadas de cláusulas contractuales, actuar con la prudencia, y sutileza necesarias, procurando favorecer la eficacia contractual, pero velando por que en el cumplimiento del contrato impere la justicia conmutativa, para lo cual los términos moral, orden público, buenas costumbres y buena fe, constituyen conceptos válvulas que pueden ser utilizados por el intérprete para procurar la prestación de una justicia verdadera.

Cuarta: Es necesario que se generen líneas jurisprudenciales acordes con el anhelo de justicia contractual, de lo contrario, se seguirán resolviendo los casos de la manera más cómoda; esto es, al amparo de determinadas normas vigentes, aun cuando la decisión no sea la más apegada a razones de justicia y equidad.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ABELIUK MANASEVICH, René, *Las Obligaciones*, Tomo I, 4ª Edición Actualizada, Editorial Nomos S.A., Colombia, 2001.

ALBALADEJO, Manuel, *Compendio de Derecho Civil*, 14ª Edición, EDISOFER S. L., Madrid, España, 2011.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*, Tomo II, Volumen II, 1ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2011.

ALESSANDRI BESA, Arturo, *La nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno*, Tomo I, 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 2008.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA, *Curso de Derecho Civil, Tomo IV, Fuente de Las Obligaciones*, Editorial Nascimento, Santiago, Chile, 1942.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC H, Antonio, *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*, Tomo II, 1ª Edición (de esta editorial, sexta de la obra), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1998.

ALFONSO VELÁSQUEZ, Olga Lucía, “El Pacto de Retroventa en Iberoamérica”, en AA.VV., *Estudios de Derecho de Obligaciones: Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, coordinado por Eugenio Llamas Pombo, Tomo I, 1ª Edición, La Ley, Wolters Kluwer España S.A., Getafe, Madrid, España, 2006.

ARNALDO ALCUBILLA, Enrique, “El Orden de Público y la Seguridad Ciudadana en la Constitución Española de 1978”, en AA. VV. *La Noción de Orden Público en el Constitucionalismo Español*, coordinada por Julián Delgado Aguado, Editorial Dykinson, S.C., Madrid, España, 2011.

BARBERO, Omar, *Introducción al Derecho Privado*, 1ª Edición, Editorial JURIS, Rosario, Argentina, 2004.

BONNECASE, Julien, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Volumen I, Primera Serie, Biblioteca Clásicos del Derecho, Oxford University Press, México, S.A. de C.V., México. D.F., 2002.

CANCELA, Omar J., Ricardo D. RABINOVICH y Raúl J. ROLLAN, *Instituciones de Derecho Privado*, 1ª Edición, editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1988.

CIFUENTES, Santos, *Negocio Jurídico*, 2ª Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2004.

CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil y Comparado*, Vol. VI, de las obligaciones, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1979.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *El Negocio Jurídico*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1992.

CONTARINO, Silvia, *Contratos Civiles y Comerciales, Ámbito Contractual y Teoría General*, 1ª Edición, ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2000.

CORONEL JONES, César, *La simulación de los Actos Jurídicos*, 1ª Edición, Editorial Nomos, Bogotá Colombia, 1989.

CUBIDES CAMACHO, Jorge, *Obligaciones*, 5ª Edición, Pontificia Universidad Javeriana, Fundación Cultural Javeriana, de Artes Gráficas JAVEGRAF, Bogotá D. C., Colombia, 2005.

CUENTA ANTOLÍN, Delia, "La Justicia Contractual y el Principio de Autonomía de la Voluntad" en AA.VV., *Estudios en Homenaje a la Profesora Teresa Puente*, coordinado por Lorenzo Prats Albentosa, Tomo II, 1ª Edición, servicios de Publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia, España, 1996.

DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, *El Orden Público como Límite al Ejercicio de los Derechos y Libertades*, Colección Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España 2002.

DE CASTRO, Federico, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad, la defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor*, Anuario de Derecho Civil, Vol. IV, 1982.

DE LA FUENTE, Horacio H., *Orden Público*, 1ª Edición, editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2003.

DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, "La impugnación de los negocios con simulación en la causa por acreedores y legitimarios de las partes" en AA.VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Organizado por Antonio Cabanillas Sánchez y otros, Tomo I, 1ª Edición, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, España, 2003.

DÍEZ DUARTE, Raúl, *Contrato Simulado*, Nueva Edición actualizada, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago de Chile, Chile, 1995.

DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, volumen I, Introducción, Parte General, Derecho de la Persona, 11ª Edición, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, España, 2003.

DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, volumen I, 2ª Edición, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, España, 2003.

- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, volumen primero, Introducción Teoría del Contrato*, 5ª Edición, Editorial Civitas, Madrid, España, 1996.
- DORAL, José Antonio, y ÁNGEL DEL ARCO, Miguel, *El Negocio Jurídico*, Madrid, 1982.
- ESCUADERO ALDAY, Rafael, *Positivismo y Moral Interna del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2000.
- ESPINOZA EZPINOZA, Juan, *Los Principios Contenidos en el Código Civil Peruano de 1984*, 2ª Edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2005.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *La Obediencia al Derecho*, Civitas, Madrid, España, 1987.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Abuso del Derecho*, 1ª Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1992.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El Derecho Como Libertad*, preliminares para una filosofía del derecho, 1ª Edición, Studium, Lima, Perú, 1987.
- FERRARA, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*, Traducción de Rafael Atard y Juan A, de la Puente, Reimpresión de 5ª Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1960.
- FUEYO LANERI, Fernando, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1990.
- GARCIA URBANO, José María, *Instituciones de Derecho Privado, Tomo I*, 1ª Edición 1994, 2ª reimpresión, 1997, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1997.
- GARIBOTTO, Juan Carlos, *Teoría General del Acto Jurídico*, 1ª Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1991.
- GETE-ALONSO, María del Carmen, "Eficacia del contrato", en AA. VV. *Manual de Derecho Civil II*, 3ª Edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid, España, 2000.
- GHERSI, Carlos Alberto, *Contratos Cíviles y Comerciales, Parte General y Especial Tomo I*, 5ª Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2002.
- GHERSI, Carlos Alberto, *Contratos, Problemática Moderna*, 1ª Edición, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 1996.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, La Teoría Trialística del Mundo Jurídico y sus Horizontes, 7ª Edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, Argentina, 2005.
- GOMÁ SALCEDO, José Enrique, *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral, Tomo II*, 1ª Edición, Editorial Bosch, S. A., Barcelona, España, 2005.

GÓMEZ ESTRADA, César, *De los Principales Contratos Civiles*, 3ª Edición, Editorial Temis S. A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996.

HERNÁNDEZ MORLES, Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 9ª Edición, Publicaciones UCAB, Editorial Texto C. A., Caracas, Venezuela, 2007.

HERNANY Veytia, “el capítulo uno de los principios del unidroit: Disposiciones Generales”, en AA. VV. *Contratación Internacional, comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT*, 1ª Edición Universidad Autónoma de México, Universidad Panamericana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad Universitaria México D.F., 1998.

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, *La Usura: Evolución Histórica y Patología de los Intereses*, 1ª Edición, Editorial Dykinson, S. L., Madrid, 2010.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil I, Parte General*, volumen tercero, 3ª Edición, Dykinson, Madrid, España, 2005.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*, 4ª Edición, Editorial Dykinson, Madrid España, 2004.

LARRAÍN RÍOS, Hernán, *Lecciones de Derecho Civil*, 1ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Chile 1994.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, Tomo I, Parte General y Derecho de la Persona, Editorial Trivium, S. A. 4ª Edición, Getafe, Madrid, España, 1995.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Propiedad y Derechos Reales de Goce*, Tomo IV, 8ª Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2008.

LEAL DÁVILA, Luis Orlando, *Tres Estudios Sobre la Simulación*, 1ª Edición, Editorial Temis S. A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1993.

LEÓN HURTADO, Avelino, *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*, 4ª Edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991.

LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando, *Derechos Fundamentales y Libertad Negocial*, 1ª Edición, Centro de Publicaciones Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.

LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos y Procesales*, 1ª Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1998.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, Introducción, 1ª Edición, Editorial Porrúa, S. A., Avenida República de Argentina, México, 1987.

MARTÍN JIMÉNEZ, Carlos José y Juan José MARTÍN JIMÉNEZ, *Teoría y Práctica del Ejercicio de las Acciones Civiles. Comentarios y Formularios*, 1ª Edición, Grafolex S. L. U., Valladolid, España, 2010.

MASTROFINI, Marco, *Tratado de la Usura*, Traducido por De Iburgüengoitia, Mariano José, imprenta de Pablo Riera, Barcelona, España, 1859.

MOISSET DE ESPANES, Luis, *La Lesión en los Actos Jurídicos*, 1ª Edición, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones Córdoba, Argentina, 1979.

MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, vertido al castellano por Siro García del Mazo, Tomo I, Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales, Librería General de Victoriano Suárez, 48, Preciados, 48, Madrid, 1906.

MORENO QUESADA, Bernardo y otros, *Curso de Derecho Civil II, Derecho de las Obligaciones, Contratos y Responsabilidad por Hechos Ilícitos*, coordinado por Francisco Javier Sánchez Calero, 5ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2008.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos Simulados y Fraudulentos*, Tomo I, 1ª Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2001.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Interpretación Económica de los Contratos*, 1ª Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 1994.

MR. MALLER, *De la Influencia de las Costumbres Sobre las Leyes y de las que Ejercen las Leyes Sobre las Costumbres*, Obra escrita en lengua francesa traducida al castellano por D. J. M. C. C. de la C. de G., Librería de D.J.A. Sellas Oliva, calle de La Platería, Barcelona, España, 1839.

ORTIZ-URQUIDI, Raúl, *Derecho Civil, Parte General*, 3ª Edición, Editorial Porrúa, S. A., Avenida República de Argentina, México D. F., 1986.

OSPINA FERNÁNDEZ Guillermo y Eduardo OSPINA ACOSTA, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, 6ª Edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 2000.

PAILLAS PEÑA, Enrique, *La Simulación Doctrina y Jurisprudencia*, 2ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1998.

PALACIOS BAÑUELOS, Luis, *Seis Escenarios de la Historia*, 1ª Edición, Dykinson S. L., Madrid, España, 2007.

PASTOR VITA, Francisco Javier, "La Relación Jurídica y el Derecho Subjetivo" en AA.VV., *Conceptos Básicos de Derecho Civil*, 1ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, 2009.

PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, 6ª Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 1999.

PEÑA NOSSA, Lissandro, *De Los Contratos Mercantiles Nacionales e Internacionales –Negocios del Empresario–*, 2ª Edición, Universidad Católica de Colombia, Ediciones ECOE, Bogotá, Colombia, 2006.

- PIÑÓN, Benjamín Pablo, "El Principio del Orden Público en la Teoría General del Contrato", en AA.VV. *Edición Homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Derecho De las Obligaciones Responsabilidad por Daños y Derecho de los Contratos Teoría General del Contrato*, coordinada por Kemelmajer de Carlucci, Aída, 1ª Edición, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2005.
- PLANIOL, Marcelo y Jorge RIPERT, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Traducida al español por el doctor Mario Díaz Cruz, Tomo X, Los Contratos Civiles, 1ª Edición, Cultural. S. A., La Habana, 1946.
- PRIETO SANCHIZ, Luis, *Introducción al Derecho*, 3ª Edición, Servicio de Publicaciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Cuenta, España, 1996.
- PUIG BRUTAU, Josué, *Fundamentos de Derecho Civil, Doctrina General del Contrato*, Tomo II, Volumen I, 2ª Edición, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1978.
- PUYALTO FRANCO, María José, *Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos bancarios al consumo*, 1ª Edición, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, España, 2006.
- QUEZADA SÁNCHEZ, Antonio J., "La Autonomía de la Voluntad y el Contrato" en AA.VV., *Conceptos Básicos de Derecho Civil*, coordinado por José Manuel Ruiz-Rico Ruiz y María Luisa Moreno-Torres Herrera, 3ª Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2009.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David, *Derecho Civil, Parte General*, 1ª Edición, primera reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, agosto 2000.
- REZZÓNICO, Juan Carlos, *Principios Fundamentales de los Contratos*, 1ª Edición, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1999.
- RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil, Parte General*, tomo II, 1ª Edición, Abelado Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1993.
- ROGINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo III Teoría General de las Obligaciones, 18ª Edición, Editorial Porrúa, S. A., Avenida República de Argentina, México, D.F. 1993.
- ROGRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno*, 1ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 2004.
- RUBIO CORREA, Marcial, *Nulidad y anulabilidad: La invalidez del acto jurídico*, vol. IX, 6ª Edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2003.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De Los Contratos Civiles*, 11ª Edición, Editorial Porrúa S. A., Avenida República de Argentina, México D. F., 1991.

SORIANO BEL, José Miguel, *Fiscalidad Inmobiliaria*, 1ª Edición, Edición Fiscal CISS, Valencia, España, 2007.

SUÁREZ, Belarmino, *El Código Civil del año 1860, con sus modificaciones hasta el año 1911*, Tomo III, Tipografía La Unión, San Salvador, El Salvador, 1911.

SUÁREZ MARTÍNEZ, Hellmut Ernesto, *Simulación*, 1ª Edición, editorial Librería Doctrina y Ley, Santafé de Bogotá, Colombia, 1993.

TAPIA R., Mauricio, "Orden Público de Protección en el Derecho Chileno" en AA. VV. *Estudios de Derecho Privado en Homenaje al maestro Christian Larroumet*, Coordinada por Fabricio Mantilla Espinoza y Carlos Pizarro Wilson 1ª Edición, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá D.C., Colombia, 2008.

TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, *Teoría General de las Obligaciones*, 1ª Edición, Edamsa Impresiones S.A. de C.V., México, D.F. 2007.

VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación Jurídica*, 1ª Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 1999.

ZANNONI, Eduardo A., *Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos*, 3ª reimpresión, editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2004.

REVISTAS CONSULTADAS

CALDERÓN Maximiliano e Ilse ELEMÁN, "De la lesión de los actos jurídicos a los principios del derecho civil", en Revista *Anuario de Derecho Civil*, tomo V, año académico 2000, Alveroni Ediciones, Argentina. 2001.

ESCALANTE DIMAS, Alejandro, *La Técnica del Código Civil de 1860*, Colección Loris de Revista FORO, de la Sociedad de Abogados de Occidente, San Salvador, El Salvador, 1960.

FUEYO LANERI, Fernando, "Proyecto de Código Único de las Obligaciones y de los Contratos Para los Países de Origen Latino", en AA. VV., *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXVII, Número 3, septiembre-diciembre, Editorial Jurídica de Chile, 1980.

GALLARDO, Ricardo, *La Teoría Civilista del Abuso del Derecho*, revista "Ciencias Jurídicas y Sociales revista Ciencias Jurídicas y Sociales, 1947, p. 43.

Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Civil 2008, coordinada por Mauricio Ernesto Velasco, Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 2010.

TESIS CONSULTADAS

UNGO, Guillermo Manuel, *La Evolución Contemporánea del Derecho y la Teoría del Abuso del Derecho*, Tesis doctoral, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, editorial Universitaria, San Salvador, El Salvador, 1963.

ÍNDICE LEGISLATIVO

NACIONAL

Código Civil, Decreto Ejecutivo de fecha 23 de agosto de 1859, D.O. N° 85, tomo N° 8 del catorce de abril de 1860.

Código de Comercio, Decreto Legislativo Número 671 de fecha 8 de mayo de mil novecientos setenta, publicado en el Diario Oficial N° 140 Tomo 228 de fecha 31 de julio de 1970.

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Legislativo Número 712 de fecha 14 de noviembre de dos mil ocho, publicado en el Diario Oficial N° 224 Tomo 381 de fecha 27 de noviembre de 2008.

Constitución de la República de El Salvador, D.C. N° 38 del 15 de diciembre de 1983, D.O. N° 234, tomo 281 del 16 de diciembre de 1983.

Ley Contra la Usura, Decreto Legislativo Número 221 de fecha 6 de diciembre de dos mil doce, publicado en el Diario Oficial N° 16 Tomo 398 de fecha 24 de enero de 2013.

INTERNACIONAL

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Decreto Legislativo Número 5 de fecha 15 de junio de 1978, D. O. N° 113, Tomo 259 de fecha 19 de junio de 1978.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

CÁMARA DE LA TERCERA SECCIÓN DEL CENTRO, San Vicente, Sentencia Definitiva con Ref. 6-3-C-O-2011 de fecha 28 de Julio de 2011.

CÁMARA DE LA TERCERA SECCIÓN DEL CENTRO, Sentencia Definitiva con Ref. 6-3-C-O-2011, de fecha 28 de julio de 2011.

CÁMARA DE LO CIVIL DE LA PRIMERA SECCIÓN DE OCCIDENTE, Sentencia Definitiva con Ref. 154-3 de fecha 20 de octubre de 2011.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN CORTE PLENA, Sentencia de Conflicto de Competencia de Ref. 107-D-2011, de fecha 11 de octubre de 2011.

SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva con Ref. 1111-2000 de fecha 30 de junio de 2000.

SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva con Ref. 1346-2001 de fecha 24 de julio de 2001.

SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva con Ref. 1729-2005 de fecha 26 de abril de 2005.

SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva con Ref. 24-CAC-2010, de fecha 20 de octubre de 2010.

SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva con Ref. 93-C-2006, de fecha 14 de marzo de 2007.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL Sentencia de Inconstitucionalidad Ref. 26-2008 de fecha 25 de junio de 2009.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, interlocutoria con referencia 658-99 de fecha 21 de septiembre de 2000.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Habeas Corpus con Ref. 135-2005AC de fecha 16 de mayo de 2008.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Habeas Corpus, con referencia No. 135-005AC, de fecha 16 de mayo de 2008.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad con Ref. 11-2010 de fecha 30 de noviembre de 2011.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad con Ref. 15-1999 AC de fecha 13 de agosto de 2002.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad con Ref. 18-1998 de fecha 20 de noviembre de 2007.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad de referencia 16-2005, de fecha 21 de septiembre de 2011.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de inconstitucionalidad Ref. 16-2005, de fecha 21 de septiembre de 2011.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia Definitiva, proceso de amparo con Ref. 10-2001 de fecha 26 de septiembre de 2001.

SITIOS WEB VISITADOS

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA, *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, tomo segundo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010, p. 360, obra disponible en <http://vlex.com/source/> ISBN Obra Completa: 956-10-1590-0.

ALTERINI, Atilio Anibal, *Contratos Civiles – Comerciales - de Consumo, Teoría General*, 1ª Edición, 1ª reimpresión, Abelado Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1999, disponible en <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com>.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, *El pacto de retroventa. Sus relaciones con el negocio fiduciario y con el negocio simulado (Estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado)*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 644, Enero - Febrero 1998, pp. 57-116, disponible en Id. vLex: VLEX-325501 <http://vlex.com/vid/325501>.

GINÉS CASTELLET, Núria, *La configuración objetiva de la rescisión por lesión en los modelos catalán y francés*, artículo disponible en Id. vLex: VLEX-332652546, <http://vlex.com/vid/332652546>.

LARRAÍN VIAL, Bernardo, *La teoría de la lesión en el derecho comparado, Instituciones generales*, disponible en Id. vLex: VLEX-231001821 <http://vlex.com/vid/231001821>.

SORO RUSSEL, Olivier, *El Principio de la Autonomía de la Voluntad Privada en la Contratación: Génesis y Contenido Actual*, Tesis disponible en http://eprints.ucm.es/12205/2/DEA.El_principio_de_la_autonom%C3%ADa_de_la_voluntad_privada_en_la_contratacion.pdf.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Jurisprudencias Esenciales. Derecho Civil*, tomo tercero, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2010 pp. 86-87, obra disponible en <http://vlex.com/vid/252341614>.

OTRAS FUENTES

Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, XIII Cumbre Judicial Iberoamericana, Edición Agosto 2006, Corte Suprema de Justicia de República Dominicana, Impreso en República Dominicana Código

Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, XIII Cumbre Judicial Iberoamericana, Edición Agosto 2006, Corte Suprema de Justicia de República Dominicana, Impreso en República Dominicana.