

PROPORCIONALIDAD Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO PARA DEFINIR LA ABUSIVIDAD DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

TESIS DOCTORAL

DOCTORANDO
Juan Felipe Criado-Castilla

DIRECTOR
Prof. Dr. Dn. **Eugenio Llamas Pombo**
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

2021

Universidad de Salamanca.
Facultad de Derecho/Escuela de Doctorado "*Studii Salamantini*".
Programa de Doctorado en Derecho Privado.
Tesis Doctoral: Proporcionalidad y cláusulas abusivas. El principio de proporcionalidad como criterio para definir la abusividad de las condiciones generales de la contratación.

@ Juan Felipe Criado-Castilla 2021

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DOCTORADO “STUDII SALAMANTINI”
PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO PRIVADO

TESIS DOCTORAL

PROPORCIONALIDAD Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO PARA DEFINIR LA
ABUSIVIDAD DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Juan Felipe Criado-Castilla

RESUMEN

El presente trabajo es un análisis descriptivo del sistema colombiano de control judicial de abusividad de los contratos a condiciones generales, según la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor (en adelante EC).

Se trata de definir los criterios metodológicos conforme a los cuales, a partir de la definición legal, estructurada, a su vez, en el concepto de “*desequilibrio injustificado*” (art. 42 EC), una cláusula o condición es considerada abusiva, así como la estructura del juicio de abusividad mediante el cual se llega a esa conclusión.

El desequilibrio, según la mencionada disposición, ha de ser, por una parte, injustificado, es decir, carente de razones o motivos suficientes que lo fundamenten, lo que alude a la idea de ventaja excesiva que se auto-atribuye el predisponente, a tal punto que se desnaturalice la relación de equivalencia contractual en perjuicio del consumidor, sin que haya razones que de manera suficiente lo justifiquen.

Por otra parte, el desequilibrio contractual producido por el predisponente ha de ser importante, relevante o significativo, es decir, que perjudique o afecte de manera grave los derechos del consumidor.

Tanto las razones que puedan justificar el desequilibrio, como la importancia o magnitud del mismo, han de ser apreciadas en cada caso concreto teniendo en cuenta, como señala el artículo 42 EC, “las condiciones particulares del contrato” (mandato de ponderación).

Esta valoración circunstanciada de las condiciones del contrato constituye el objeto del juicio de abusividad y, bien si se refiere a la prohibición de abuso (art. 42 EC), o

a la lista de cláusulas *prima facie* abusivas (art. 43 EC), como mecanismo de protección contractual del consumidor que limita y modera la imposición unilateral de las cláusulas y condiciones de los contratos de adhesión, el juicio de abusividad opera conforme a reglas especiales, distintas como tales de las aplicables a los demás contratos privados, civiles o comerciales, como pueden ser las relacionadas con los criterios metodológicos de concreción normativa, la interpretación legal o contractual, la argumentación y la carga de la prueba (*onus probandi*).

Respecto de los primeros, en el presente trabajo se plantea la posibilidad de utilizar el principio de proporcionalidad como criterio metodológico que permita al juez organizar de modo racional la fundamentación de sus decisiones acerca de la abusividad de las condiciones generales en los contratos de consumo, en especial para determinar el contenido normativo de la prohibición de abuso y los derechos y posiciones que tal norma garantiza a favor de los consumidores.

ABSTRACT

The present work is a descriptive analysis of colombian judicial control system of abusive clauses in the adhesion contracts to general conditions celebrated with consumers, according to the colombian consumer statute [Ley 1480 de 2011, EC (CS)].

It's about to define the guides or criteria according to which a specific clause, established in that kind of contracts, is considered abusive by the judge, and the structure of the abusivity judgement in which way it gets to that conclusion.

With this goal, it's proposed the possibility to utilize the principle of proportionality as a methodological criterion that permit the judge to organize, in a rational manner, the grounding of his decisions upon the general unfairness in the consumer contracts, especially to determine the general prohibition of abusivity's normative content and the rights and positions that this norm guarantees in favor of consumer, face to the predisponent's contractual freedom and his faculty to define the contract's content.

Since another point of view, it's about of the concept and the characteristic features of unfair terms in the consumer's agreements (Art. 42th CS), and mainly the unjustified unbalance that the legal definition of unfair term incorporates as an identity sign of itself.

That sort of unbalance, according to the mentioned disposal, must be, by one side, unjustified, meaning, lack of reasons or motives that in a sufficient way justify it; and, by the other hand, meaningful, relevant or significant, this means, that damages or affects in a grave manner consumer's rights.

The unjustified unbalance refers to the overloaded advantage that the professional assigns to himself at the expense of the consumer. That kind of advantage

denaturalizes the equivalence at the expenses of the last one, without counterpart of any kind or sufficient reasons that justify it.

The unfairness trial, by its hand, as a special concision of the *pro consumatore* principle, builds up a judicial mechanism of control which reduces the disproportional or unfair use by the professional about his contractual freedom, and more precisely about his faculty to adjust the agreement content.

Both as the reasons that might justify that kind of unbalance, as much as the significance or magnitude of it, must be taken into account in each concise case, as it is pointed at Article 42 CS, the particular terms or conditions of the agreement.

That evaluation made according to the context, is the object of the unfairness trial, and depending if it refers to the application of the general forbidding of abuse terms or the list of the *prima facie* unfair terms, builds up a material control upon of the consumer's contracts clauses and conditions content, which operates according to specific rules, different from the applicable to other private agreements (civil or commercial ones), like the related to the methodological criteria of normative concretion, legal or contractual interpretation, argumentation and burden of proof (*onus probandi*).

A la memoria de mis padres, **Ana Rosa** y **Luis Antonio** (qepd).

A mis hijos **Lorenzo** y **Federico**.

Agradezco muy sinceramente a Dios, a mi familia y a todas aquellas personas que, en Europa y en Colombia, me han ayudado, en el sentido amplio del término, en la realización de este trabajo.

En primer lugar a mi Director de Tesis, Sr. Dr. Dn. **Eugenio Llamas Pombo**, por haber aceptado dicha dirección, acogerme amablemente en Salamanca, orientarme muy generosa y eficazmente y, sobretodo, por su infinita paciencia y espera.

También quiero agradecer a **Laura Criado**, mi “políglota y erudita” asesora, y a **Federico Criado**, mi hijo mayor, por su ayuda en la traducción desde el inglés, alemán, francés e italiano, de los textos utilizados en este trabajo.

Y, por supuesto, a **Ana Karina Quintero-Lemus**, a quien quiero y admiro tanto, por su amistad, alegría, estímulo y ánimo constante.

ÍNDICE

PROPORCIONALIDAD Y CLÁUSULAS ABUSIVAS. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO PARA DEFINIR LA ABUSIVIDAD DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Introducción.(xxxi-
liii).

TÍTULO PRELIMINAR ASPECTOS METODOLÓGICOS

1. El contrato en el derecho moderno. 1.
2. El principio *pro consumatore* como base del derecho del consumo.....5.
3. Los mecanismos de protección contractual.....6.
4. El control o juicio de abusividad como objeto de la investigación.....8.
5. Problema, estado actual de la cuestión e hipótesis central de trabajo.....19.
6. Hipótesis secundarias.23.
7. Premisas de la investigación.27.

PRIMERA PARTE DE LA CONTRATACIÓN A CONDICIONES GENERALES

TÍTULO PRIMERO DEL DERECHO DEL CONSUMO EN GENERAL Y DEL DERECHO CONTRACTUAL DEL CONSUMO EN PARTICULAR

CAPITULO I DEL DERECHO DEL CONSUMO EN GENERAL

8. Surgimiento y evolución del derecho del consumo.39.
9. Niveles de protección del consumidor contratante.....41.
10. La regulación legal del consumo en España.44.

11. El carácter imperativo o de orden público de las normas de derecho del consumo.	49.
12. Las nociones de consumidor y profesional en el derecho comunitario europeo.	51.
13. Los conceptos de consumidor y empresario en el derecho español del consumo.	52.

EXCURSUS SOBRE EL DERECHO COLOMBIANO DEL CONSUMO

14. La regulación legal del derecho del consumo en Colombia.	59.
15. Las nociones de consumidor y empresario en el derecho colombiano del consumo.	65.

CAPITULO II DEL DERECHO CONTRACTUAL DEL CONSUMO

16. Concepto y características del derecho contractual del consumo.	71.
17. Finalidad y objeto del derecho contractual del consumo.	74.
18. El contenido normativo de las disposiciones del derecho contractual del consumo.	75.
19. La transparencia como principio orientador del derecho contractual del consumo.	77.
20. Mecanismos de protección contractual.	79.
21. El control material de abusividad como mecanismo de protección en la contratación predispuesta.	89.
22. Contratos de consumo y tipos contractuales de consumo.	92.
23. Contratos de adhesión.	95.
24. La coordinación normativa entre el derecho contractual del consumo y el derecho común de contratos.	97.

EXCURSUS SOBRE LA LLAMADA “CONTRATACION ADHESIVA”

24.bis. Los contratos de adhesión en Colombia.	101.
---	------

TÍTULO SEGUNDO
LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

25. Introducción.107.

CAPÍTULO III
LA REGULACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

26. Antecedentes del régimen español vigente sobre condiciones generales de contratación.111.

27. Objeto, ámbito objetivo de aplicación y contenido de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación, LCGC.119.

CAPÍTULO IV
CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

28. La noción legal de condiciones generales de contratación.121.

29. Naturaleza jurídica de las condiciones generales de contratación.121.

30. Características de las condiciones generales de contratación.124.

31. Requisitos de las condiciones generales de contratación.125.

CAPITULO V
EL CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES

32. La crisis del dogma de la intangibilidad del contrato.129.

33. El control formal de incorporación.130.

34. El control material o juicio de abusividad.134.

35. Efectos del control.135.

CAPITULO VI
LA INTERPRETACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES

36. De la interpretación o hermeneútica en general.141.

37. De la interpretación jurídica.143.

38. De la interpretación del contrato en general.145.

39. Reglas particulares de la interpretación de los contratos.....150.

40. La interpretación de los contratos de consumo.156.

41. La interpretación de las condiciones generales de contratación.158.

EXCURSUS SOBRE LAS “CONDICIONES NEGOCIALES GENERALES” DEL
DERECHO COLOMBIANO

41.bis. Condiciones negociales generales.163.

SEGUNDA PARTE

LA SANCIÓN DEL ABUSO DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL
LA PROHIBICIÓN DE CLAUSULAS ABUSIVAS

TÍTULO TERCERO

LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

42. Introducción. La regulación de las cláusulas abusivas en la contratación
predispuesta celebrada con consumidores.171.

CAPITULO VII

LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

43. La Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los
contratos celebrados con consumidores.177.

EXCURSUS SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE
LA UNION EUROPEA EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

44. La jurisprudencia del TJUE en materia de cláusulas abusivas.185.

45. Síntesis de la doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas.189.

CAPÍTULO VIII

LA REGULACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO
ESPAÑOL

46. Ámbito objetivo de aplicación del régimen legal sobre cláusulas abusivas.
.....193.

47. Las cláusulas abusivas en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones
Generales de Contratación, LCGC.194.

48. Las cláusulas abusivas en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa
de Consumidores y Usuarios, TRLGDCU. 195.

TÍTULO CUARTO
CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y CLASIFICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS
ABUSIVAS

49. Introducción. 215.

CAPÍTULO IX
DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

50. Los elementos de la definición legal de cláusula abusiva y la estructura del juicio de abusividad.221.

51. Desequilibrio contractual injustificado.225.

52. Valoración circunstanciada de la abusividad contractual.232.

CAPITULO X
TIPOLOGÍA GENERAL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

53. Criterios de clasificación.241.

54. Cláusulas que atribuyen al predisponente derechos y facultades de carácter exorbitante.243.

55. Cláusulas que restringen los derechos y facultades del adherente
.....248.

56. Cláusulas que imponen al adherente obligaciones o cargas exorbitantes.
.....255.

57. Cláusulas que limitan las obligaciones legales o contractuales del predisponente.256.

58. Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad contractual.259.

59. Cláusulas abusivas por defecto de transparencia.260.

60. Cláusulas abusivas respecto del precio del contrato.261.

61. Cláusulas sorpresivas.263.

CONCLUSIONES SOBRE LA NOCIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LAS
CLÁUSULAS ABUSIVAS

62. Definición de cláusula abusiva.267.

CAPÍTULO XI
LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN COLOMBIA

63. El fundamento de la prohibición de abuso.	275.
64. El régimen general de abusividad contractual.	282.
64.bis. La regulación sectorial de las cláusulas abusivas.	297.

TERCERA PARTE

LA TUTELA JUDICIAL DEL CONSUMIDOR FRENTE A LAS CLÁUSULAS
ABUSIVAS
EL JUICIO DE ABUSIVIDAD Y EL SISTEMA NORMATIVO DE ABUSIVIDAD
CONTRACTUAL COMO OBJETO DEL MISMO

TITULO QUINTO
LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA PROHIBICIÓN DE ABUSO
EL JUICIO DE ABUSIVIDAD

65. Introducción.	307.
------------------------	------

CAPITULO XII
CONCEPTO, FINALIDAD Y OBJETO DEL JUICIO DE ABUSIVIDAD

66. Del juicio de abusividad.	315.
67. Sobre la aplicación del derecho.	325.
68. La activación del control de abusividad: acciones individuales y colectivas.	343.
69. El “ <i>procedural and substantive test</i> ”.	344.

CAPÍTULO XIII
LA ESTRUCTURA DEL JUICIO DE ABUSIVIDAD

70. Los presupuestos de aplicación de la prohibición de abuso y la estructura del juicio de abusividad.	347.
71. La etapa declarativa del juicio de abusividad: desequilibrio del contrato.	351.
72. La etapa discursiva del juicio de abusividad: desequilibrio injustificado del contrato.	352.

73. La relación entre las etapas comparativa y discursiva del juicio de abusividad.	353.
74. El papel del principio de proporcionalidad en la etapa discursiva del juicio de abusividad.	353.

CAPITULO XIV
DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL

75. Noción de desequilibrio contractual.	359.
76. Tipos de desequilibrio contractual.	360.
77. Criterios para la valoración judicial del desequilibrio contractual.	362.
78. El equilibrio económico de los contratos.	365.
79. Los elementos de la comparación que supone el juicio de abusividad.	369.

CAPÍTULO XV
LA REVISIÓN EN SENTIDO AMPLIO COMO REMEDIO GENERAL DEL
DESEQUILIBRIO DEL CONTRATO

80. Concepto de revisión del contrato.	375.
81. Los fundamentos de la revisión del contrato.	378.
82. Los elementos de la revisión en sentido estricto.	382.
83. Contratos revisables.	384.
84. Revisión judicial del contrato.	387.

TÍTULO SEXTO

EL SISTEMA NORMATIVO DE ABUSIVIDAD CONTRACTUAL: LAS NORMAS DE
ABUSIVIDAD CONTRACTUAL COMO OBJETO DEL JUICIO DE ABUSIVIDAD

85. Introducción.	391.
------------------------	------

CAPÍTULO XVI
NORMAS DE ABUSIVIDAD CONTRACTUAL

86. Sobre el concepto general de norma jurídica.	395.
---	------

87. La estructura de las normas jurídicas.	400.
88. Sistemas de regulación de las cláusulas abusivas.	404.
89. Disposiciones y normas de abusividad contractual.	405.
90. Tipología de las normas de abusividad.	406.
91. Características de las normas de abusividad contractual.	408.
92. Validez definitiva y validez <i>prima facie</i> de las normas jurídicas.	409.
93. Conclusiones sobre el contenido normativo del artículo 42 EC.	414.

EXCURSUS SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS

*LA ESENCIAL EQUIVALENCIA ENTRE PRINCIPIOS Y CLÁUSULAS
GENERALES*

93.bis. La distinción entre reglas y principios.....	417.
--	------

CAPÍTULO XVII

LAS NORMAS DE ABUSIVIDAD DIRECTA E INDIRECTAMENTE ESTATUIDAS

94. Normas de abusividad directamente estatuidas.	431.
95. Las normas de abusividad indirectamente estatuidas.	441.

EXCURSUS SOBRE LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

95.bis. La creación judicial del derecho. Planteamiento del problema.	451.
--	------

CAPITULO XVIII

DERECHOS (SITUACIONES Y POSICIONES) DE PROTECCIÓN
CONTRACTUAL DEL CONSUMIDOR

96. Introducción.	463.
97. Relación jurídica y situaciones subjetivas.	464.
98. El derecho subjetivo.	471.
99. Derechos del consumidor.	482.

EXCURSUS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LISTA DE CLÁUSULAS
PRIMA FACIE ABUSIVAS

100. La lista de cláusulas *prima facie* abusivas como norma directamente estatuida.
.....487.

CUARTA PARTE

ABUSIVIDAD Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
EL PAPEL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO PARA
DEFINIR LA ABUSIVIDAD DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA
CONTRATACIÓN

TITULO SÉPTIMO
DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

101. Introducción: la relación derecho-restricción.495.

CAPÍTULO XIX
EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
NOCIONES PRELIMINARES

102. El principio de proporcionalidad. 503.

103. La estructura general del principio de proporcionalidad.518.

104. La proporcionalidad como exigencia general en las relaciones contractuales.
.....528.

EXCURSUS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHO PRIVADO

104.bis. *Drittwirkung* o efecto horizontal de los derechos fundamentales entre
particulares.537.

CAPÍTULO XX
LA ESTRUCTURA GENERAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

105. Examen de idoneidad.553.

106. Examen de necesidad.557.

107. El examen de proporcionalidad en sentido estricto.559.

CAPÍTULO XXI
EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS CRITERIOS
METODOLÓGICOS ALTERNATIVOS: PROPORCIONALIDAD Y
RAZONABILIDAD

108. El principio de proporcionalidad como criterio metodológico estructural.	565.
109. Proporcionalidad y razonabilidad. El principio de proporcionalidad y los criterios metodológicos alternativos.	578.

TÍTULO OCTAVO
LOS SUBPRINCIPIOS DE LA PROPORCIONALIDAD
CAPÍTULO XXII
EL SUBPRINCIPIO DE IDONEIDAD

110. Introducción.	579.
110.bis. Concepto de idoneidad.	580.
111. La estructura del subprincipio de idoneidad.....	583.

CAPÍTULO XXIII
EL SUBPRINCIPIO DE NECESIDAD

112. Concepto y requisitos.	591.
113. La estructura del examen de necesidad.	592.
114. Idoneidad de los medios alternativos.	592.
115. El medio alternativo más benigno.	594.
116. Los resultados del examen de necesidad.	596.
117. Perspectiva del examen de necesidad.	601.

CAPÍTULO XXIV
EL SUBPRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

118. Concepto.	603.
---------------------	------

119. La estructura del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.....	604.
120. El peso abstracto de los objetos de la ponderación.	606.
121. El peso relativo de los objetos de la ponderación.	607.
122. La relación de precedencia condicionada entre la prohibición de abuso y el principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen.	617.
123. La carga de argumentación en la ponderación.	621.
124. La carga de la prueba en la ponderación.	622.
125. El resultado de la ponderación.	623.

TÍTULO NOVENO

LAS FUNCIONES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL MARCO DEL JUICIO DE ABUSIVIDAD

126. Introducción.	628.
-------------------------	------

CAPITULO XXV

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO BASE DE LA FUNDAMENTACIÓN Y COMO CRITERIO ESTRUCTURAL DE CONCRECIÓN NORMATIVA DE LA PROHIBICIÓN DE ABUSO

127. El principio de proporcionalidad como base de la fundamentación de las decisiones adoptadas en el marco del juicio de abusividad.	633.
128. El principio de proporcionalidad como criterio estructural de concreción normativa de la prohibición de abuso.	635.
128.bis. El principio de proporcionalidad como base de la fundamentación de las decisiones adoptadas en el marco del juicio de abusividad.....	637.

TÍTULO DÉCIMO

SUPUESTOS DE DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL

129. Introducción.	642.
-------------------------	------

CAPÍTULO XXVI
DESEQUILIBRIOS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

130. Cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad contractual del profesional predisponente.651.

131. La modificación convencional del régimen común de responsabilidad del deudor.653.

132. Cláusulas que limitan la responsabilidad del productor o proveedor en materia de consumo.655.

CAPÍTULO XXVII
SUPUESTOS DE DESEQUILIBRIO POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

133. Cláusulas que limitan o excluyen la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional.660.

134. Exclusión de la facultad resolutoria.665.

135. Limitación del ejercicio de la facultad resolutoria. 666.

CAPÍTULO XXVIII
DESEQUILIBRIOS OCASIONADOS POR LA MODIFICACION CONTRACTUAL
CLÁUSULAS DE RESERVA DE LAS FACULTADES DE MODIFICACIÓN
UNILATERAL DEL CONTRATO

136. Cláusulas que reservan a favor del profesional la facultad de interpretación y modificación.668.

137. Reserva de las facultades de modificación unilateral del contrato.....669.

138. Objeto de la modificación.671.

139. Justificación de la reserva de la facultad de modificación unilateral del contrato.672.

CAPITULO XXIX
OTROS SUPUESTOS DE DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL

141. Cláusulas que invierten la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.	678.
142. Condiciones dependientes de la voluntad del profesional.	681.
143. Cláusulas arbitrales.	684.

TÍTULO UNDÉCIMO
EL SISTEMA DIFERENCIADO DE CONTROL DE ABUSIVIDAD

CAPÍTULO XXX
INTENSIDAD Y TIPOS DEL CONTROL MATERIAL DE ABUSIVIDAD

144. Introducción.	687.
145. Intensidad del control de abusividad.....	691.
146. Intensidad del examen de idoneidad.	691.
147. Intensidad del examen de necesidad.	699.
148. Perspectiva e intensidad del examen de proporcionalidad en sentido estricto.	701.
149. Test o escrutinio débil del examen de abusividad.	704.
150. Test o escrutinio estricto del examen de abusividad.	705.
150 bis. Test o escrutinio intermedio.	706.

EXCURSUS SOBRE LOS LIMITES Y RESTRICCIONES DE LA LIBERTAD
CONTRACTUAL

151. Libertad contractual.	707.
---------------------------------	------

CONCLUSIONES (719)

CONCLUSIONS (725)

BIBLIOGRAFÍA (731)

SIGLAS Y ABREVIATURAS

ADC: Anuario de Derecho Civil.

AFD: Anuario de Filosofía del Derecho.

AGBG: *Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen* (Ley sobre Condiciones Negociales Generales, 1976).

AJCL: *American Journal of Comparative Law* (publicación jurídica especializada en inglés, Estados Unidos).

AcP: *Archiv für civilistische Praxis*.

All ER: *All England Law Reports*.

Am.J.Comp.L.: *American Journal of Comparative Law*.

ÄöR: *Archiv für öffentliches Recht*.

ArsInt: *Ars Interpretandi, Annuario di ermeneutica giuridica* (publicación periódica italiana de hermenéutica e interpretación jurídica).

ARSP: *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* (publicación periódica especializada de Franz Steiner Verlag, Stuttgart).

AusJouLegPhil: *Australian Journal of Legal Philosophy* (publicación periódica australiana de filosofía del derecho).

aa.vv.; AA. VV.: Autores varios.

B2B: *Business to Business* (contratos entre empresarios).

B2C: *Business to Consumer* (contratos entre empresario y consumidor).

BGB: *Bürgerliches Gesetzbuch* o *Bürgerlichesbuchsgesetz* (Código civil alemán).

BGHZ: *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* (Sentencias del Tribunal Supremo Federal en materia civil).

BverfGE: *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (Sentencias del Tribunal Constitucional Federal).

CalLRev: *California Law Review* (publicación periódica especializada de la facultad de derecho de la Universidad de California, Estados Unidos).

CLJ: *Cambridge Law Journal* (publicación periódica especializada de la facultad de derecho de la Universidad de Cambridge, Inglaterra).

cap.: Capítulo.

CEPC: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

CCesp.: Código civil español.

CCcol.: Código civil colombiano.

Code: *Code civil français* (Código civil francés).

CodeCons: *Code de la consommation* (Código francés del consumo).

Codice: Código civil italiano.

CCoesp.: Código de comercio español.

CCocol.: Código de comercio colombiano.

cf.;cfr.: confer (lat.: compara); confróntese.

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

cit.: citado, -da.

ColLRev: *Columbia Law Review* (publicación periódica especializada de la Universidad de Columbia, Nueva York, Estados Unidos).

CS: *Colombian Consumer's Statute*.

CLP: *Current Legal Problems* (publicación periódica especializada de la facultad de derecho del University College, Londres).

cod.: código.

Const.: Constitución.

Const. Pol. Col.: Constitución política de Colombia.

CNUT, Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

CE: Constitución española.

Cdp: Cuadernos de Derecho Público.

DCFR: *Draft Common Frame of Reference* (Proyecto de marco común de referencia).

DSt: *Der Staat* (publicación periódica de derecho público de Duncker und Humblott, Heidelberg).

Dpriv y Cons: Derecho privado y Constitución.

dir.: director (a); bajo la dirección de.

Directiva 93/13/CEE: Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Diario Oficial L. 95, 21.4.1993).

ED o Enc dir: *Enciclopedia del diritto*.

Enc giur: *Enciclopedia giuridica*.

Enc jur bas: Enciclopedia jurídica básica.

EC: Estatuto colombiano del consumidor (Ley 1480 de 2011).

ESI (Esi): *Edizioni Scientifiche Italiane* (Nápoles).

et al.: *et alii* (lat.: y otros).

Exp.: Expediente.

FCE (Fce): Fondo de Cultura Económica, México (editorial privada mexicana).

Fqc: *Forum di quaderni costituzionale* (revista telemática mensual italiana especializada en derecho constitucional).

GC: *Giustizia Civile*.

G.J.: Gaceta Judicial (Colombia), editada desde 1887, es el órgano de publicidad de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

HarvLawRev, HarvLRev o HLR: *Harvard Law Review* (publicación periódica especializada de la facultad de derecho de la Universidad de Harvard, Estados Unidos).

ib.; *ibid.*: *ibidem* (lat.: en el mismo lugar).

id.: *idem* (lat.: el mismo).

i. e.: *id est* (lat.: esto es).

lfi: *Il foro italiano* (publicación periódica italiana especializada en derecho).

IJCL: *International Journal of Constitutional Law* (publicación periódica especializada en derecho constitucional comparado de la facultad de derecho de la Universidad de Oxford, en asocio con la New York University School of Law).

ItaLJ: *Italian Law Journal* (publicación en línea bianual).

Jus: *Jus, Rivista di scienze giuridiche* (publicación periódica especializada de la Università Cattolica del Sacro Cuore, Milán).

JZ: *Juristenzeitung* (publicación periódica especializada de Mohr Siebeck, Tubinga, Alemania).

L&Ph: *Law and Philosophy* (publicación periódica especializada en filosofía jurídica, Springer, Estados Unidos).

LEHR, *Law and Ethics of Human Rights* (publicación periódica especializada en derecho humanos).

LHR: *Law and History Review* (revista americana especializada en historia del derecho, publicada por la Cambridge University Press).

LCGC: Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

LGDJ: *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*.

LGDCU: Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

LCS: Ley del contrato de seguro, de 8 de octubre de 1980.

lib.: libro.

LMPCU: Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios.

loc. cit.: *loco citato* (lat.: en el lugar citado; también).

NJW: *Neue Juristische Wochenschrift* (Nuevo Semanario Jurídico, publicación periódica especializada de Carl Heinrich Beck, Múnich).

NYUnLaw: *New York University Law Review* (publicación periódica especializada de la facultad de derecho de la Universidad de Nueva York, Estados Unidos).

NDLR: *Notre Dame Law Review* (publicación periódica especializada de la Universidad de Notre Dame, Indiana, Estados Unidos).

Noviss. Dig. It.: *Novissimo Digesto Italiano*.

n.: nota.

ob. cit.: obra citada.

op. cit.: *opere citato* (lat.: en la obra citada).

OUCLF: *Oxford University Comparative Law Forum* (publicación periódica especializada de la Universidad de Oxford, Inglaterra).

OJLS: *Oxford Journal of Legal Studies* (publicación periódica jurídica especializada de la Universidad de Oxford, Inglaterra).

ODCC: *Osservatorio del Diritto Civile e Commerciale* (publicación semestral especializada, Società Editrice Il Mulino, Bolonia).

p.: página, páginas.

passim: (latín: aquí y allí; en una y otra parte; en lugares diversos).

PECL: *Principles of European Contract Law* (Principios de Derecho Contractual Europeo).

Principios Unidroit: Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales.

Pol. Diritto: *Politica del diritto* (publicación periódica italiana especializada en política legislativa).

PUAM (Puam): *Presses universitaires d'Aix-Marseille* (editorial de la Universidad de Marsella).

Rass. dir. civ.: *Rassegna di diritto civile* (publicación periódica especializada en derecho civil, *Edizioni Scientifiche Italiane*, Esi, Nápoles).

RJ: *Ratio Juris (International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law)*.

RIDC: *Revue Internationale de Droit Comparé* (París).

RJA: Repertorio Jurídico Aranzadi.

RFDC: *Revue Française de Droit Constitutionnel*.

RivDirCiv: *Rivista di Diritto Civile* (Padua).

RTD Civ: *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (París).

RTD Com: *Revue Trimestrielle de Droit Commercial* (París).

RT: *Rechtstheorie* (publicación periódica sobre teoría del derecho, Duncker und Humblott, Berlín).

S (SS): Sentencia (Sentencias).

SCSJ-SCC: Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (Colombia).

Sec.: Sección.

SLC: *Société de Législation Comparé* (Sociedad de Legislación Comparada, París).

StLawRev: *Stanford Law Review* (publicación periódica de la facultad de derecho de la Universidad de Stanford, Estados Unidos).

t.: tomo.

TC: Tribunal Constitucional de España.

Th/Thèse: Tesis.

tít.: título.

trad.: traducción; traductor, -ra.

trat.: tratado.

TS: Tribunal Supremo de España.

Tol: Referencia Tirant lo Blanch.

STS: Sentencia Tribunal Supremo de España.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STJUE: Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

UCLA Law Review: *University of California Los Angeles Law Review* (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de California Los Angeles, Estados Unidos).

UNAM: Universidad Nacional Autónoma de México.

Unidroit: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

UTLJ: *University of Toronto Law Journal* (publicación periódica especializada de la Universidad de Toronto, Canadá).

v.: véase o véanse.

vol. (vols.): volumen (volúmenes).

YLawJou: *The Yale Law Journal* (publicación periódica de la facultad de derecho de la Universidad de Yale, Estados Unidos).

ZEuP: *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*.

ZG: *Zeitschrift für Gesetzgebung* (publicación periódica especializada de C.F. Müller, Heidelberg).

ZSS: *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*, conocida también como *Savigny Journal* (publicación periódica especializada en historia del derecho, De Gruyter, Berlín).

INTRODUCCIÓN

I

Frente al uso extendido de los contratos de adhesión, la respuesta del derecho ha sido la protección del consumidor como parte débil de la relación contractual, garantía que se materializa, entre otros medios, en la prohibición de cláusulas abusivas.

La tendencia del profesional predisponente a mejorar o apuntalar su posición con quiebra del equilibrio del contrato, está presente en los diversos sectores de la actividad económica, manteniendo y aun profundizando la vulnerabilidad del consumidor como parte débil de esa relación.

Esta situación de asimetría estructural, en la que la autonomía del consumidor se encuentra seriamente restringida, justifica la existencia de normas que, como la prohibición de abuso, limitan la libertad contractual del predisponente y el ejercicio abusivo de su facultad para configurar el contenido del contrato.

El control judicial conocido como test o juicio de abusividad, que tiene por propósito definir si una cláusula es o no abusiva, además de los conceptos de consumidor y empresario (criterio subjetivo), de la noción legal de cláusulas no negociadas individualmente (criterio objetivo), y de los requisitos de accesibilidad y transparencia como condiciones de incorporación (criterio formal), se estructura materialmente en la contravención del principio de buena fe y en los conceptos de desequilibrio importante (España) y desequilibrio injustificado del contrato (Colombia).

En el caso colombiano, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 EC, la aplicación de la prohibición de abuso a un caso concreto de abusividad contractual exige que el juez establezca los dos siguientes extremos:

1º Teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto, que la cláusula o condición produzca, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en el contenido del contrato.

2º Que dicho desequilibrio sea, además, injustificado, es decir, que carezca de razones, o que éstas sean insuficientes para justificar tal desequilibrio.

Sólo las cláusulas o condiciones que producen un desequilibrio injustificado del contrato merecen ser calificadas como abusivas.

En otras palabras, establecida la existencia de un desequilibrio, es también necesario que se defina la suficiencia de las razones que puedan jurídicamente justificarlo. Un desequilibrio plausible o suficientemente justificado equivale a una estipulación válidamente impuesta por el predisponente. Por el contrario, un

desequilibrio injustificado equivale a una cláusula abusiva, que el juez debe excluir del contenido del contrato.

En resumen, en el caso colombiano, el artículo 42 EC no prohíbe todo desequilibrio que el predisponente cause en perjuicio del consumidor, sino aquellos desequilibrios que, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto, sean injustificados, para definir lo cual el juez necesita valerse de algún criterio o punto de referencia que le permita medir o valorar la suficiencia de las razones que fundamenten el desequilibrio contractual.

En otras palabras, la aplicación judicial de la prohibición de abuso, y del derecho a un contrato equilibrado que esta norma garantiza a favor de los consumidores, comporta el siguiente problema metodológico: como quiera que aquélla norma no prescribe de manera definitiva la conducta prohibida, ordenada o permitida al predisponente, ni los criterios conforme a los cuales se pueda definir la existencia de un desequilibrio contractual, ni cuándo éste es injustificado, el juez ha de emprender un proceso de concreción o precisión normativa mediante el cual se especifique, frente al caso concreto, lo que a las partes está prohibido, ordenado o permitido desde el punto de vista de la prohibición de abuso.

Por otra parte, las decisiones mediante las cuales el juez define la abusividad de la cláusula o condición en examen, han de estar respaldadas por argumentos o razones suficientes, y organizadas de tal manera rigurosa que, con garantía de la objetividad y racionalidad jurídicas, se alejen de cualquier posibilidad de ser consideradas absurdas o arbitrarias.

II

De acuerdo con lo planteado en el presente trabajo, el principio de proporcionalidad, con un mayor grado de objetividad y racionalidad respecto de los criterios metodológicos alternativos, apunta a la solución de las anteriores cuestiones, bien como criterio de concreción de la prohibición de abuso, y de los derechos y posiciones que esta norma garantiza a favor de los consumidores, bien como base general de fundamentación de las decisiones que el juez debe adoptar en los procesos de control material de los contratos de adhesión, en especial de la regla de decisión mediante la cual se define la abusividad de la cláusula o condición en examen.

Siendo la cláusula abusiva una limitación injustificada de los derechos y posiciones del consumidor, el principio de proporcionalidad, y cada uno de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (mandato de ponderación), como criterio metodológico para la aplicación de normas-principio (de las cuales la prohibición de abuso es ejemplo), establece una serie de exigencias

que la cláusula impuesta por el predisponente debe satisfacer para que la misma haga parte, válidamente, del contenido del contrato.¹

El subprincipio de idoneidad exige que la intervención en los derechos del consumidor sea adecuada para obtener un fin constitucional o legalmente legítimo. El subprincipio de necesidad requiere que dicha limitación sea la menos gravosa entre todas aquellas que revistan por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto por el predisponente. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, por su parte, exige que la intervención alcance el fin perseguido en la medida en que justifique el grado en que se limitan tales derechos.²

Como quiera que el problema de la abusividad contractual supone una colisión de principios (la prohibición de abuso, P₁, *versus* el principio que fundamenta la cláusula o condición impuesta por el predisponente, P₂), en un caso concreto el criterio de proporcionalidad permite al juez establecer la relación de precedencia entre los principios enfrentados.³

Si en unas condiciones determinadas la cláusula o condición no supera las exigencias del principio de proporcionalidad, y de cada uno de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, vale decir, cuando las razones o argumentos que respaldan la aplicación de la prohibición de abuso, priman o prevalecen sobre las que respaldan la imposición de la cláusula o

¹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (Carlos BERNAL, trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, CEC, 2007, p. 111 ss; y BERNAL, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, 1ª edic., 2003, p. 35-7; *Id.*, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 4ª edic., 2014, p. 51-55.

v. también, CLÉRICO, Laura, «*El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*», en CARBONELL, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 147-202 (más recientemente también en CARBONELL, Miguel (dir.), *Argumentación jurídica, El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, México, Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, Unam, 2014, p. 116 ss).

² Si la intervención en los derechos del consumidor, esto es, el desequilibrio del contrato producido por la cláusula o condición en examen, incumple las exigencias de estos tres subprincipios, vulnera el derecho intervenido y, por esta razón, debe ser declarada nula.

El principio de proporcionalidad ha de ser considerado como un concepto unitario, integrado por los tres anteriores subprincipios, y aplicado de manera escalonada o sucesiva: el juez que lo aplica primeramente debe indagar si la intervención que controla persigue un propósito legal o constitucionalmente legítimo, y si es adecuada para alcanzarlo, o por lo menos para promover su obtención.

Posteriormente el juez ha de verificar si dicha intervención adopta la medida más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revistan por lo menos la misma idoneidad para conseguir el objetivo propuesto. Por último, ha de evaluar si las ventajas que se pretende obtener con la intervención, compensan los sacrificios que se derivan para el consumidor afectado.

Al respecto, BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, ob. cit.*, p. 37.

³ Sobre la colisión entre principios o derechos fundamentales, v. BETHGE, Herbert, *Zur problematik von Grundrechtskollisionen*, Múnich, Franz Vahlen, 1977; BUCHWALD, Delf, «*Konflikte zwischen Prinzipien, Regeln und Elementen im Rechtssystem*», en SCHILCHER, Bernd/KOLLER, Peter/FUNK, Bernd-Christian (eds.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Viena, Verlag Österreich, 2000, p. 83-114; y ALEXY, Robert, «*Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik*», en LATORRE, Massimo/SPADARO, Antonino (eds.), *La ragionevolezza nel diritto*, Turín, Giappichelli, 2002, p. 9-26.

condición en examen, es decir, C₁ (P₁ P P₂), el juez deberá declarar la abusividad de ésta y su consecuencial nulidad y exclusión como contenido del contrato.

En tal caso, el desequilibrio generado por la cláusula o condición en examen constituye una restricción ilegítima, desproporcionada o abusiva de los derechos garantizados a favor de los consumidores por la prohibición de abuso.

En el caso contrario, es decir, C₂ (P₂ P P₁), por cumplir las exigencias del principio de proporcionalidad y de cada uno de los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, la cláusula constituye una intervención legítima en los derechos del consumidor que el juez debe reconocer como contenido del contrato.

III

Como criterio metodológico para la concreción o precisión normativa de los principios, así como base en la fundamentación de los actos jurídicos en que se materializan tales procesos, en Alemania el principio de proporcionalidad ha sido desarrollado extensamente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*, en adelante BVerfG), con ocasión, principalmente, de la restricción legislativa de los derechos fundamentales, complementado por la prolija bibliografía producida por la doctrina alemana del derecho público (constitucional y administrativo).

En esta misma área los libros, monografías y artículos publicados en Francia, España e Italia sobre el principio de proporcionalidad son también abundantes.⁴

Sin embargo, ni en España ni en Colombia se ha abordado un estudio sistemático del principio de proporcionalidad en el derecho privado,⁵ en especial en el derecho

⁴ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 37 ss.

⁵ BARAK, Aharon, «Derechos constitucionales y derecho privado», en ÁLVEZ MARÍN, Amaya y COLÓN-RÍOS, Joel (eds.), *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Escritos sobre derecho y teoría constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, p. 85 ss; y FRIEDMANN, Daniel y BARAK-EREZ, Daphne (eds.), *Human Rights in Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000.

de obligaciones y contratos,⁶ a la manera, por ejemplo, de los realizados en Francia por Sophie LE GAC-PECH,⁷ y en Alemania por Hans HANAU⁸ y Michael STÜRNER.⁹

Lo anterior a pesar de que, como afirmara Frank WIEACKER en 1979,¹⁰ la aplicación de este principio tuvo su raíz histórica y alcanzó una importancia capital en esta área del derecho.¹¹

⁶ En la doctrina italiana del derecho contractual, v. PERLINGIERI, Pietro, “*Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*”, *Rassegna di diritto civile*, RDC, 2001, p. 334 ss, ahora también en *Id.*, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato, Profili di diritto civile*, Nápoles, Esi, 2003, p. 441 ss; LANZILLO, Raffaella, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali, Corso di diritto civile*, Padua, Cedam, 2003; y CASUCCI, Felice, *Il sistema giuridico “proporzionale” nel diritto privato comunitario*, Nápoles, Esi, 2001.

⁷ LE GAC-PECH, Sophie, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, París, LGDJ, 2000.

⁸ HANAU, Hans, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht: zu Herleitung und Struktur einer Angemessenheitskontrolle von Verfassungs wegen*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2004. Anteriores al trabajo de HANAU, véanse los siguientes artículos sobre el principio de proporcionalidad en el derecho privado: CANARIS, Claus-Wilhelm, “*Grundrechte und Privatrecht*”, *AfP*, 3, 1984, p. 201 ss [ahora también en FEMIA, Pasquale (dir.), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati, Un percorso nella dottrina tedesca*, Nápoles, Esi, 2018, p. 107 ss]; *Id.*, “*Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*”, *JuS*, 3, 1989, p. 161 ss; y MEDICUS, Dieter, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht*, *Archiv für civilistische Praxis*, *AcP*, 1992, p. 35-70.

⁹ STÜRNER, Michael, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2010.

¹⁰ WIEACKER, Franz, “*Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismässigen Rechtsanwendung*”, en LUTTER, Marcus/STIMPEL, Walter/WIEDEMANN, Herbert (eds.), *Festschrift für Robert Fischer*, Berlín/Nueva York, Walter de Gruyter, 1979, p. 867 ss. Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho privado, v. también BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, ob. cit.*, p. 38.

Por otra parte, según COHEN-ELIYA y PORAT, si se examina la historia de los conceptos de ponderación (*balancing*), propia del derecho norteamericano, y proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit*), propia del derecho alemán, claramente se ve cómo esta última se desarrolló originalmente en el derecho administrativo, teniendo una relación apenas tangencial con el derecho privado, mientras que la ponderación surgió primeramente en este campo, extendiéndose luego al derecho público (COHEN-ELIYA, Moshe y PORAT, Iddo, “*American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*”, *International Journal of Constitutional Law*, *IJCL*, 8 (2), 2010, p. 266.

¹¹ Ahora bien, no sólo la aplicación moderna del principio de proporcionalidad tuvo lugar en el ámbito del derecho civil (WIEACKER). En el desarrollo de la actual teoría de los derechos fundamentales (*Theorie der Grundrechte*), y la importancia de éstos en el marco de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, incluida la constitucionalización de los derechos patrimoniales fundamentales, existe también cierta continuidad de la teoría de los derechos subjetivos de la dogmática civil de SAVIGNY, IHERING y GERBER.

Sobre la continuidad de la tradición analítica en la teoría de los derechos fundamentales, v. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales, ob. cit.*, p. 22-9; BERNAL, Carlos, “*Estudio Introductorio*”, en ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales, ob. cit.*, p. XXVII; LARENZ, Karl y CANARIS, Claus-Wilhelm, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Studienaufgabe)*, 3. Auflage, Berlín/Heidelberg, Springer, 1995; y LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho* (Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO, trad.), Barcelona, Ariel, 2001, p. 31-48. Cfr. VON SAVIGNY, Friedrich Karl, *Sistema de Derecho Romano Actual* (traducción francesa por M. Charles GUENOUX y versión castellana de Jacinto MESÍA y Manuel POLEY), Granada, Comares, 2005; VON IHERING, Rudolf, *El espíritu del derecho romano en las diferentes etapas de su desarrollo* (versión española y notas de Enrique PRÍNCIPE Y SATORRES), Granada, Comares, 1998; y VON GERBER, Carl Friedrich Wilhelm, *System des Deutschen Privatrechts*, Jena, G. Fischer, 1895.

Respecto de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, v. BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III/Dikinson, 2000, p. 261 ss. Sobre las teorías de los derechos fundamentales (liberal, institucional, axiológica y democrático-funcional del Estado social), v. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “*Teoría e interpretación de los derechos fundamentales*” (“*Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*”, Juan Luis REQUEJO, trad.), en *Id.*, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 44 ss; y BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, ob. cit.*, p. 251-396.

Sobre la problemática de la llamada “sobreconstitucionalización” del sistema jurídico, del efecto de irradiación de los derechos fundamentales y de la afectación concreta del principio de división de poderes, v. SIECKMANN, Jan-Reinard, “*Principios*

Igualmente, la actual doctrina iusprivatista reconoce y le augura al principio de proporcionalidad una alta potencialidad como criterio metodológico en la concreción judicial de conceptos como el de “desequilibrio injustificado”, en el caso de la abusividad contractual, no sólo respecto de los contratos de consumo, como se hace en el presente trabajo, sino también de los contratos entre empresarios (y, en general, para la protección del llamado “contratante débil”), en los “contratos asimétricos”.¹²

Aparte de sus aplicaciones sobre el derecho de propiedad,¹³ el principio de proporcionalidad podría servir de criterio de concreción normativa del concepto de “*excesiva desproporción prestacional*”, previsto tanto en los Principios Unidroit (art. 3.10) como en el Código Europeo de Contratos bajo el nombre de “*lesión contractual*”, así como de la noción de excesiva onerosidad sobreviniente, propia de la teoría de la imprevisión.¹⁴

formales» (Francisco CAMPOS ZAMORA, trad.), en Jorge PORTOCARRERO (ed.), *Ponderación y discrecionalidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 261-307.

Sobre la constitucionalización del derecho privado, v. BARKHUIYSEN, Tom y LINDERBERGH, Siewert (eds.), *Constitutionalisation of Private Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006; y ENGLISH, Rosalind y HAVERS, Philip (eds.), *An Introduction to Human Rights and the Common Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000.

¹² ROPPO, Vincenzo, “*Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo*”, *Revista de Derecho Privado*, 20, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 177-223.

¹³ En efecto, el principio de proporcionalidad, entendido como razonabilidad de los poderes públicos, en especial del legislador, puede servir como criterio delimitador de la función social de la propiedad.

Al respecto, REY MARTÍNEZ, Fernando, *La propiedad privada en la Constitución española*, Madrid, Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Constitucionales, CEC, 1994, p. 370 ss; y PEDRAZ PENALVA, Ernesto y ORTEGA BENITO, Victoria, “*El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del TC y literatura especializada alemanas*”, *Poder Judicial*, 17, 1990, p. 69-100.

La proporcionalidad en sentido amplio, como prohibición de exceso, comporta que un medio es exigible cuando el legislador no habría podido optar por un medio distinto, igualmente eficaz, que no limitara el derecho fundamental, o que lo hiciera en menor grado. La proporcionalidad en sentido estricto comporta una relación equilibrada entre la gravedad de limitar el derecho y la utilidad de la intervención pública.

Al respecto, REY MARTÍNEZ, *La propiedad privada en la Constitución española*, *ob. cit.*, p. 372-3 ss.

En relación con el derecho de propiedad, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha estimado que es una carga desproporcionada a la propiedad la obligación de las leyes de prensa de exigir a los editores dar gratuitamente determinado número de ejemplares cuando se trataba de obras valiosas, producidas con muchos costes y escasa tirada, y no cuando se trataba de producciones baratas y masivas.

Sobre este punto, REY MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 373-4, n. 142; y PAPIER, Hans-Jürgen, «*Kommentar Grundgesetz Art. 14*», en MAUNZ, Theodor y DÜRIG, Günther (dirs.), *Grundgesetz*, Múnich, C.H. Beck, 2021, p. 123.

¹⁴ BEATTY, David, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 171, para quien es posible aplicar un método imparcial y objetivo de revisión judicial basado en el principio de proporcionalidad, al que BEATTY considera como la “regla de oro del derecho”, por entero compatible con los ideales de la democracia y la soberanía popular.

Al respecto, BEATTY, David, «*Law’s Golden Rule*», en PALOMBELA, Gianluigi/WALKER, Neil (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Oxford/Portland (Oregon), Hart Publishing, 2009, p. 103.

En igual sentido, v. BARAK, Aharon, *Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations*, Nueva York, Cambridge University Press, 1992, p. 3; y ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights* (Julian RIVERS, trad.), Oxford, Clarendon

El principio de proporcionalidad también ha sido aplicado asiduamente durante las últimas décadas por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, TJCE.¹⁵

Según el Tribunal de Estrasburgo, el principio de proporcionalidad obliga a indagar si una medida es a la vez idónea a su fin y no desproporcionada con él; así como a verificar la adecuación entre la finalidad de la ley y los medios utilizados.¹⁶

Respecto del derecho de propiedad,¹⁷ eje central del derecho privado, desde el asunto *Guillow*, en el que se cuestionaba si la prohibición que recaía sobre el demandante de habitar su propiedad era una privación o una reglamentación, el TEDH definió exactamente la relación entre ese derecho y el principio de proporcionalidad: luego de considerar que la privación de la propiedad es más grave que la reglamentación de su uso, ya que el derecho del propietario es mantenido enteramente, ese Tribunal concluyó que la proporcionalidad se presenta como un medio de control de contenido variable.¹⁸

Existen casos, como los relacionados con el poder de imposición de multas o con la reglamentación del uso de los bienes, en los que el margen de interpretación estatal es tan amplio que prácticamente se anula la exigencia de proporcionalidad.¹⁹

Press, 2010, p. 74, para quienes el principio de proporcionalidad es el único método racional que permite justificar la limitación de los derechos fundamentales.

¹⁵ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 43-4. Respecto de la aplicación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal de Estrasburgo (art. 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), v. EISSEN, Marc-André, «*The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights*», en *The European System for the Protection of Human Rights*, MACDONALD, Ronald/MATSCHER, Franz/PETZOLD, Herbert, Leiden, Martinus Nijhoff, 1993; y FASSBENDER, Bardo, «*El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*», Cuadernos de Derecho Público, Cdp, 5, 1998; y MC BRIDE, Jeremy, «*Proportionality and the European Convention on Human Rights*», en ELLIS, *The principle of proportionality in the laws of Europe*, ob. cit., p. 23 ss.

Respecto de la aplicación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal de Luxemburgo, v. GEORGIADOU, Anna, «*Le principe de proportionnalité dans le cadre de la jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté Européenne*», Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, ARSP, vol. 81, 4, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1995, p. 532-41; y FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *La aplicación judicial europea del principio de proporcionalidad*, Madrid, Dikinson, 2009.

¹⁶ v. Sentencias *James y Spornong*. En ésta, el TEDH ha dicho que debe mantenerse un justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo.

Sobre este asunto, FASSBENDER, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, ob. cit., p. 52 ss; y MC BRIDE, *Proportionality and the European Convention on Human Rights*, ob. cit., p. 23 ss.

¹⁷ Al respecto, GASPARI, Francesco, «*Il diritto di proprietà tra giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e giurisprudenza costituzionale*», en RUGGERI, Lucia, *Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e influenza sul diritto interno*, Nápoles, Esi, 2009, p. 185-225.

¹⁸ FASSBENDER, ob. cit., p. 52 ss; y MC BRIDE, ob. cit., p. 23 ss.

¹⁹ Casos *Gillow* y *Agosi*, el primero relacionado con el control de alojamientos de la Isla de Guernesey; y el segundo a propósito de la legislación inglesa que impide al propietario de buena fe recobrar las piezas de oro introducidas fraudulentamente en Gran Bretaña, aún con su ignorancia. En el caso *Gillow*, la Comisión inicialmente concluyó que prohibir a alguien habitar una casa de su propiedad viola el principio de proporcionalidad en cuanto es contrario al fin de la legislación.

v. también el asunto *Sveriska Magragementgroup AB versus Suecia*, de 2 de diciembre de 1985, en el que se consideró que una obligación financiera derivada de impuestos o contribuciones puede perjudicar el principio de respeto de los bienes privados si constituye una carga excesiva para el interesado o si compromete radicalmente su situación financ

En otros casos, por el contrario, el TEDH exige un control de proporcionalidad mucho más riguroso y estricto.²⁰

Respecto del derecho de propiedad, dicho Tribunal tiene en cuenta la precariedad de este derecho en cabeza de los demandantes, así como la rigidez de la correspondiente legislación nacional (la imposibilidad para los demandantes de revisar el decreto de expropiación, o la prohibición de edificar aún cuando la administración no hubo hecho uso de tal prerrogativa en un plazo considerable), es considerada una carga especial y exorbitante y, por tanto, desproporcionada.²¹

Por último, en los casos de privación de la propiedad, el TEDH ha precisado que para apreciar si se ha preservado un justo equilibrio entre los diversos intereses en disputa, o si se ha impuesto una carga desmesurada o desproporcionada a la persona privada de su propiedad, hace falta la evidencia de tener acceso a las condiciones de indemnización.²²

IV

De acuerdo con lo anterior, resulta necesario hacer las siguientes precisiones metodológicas:

1º Se trata de un análisis del modelo colombiano de control judicial sobre las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión celebrados con consumidores, si bien en el mismo se formula una propuesta novedosa de juicio de abusividad estructurado a partir de los presupuestos de aplicación de la prohibición de abuso y de la lista de cláusulas *prima facie* abusivas (arts. 42 y 43 EC).

Igualmente, en el presente trabajo se plantean varios modelos de juicio de abusividad y una intensidad diferenciada del control judicial de contenido, según se trate de supuestos que se subsuman o no en la lista del artículo 43 EC:

1. El modelo de juicio de abusividad para la aplicación de la prohibición de abuso (art. 42 EC), que comprendería todos aquellos supuestos que no se subsumen en la lista de cláusulas presunta o *prima facie* abusivas; y
2. El modelo de juicio de abusividad para la aplicación de la lista enunciativa o no exhaustiva de cláusulas presunta o *prima facie* abusivas del artículo 43 EC.

Ambos modelos se distinguirían por la intensidad diferenciada del control material de abusividad (*test* estricto, intermedio o débil), así como por las reglas sobre carga de la prueba y de argumentación que cada uno de ellos supone.

²⁰ v. el Informe Mellacher y otros *versus* Austria, del 11 de julio de 1984.

²¹ Sentencias Sporong, antes citada, y Poiss, de 23 de abril de 1987.

Al respecto, REY MARTÍNEZ, *La propiedad privada en la Constitución española*, ob. cit., p. 372, n. 137.

²² Sentencia Lithgow. Al respecto, REY MARTÍNEZ, ob. cit., p. 372, n. 137.

2º Se trata, en segundo lugar, de un análisis de derecho comparado del sistema de control material de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo, con especial referencia al derecho español, como quiera que éste sirvió de modelo principal en la elaboración del estatuto colombiano del consumidor.

3º Si bien el fenómeno de la abusividad es común a todos los contratos privados (civiles, comerciales y de consumo), el análisis recaerá exclusivamente sobre estos últimos, y de manera especial sobre los contratos de adhesión a condiciones generales, no sólo porque el estatuto colombiano limita el control material de abusividad a la contratación adhesiva (art. 3º, num.1.6 EC), sino también por la frecuencia y el impacto económico y social que tal tipo de contratos tiene en el actual proceso de masificación del comercio.

4º Pese a la importancia de la jurisprudencia en el desarrollo de la teoría de las cláusulas abusivas, dada la reciente expedición del estatuto colombiano de protección del consumidor y la escasez de precedentes jurisprudenciales en materia de contratos de consumo, tanto judicial como arbitral, el presente análisis recae básicamente sobre la regulación legal del control material de abusividad contenida en dicho estatuto, salvo alusiones puntuales de la jurisprudencia tanto de los jueces y tribunales colombianos y españoles como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, así como de las opiniones y pareceres de la doctrina nacional y extranjera sobre la materia.²³

En síntesis, se trata de un análisis descriptivo del sistema de control judicial de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión a condiciones generales celebrados con consumidores, contenido en el régimen colombiano de protección del consumidor actualmente vigente.

V

Finalmente, es necesario delimitar el problema de la presente investigación, relacionado con los criterios para definir la abusividad de las cláusulas o condiciones de los contratos de adhesión²⁴, con otras cuestiones que le son vecinas o aledañas, como sucede con el problema de la eficacia horizontal o la aplicación de los derechos fundamentales entre particulares, llamada “efecto entre terceros” (*Drittwirkung der Grundrechte* o “*third party effect*”).²⁵

²³ Para un estudio de las cláusulas abusivas desde la perspectiva jurisprudencial, v. RODRÍGUEZ YONG, Camilo Andrés, *Una aproximación a las cláusulas abusivas*, Bogotá, Legis, 2013; e *ID.*, “*The doctrines of unconscionability and abusive clauses, a common point between civil and common law legal traditions*”, Oxford, Oxford University Comparative Law Forum, OUCFL, 2011.

²⁴ CANARIS, *Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip*, *ob. cit.*, p. 161 ss.

²⁵ Por *Drittwirkung* se entiende el efecto horizontal, o entre particulares, de los derechos fundamentales. Se habla también de efecto de los derechos fundamentales entre ciudadanos. Sin embargo, el concepto de ciudadano, vinculado al de nacionalidad, además de referirse exclusivamente a las personas naturales, alude a la contraposición política entre el Estado o la administración estatal, por una parte, y los sujetos subordinados, por la otra.

En otros términos, se trata de establecer la diferencia entre el rol que cumple el principio de proporcionalidad como criterio para definir la abusividad de las cláusulas o condiciones generales de los contratos de adhesión, objeto del presente trabajo, y el papel que cumple ese mismo principio como criterio para definir la constitucionalidad de las restricciones a los derechos fundamentales efectuadas por los jueces en la interpretación y aplicación del derecho privado.²⁶

En el primer caso, se trata de establecer, con fundamento en el principio de proporcionalidad, la existencia de un desequilibrio injustificado de los derechos y obligaciones del contrato. En el segundo, si la restricción efectuada por el juez al interpretar y aplicar el derecho privado a un caso concreto se ajusta a los derechos fundamentales como valor objetivo del ordenamiento jurídico.²⁷

En el marco del juicio de abusividad, el principio de proporcionalidad sirve al juez para definir si una cláusula es o no abusiva, es decir, como criterio o pauta para valorar la suficiencia o insuficiencia de las razones que justifican el desequilibrio del contrato.²⁸

1º Como se sabe, el principal destinatario de los derechos fundamentales es el Estado (eficacia vertical), bien sea de manera directa, o bien en los casos en que

La Drittwirkung, como se sabe, también se extiende a las personas jurídicas, las cuales, según el artículo 19, párr. 3 de la Ley Fundamental de Bonn (LF), son portadoras de derechos fundamentales.

Al respecto, BOROWSKI, Martin, «*Die Drittwirkung vor dem Hintergrund der Transformation moralischer Menschenrechte in Grundrechte*», en SANDKÜHLER, Hans Jörg, *Menschenrechte in die Zukunft denken*, Baden-Baden, Nomos, 2009, p. 109-26; y JULIO ESTRADA, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

En general sobre el efecto horizontal de los derechos fundamentales entre particulares o *Drittwirkung*, v. FEMA, *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati*, ob. cit.; y RIZZO, Nicola, «*Principi costituzionali e Diritto dei contratti, Note minime sull'uso dei principi costituzionali nel diritto dei contratti, rilegendo Dworkin e Hart*», *Rivista di diritto civile*, RivDirCiv, v. 65, n° 4, 2019, p. 912-39; y D'AMICO, Giovanni, «*Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*», *Giustizia civile*, GC, 2016, 3, p. 443 ss.

Véase también RABELO, Alfredo Mordechai y SERCEVIC, Petar (eds.), *Freedom of Contracts and Constitutional Law*, Jerusalén, Hebrew University of Jerusalem, 1998; ZIEGLER, Katja (ed.), *Human Rights and Private Law: Privacy as Autonomy*, Leiden, Oxford, Hart Publishing, 2006; MAK, Chantal, *Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, The Netherlands, Italy and England*, Alphen an den Rijn, Kluwer Law International, 2008; y HOFFMAN, David (ed.), *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

²⁶ Sobre este problema, v. CRIADO-CASTILLA, Juan Felipe, «*El principio de proporcionalidad como criterio de concreción normativa de la prohibición general de abuso*», *Revista de Derecho Privado*, 57, Bogotá, Universidad de los Andes, 2017, p. 4-36.

²⁷ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

²⁸ En el marco del juicio de constitucionalidad, y específicamente en el de los problemas relacionados con el efecto horizontal de los derechos fundamentales o *Drittwirkung*, el principio de proporcionalidad sirve como criterio al juez constitucional para definir si las restricciones a tales derechos, efectuadas por el juez al interpretar y aplicar el derecho privado en un caso concreto entre particulares, respetan el contenido de los derechos fundamentales como valores objetivos del ordenamiento (CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36).

los particulares, investidos de competencias públicas, actúan a nombre o de manera similar a éste (art. 53.1 CE).²⁹

Existen además casos en que los particulares, actuando en condiciones de igualdad en el tráfico jurídico privado, y siendo titulares de derechos fundamentales, se hallan vinculados también por éstos.³⁰

Se trata de casos de limitación de un derecho fundamental por parte de un particular, de colisiones, conflictos o del llamado efecto horizontal de los derechos fundamentales (*Horizontalwirkung*),³¹ cuestión ésta que, si bien puede coincidir en algunos puntos con la problemática de la abusividad contractual, en otros, en cambio, difiere netamente de ésta, como quiera que en los contratos de adhesión celebrados con consumidores, además de ser una relación estructuralmente asimétrica entre el predisponente y el consumidor adherente, no necesariamente supone un conflicto o colisión entre derechos fundamentales, sino entre derechos de otra índole, señaladamente los de origen contractual.³²

2º Como sabemos, los derechos fundamentales suponen una relación triádica compuesta de un sujeto activo o titular, un objeto o contenido y un destinatario, que normalmente es el Estado y, por excepción, en situaciones especiales, los particulares.³³

La *Drittwirkung*, o efecto horizontal de los derechos fundamentales entre particulares, plantea entonces las siguientes cuestiones:³⁴

²⁹ Según la doctrina de la acción estatal, tal como ha sido desarrollada en Estados Unidos, los derechos fundamentales se aplican de manera vertical y directa, no sólo a las relaciones Estado/ciudadano, sino también frente a los particulares que llevan a cabo funciones estatales.

Al respecto, BARAK, Aharon, «Derechos constitucionales y derecho privado», en *Id.*, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Escritos sobre derecho y teoría constitucional*, en ÁLVEZ MARÍN, Amaya y COLÓN-RÍOS, Joel (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, p. 85; y PERLINGIERI, Pietro, «Norme costituzionali e rapporti di diritto civile», en *Id.*, *Scuola, tendenze e metodi*, Nápoles, Esi, 1989, p. 122 ss.

³⁰ BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, *ob. cit.*, p. 85 ss; *Id.* «*Constitutional Human Rights and Private Law*», en FRIEDMAN, Daniel/BARAK-EREZ, Daphne (eds.), *Human Rights in Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2002; y OLIVER, Dawn/FEDTKE, Jörg (eds.), *Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study*, Londres, Routledge/Cavendish, 2007.

³¹ En principio o *prima facie*, los derechos fundamentales son garantías de los individuos, *vis-à-vis*, frente al Estado (efecto vertical). Sin embargo, en determinadas situaciones, tales derechos extienden también sus efectos frente a otros individuos particulares, como puede ser el patrono en las relaciones de trabajo, o la otra parte en las relaciones contractuales [efecto horizontal o frente a terceros de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*)].

Al respecto, SAJO, Andras y UITZ, Renata (eds.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, La Haya, Eleven International Publishing, 2005.

³² Al respecto, v. los artículos de DÜRIG, Günther, «*Grundrechte und Zivilrechtsprechung*», en MAUNZ, Theodor (dir.), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift für 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, Múnich, Isar Verlag, 1956, p. 157-90; y NIPERDDEY, Hans Carl, «*Grundrechte und Privatrecht*», en *Festschrift für E. Molitor*, Múnich/Berlín, Scherpe, 1962, p. 17 ss (ambos ahora en FEMIA, *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati*, *ob. cit.*, p. 75 ss y 55 ss, respectivamente).

³³ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 464.

³⁴ BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, *ob. cit.*, p. 85.

1. Tienen los derechos fundamentales efecto sobre las relaciones entre los particulares?

2. A la respuesta afirmativa de la anterior pregunta, cabría nuevamente preguntar: con qué intensidad se manifiesta dicho efecto horizontal?

3. Bien sea de manera directa o indirecta, mediata o inmediata, a través de qué medios se actualiza o concreta el efecto de los derechos fundamentales sobre las relaciones entre particulares?³⁵

4. Por otra parte, la mayoría de ordenamientos consideran que el Estado no sólo debe abstenerse de limitar o restringir los derechos fundamentales (aspecto negativo), sino que debe también proteger o desarrollar tales derechos (aspecto positivo).³⁶

No se trata, en consecuencia, de un poder discrecional, sino de un deber de protección del Estado (*Schutzpflicht*), en virtud del cual el legislador o el juez, según el caso, están en la obligación de desarrollar el derecho privado de conformidad con el aspecto objetivo de los derechos fundamentales.³⁷

En este sentido cabe preguntar también si este deber de protección, clarísimo en el caso del Estado, se extiende también a los particulares?³⁸

La anterior pregunta es especialmente relevante porque si el deber estatal es exclusivamente negativo, es decir, si adicionalmente no se impone al Estado el deber de proteger los derechos fundamentales del individuo, ello implica la usencia

³⁵ BOROWSKI, *Die Drittwirkung*, ob. cit., p. 109-26; y BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p. 85.

³⁶ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 398 ss; y BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p. 109 ss.

³⁷ La cuestión de si los derechos fundamentales son sólo derechos negativos que imponen al Estado el deber de no limitar al titular del derecho, o si son además derechos positivos, que imponen al Estado el deber de proteger al sujeto del derecho, tiene respuestas distintas en cada ordenamiento jurídico.

En Estados Unidos, por ejemplo, no se reconoce en principio el efecto positivo de los derechos fundamentales. La Carta de Derechos fue creada para prevenir las limitaciones de los derechos fundamentales por parte del Estado, de manera que la misma no tiene la función de imponer al Estado el deber de protección del individuo.

En Alemania, en cambio, se reconoce el aspecto positivo de los derechos fundamentales (*Schutzpflicht* o deber de protección). No se trata de un poder discrecional, sino de una obligación del Estado, de manera que el legislador o el juez, según el caso, están en la obligación de desarrollar el derecho privado de conformidad con el aspecto objetivo de los derechos fundamentales.

En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal alemán en más de una ocasión ha ordenado al legislador proteger los derechos fundamentales. Otros ordenamientos jurídicos, como la Convención Europea de Derechos Humanos, ECHR, reconocen los aspectos positivos de algunos derechos fundamentales, pero no de todos.

Al respecto, BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p. 109-13; *ID.*, *Proportionality*, ob. cit., p. 422; GRIMM, Dieter, «*The Protective Function of the State*», en NOLTE, George (ed.), *European and Us Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 137; y FREDMAN, Sandra, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

³⁸ BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p. 109-13.

de un deber de desarrollar el derecho privado según el modelo de la aplicación indirecta.³⁹

5. Por último, en el caso concreto de los contratos de adhesión a condiciones generales, cabe también preguntar si puede el consumidor oponer al predisponente los derechos fundamentales de que es titular, como serían, por ejemplo, los derechos de libertad o igualdad?

De la misma manera, tiene el predisponente un deber de protección frente a los derechos fundamentales del consumidor?⁴⁰

3º La *Drittwirkung* de los derechos fundamentales fue uno de los grandes temas de discusión de la teoría jurídica del Estado (*Staatsrechtslehre*) en el período inicial de la Ley Fundamental de Bonn (LF).⁴¹

Respecto de la existencia de la *Drittwirkung*, actualmente hay consenso sobre el efecto de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.⁴²

Lo que el Estado prohíbe o permite al individuo en las relaciones verticales, también influye en las relaciones entre particulares.⁴³ Sin embargo, es válido afirmar que ciertos derechos fundamentales solamente pueden ser dirigidos contra el Estado (la libertad de conciencia militar, por ejemplo).⁴⁴

El argumento central para la existencia de la *Drittwirkung* yace en que los intereses de libertad e igualdad de los individuos, protegidos por disposiciones constitucionales, no se hallan solamente amenazados por peligros originados por el Estado, sino también por los particulares investidos con igual poder.⁴⁵ El individuo, por ejemplo, como trabajador, puede hallarse más indefenso ante un empleador económicamente poderoso que ante el Estado.⁴⁶

³⁹ Por el contrario, si el deber del Estado es además un deber positivo, según el cual éste está obligado a proteger los derechos fundamentales del individuo frente a otros individuos, entonces el Estado habrá cumplido ese deber si desarrolla el derecho privado conforme al aspecto positivo de los derechos fundamentales. Ahora bien, la constitucionalidad de las normas creadas por el legislador o los jueces en cumplimiento de este deber positivo de protección de los derechos fundamentales estará sujeta al examen de proporcionalidad.

Al respecto, GRIMM, *The Protective Function of the State*, ob. cit., p. 37.

⁴⁰ Sobre esta cuestión, v. *infra* 104 bis *Excursus sobre derechos fundamentales y derecho privado*; y BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p. 85 ss.

⁴¹ BOROWSKI, *Die Drittwirkung*, ob. cit., p. 109-26.

⁴² BOROWSKI, ob. cit., p. 109-26.

⁴³ ob. cit., p. 109-26.

⁴⁴ ob. cit., p. 109-26.

⁴⁵ BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p. 88.

⁴⁶ BOROWSKI, *Die Drittwirkung*, ob. cit., p. 109-26.

Estas relaciones asimétricas de poder económico se presentan también en otras situaciones, como entre el arrendador y el arrendatario, o el banquero y sus clientes.⁴⁷

4º En la discusión alemana sobre el efecto horizontal de los derechos fundamentales se distinguen dos concepciones principales: la *Drittwirkung* inmediata (directa) y la *Drittwirkung* mediata (indirecta).⁴⁸

Desde la sentencia del caso Lüth (1958), el Tribunal Constitucional Federal alemán (BverfG), se decantó por la *Drittwirkung* mediata o indirecta de los derechos fundamentales.⁴⁹

A pesar de esta toma de posición, el debate sobre el carácter y la intensidad de la *Drittwirkung* no ha cesado en Alemania, y puede decirse que, por el contrario, la discusión se ha avivado y atizado profundamente al considerarse críticamente la interpretación proveniente de las primeras etapas de la dogmática de la ley fundamental de los años cincuenta del siglo XX, especialmente la relacionada con el deber de protección de los derechos fundamentales.⁵⁰

1. Según una primera variante de la *Drittwirkung*, sencillamente los particulares entran en el lugar del Estado como destinatarios de los derechos fundamentales. En las relaciones horizontales, los particulares se superponen de igual manera que en las relaciones verticales Estado-particulares.⁵¹

Los particulares que representen un peligro para los bienes constitucionales de otros, estarían vinculados a los derechos fundamentales de igual manera que el Estado.⁵²

Esta simple transferencia del efecto vertical al efecto horizontal de los derechos fundamentales ha sido objeto de las siguientes objeciones:

a.- A diferencia de los particulares, el Estado está facultado, mediante cláusulas de restricción, para limitar los derechos fundamentales.⁵³

⁴⁷ BOROWSKI, *ob. cit.*, p. 109-26.

⁴⁸ BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, *ob. cit.*, p. 87 ss; ALEXU, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 464 ss; y BOROWSKI, *Die Drittwirkung*, *ob. cit.*, p. 109-26.

⁴⁹ BOROWSKI, *ob. cit.*, p. 109-26; y BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, *ob. cit.*, p. 87 ss.

⁵⁰ BOROWSKI, *Die Drittwirkung*, *ob. cit.*, p. 109-26; y ALEXU, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 398 ss.

⁵¹ BOROWSKI, *Die Drittwirkung*, *ob. cit.*, p. 109-26.

⁵² BOROWSKI, *ob. cit.*, p. 109-26.

⁵³ *ob. cit.*, p. 109-26.

En tanto la correspondiente cláusula no establezca esta restricción, la limitación legal ha de ser clara y precisa y en todo caso respetar el contenido esencial del derecho.⁵⁴

Tales cláusulas de restricción permiten una limitación del derecho a través o con fundamento en la ley, lo que impide asimilar, sin más, la situación del particular con la del Estado.⁵⁵

b.- Por otra parte, los deberes de protección de los particulares no pueden ser iguales a los deberes de protección del Estado en las relaciones verticales. Al individuo le corresponde la autonomía individual, a diferencia del Estado que está obligado a la neutralidad.⁵⁶

2. Según la tesis de la *Drittwirkung* inmediata o directa, los derechos fundamentales son eficaces directamente en las relaciones jurídicas entre particulares, a pesar de las matizaciones que hay que hacer frente a la vinculatoriedad del Estado en las relaciones verticales.⁵⁷

Los particulares no solamente son portadores o titulares de derechos fundamentales, sino, además, en alguna medida, destinatarios de los mismos.⁵⁸

Si los derechos fundamentales constituyen el fundamento de toda comunidad humana (art. 1º, párr. 2 LF), entonces tales derechos han de ser también vinculantes entre los particulares.⁵⁹

En general, contra la *Drittwirkung* directa o inmediata se dirige el desarrollo histórico de los derechos fundamentales: éstos, en efecto, han sido desarrollados como reacción del ordenamiento jurídico frente a las intrusiones del Estado en la libertad y propiedad de los individuos.⁶⁰

⁵⁴ *ob. cit.*, p. 109-26; y ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 257 ss; y HÄBERLE, Peter, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz (La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn)*, Joaquín BRAGE CAMAZANO, trad., Madrid, Dickinson, 2003), Heidelberg, Müller C.F., 1983, p. 58 ss.

⁵⁵ BOROWSKI, *Die Drittwirkung*, *ob. cit.*, p. 109-26.

⁵⁶ BOROWSKI, *ob. cit.*, p. 109-26.

⁵⁷ *ob. cit.*, p. 109-26; y BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, *ob. cit.*, p. 87 ss.

⁵⁸ BOROWSKI, *Die Drittwirkung*, *ob. cit.*, p. 109-26.

⁵⁹ Por lo menos en tres casos concretos la Ley Fundamental de Bonn ordena la *Drittwirkung* inmediata entre particulares. Sin embargo, en lugar de ampliar dicho efecto inmediato a los demás derechos fundamentales, se llega a una conclusión contraria, esto es, que a los derechos fundamentales, por regla general, no les corresponde un efecto horizontal inmediato o directo, debiendo ser dicho efecto expresado clara y explícitamente (de manera textual) en los casos en que se requiera.

Al respecto, BOROWSKI, *ob. cit.*, p. 109-26.

⁶⁰ BVerfGE 7, 198 (204 ss).

El sentido o la finalidad de los derechos fundamentales debe ser la protección del individuo frente al Estado; no la protección de un particular frente a otro particular.⁶¹

En Alemania lo anterior lo corrobora lo dispuesto en el artículo 1º, parr. 3 LF, según el cual los derechos fundamentales, como derecho directamente aplicable, vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.⁶²

Dicha disposición menciona a los poderes públicos como destinatarios de los derechos fundamentales, no a los particulares.⁶³

3. Como hemos dicho, desde el caso Lüth, el Tribunal Constitucional Federal alemán acogió, con fundamento en la tesis del efecto irradiación, el modelo mediato o indirecto de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales.⁶⁴

De acuerdo con esta tesis, los derechos fundamentales representan un orden objetivo de valores, que fundamenta e irradia todo el ordenamiento y todas las relaciones jurídicas que lo conforman, públicas y privadas.⁶⁵

Con base en la teoría constitucional alemana,⁶⁶ el modelo de aplicación horizontal indirecta parte de considerar dos segmentos de los derechos fundamentales, uno subjetivo y otro objetivo:⁶⁷ el primero consiste en la facultad o posición del individuo como límite a la acción del Estado; el segundo en el valor objetivo de los derechos que se proyecta sobre las diversas áreas del ordenamiento jurídico (*objektive Wertordnung*).⁶⁸

⁶¹ BOROWSKI, *Die Drittwirkung*, *ob. cit.*, p. 109-26.

⁶² BOROWSKI, *ob. cit.*, p. 109-26.

⁶³ *ob. cit.*, p. 109-26.

⁶⁴ BVerfGE 7, 198, 198 ss; y BOROWSKI, *Die Drittwirkung*, *ob. cit.*, p. 121.

⁶⁵ BOROWSKI, *ob. cit.*, p. 121

⁶⁶ En especial, v. SMEND, Rudolf, «*Verfassung und Verfassungsrecht*» (*Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, CEC, 1985), en *Id.*, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, Duncker und Humblott, 2010.

⁶⁷ BARAK, *ob. cit.*, p. 98.

⁶⁸ La distinción entre estos dos elementos fue hecha por el Tribunal Constitucional Federal alemán en el famoso caso Lüth de 1958 [BVerfGE, 7, 198 (211)]: el Tribunal consideró que el derecho fundamental de Lüth a la libertad de expresión era un valor objetivo del ordenamiento jurídico, y que las "buenas costumbres" (*die guten Sitten*), a las que alude el artículo 826 del Código Civil alemán (BGB), estaban en consonancia con el mismo.

Erich Lüth, ciudadano judío, en ejercicio de su libertad de expresión, había solicitado a los propietarios de cines y distribuidores de películas, boicotear la cinta *Jud Süß* (*El judío Süß*), del renombrado director nazi Veit Harlan, solicitud de boicot que fue prohibida en primera instancia por una corte civil de Hamburgo.

El Tribunal Constitucional concluyó finalmente que el llamado a boicot de Lüth estaba protegido *prima facie* por la libertad de expresión del artículo 5.1 de la Ley Fundamental. Al respecto dijo: cuando la aplicación de normas del derecho civil conduzca a la restricción de un derecho fundamental, han de ponderarse los principios constitucionales en conflicto, debiendo en este caso prevalecer la libertad de expresión, conforme a la cual han de interpretarse las "buenas costumbres" de que habla el artículo 826 BGB.

En la sentencia Lüth, pionera en el derecho alemán de la *Drittwirkung* mediata o indirecta, el Tribunal Constitucional Federal partió de la siguiente premisa:⁶⁹ la Ley Fundamental, en su apartado de derechos fundamentales, estableció un orden objetivo de valores cuya fuerza normativa se refleja en todos los ámbitos del derecho, y que se dirige, no sólo a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, sino también a las relaciones entre los particulares y al derecho civil que las regula.⁷⁰

El contenido legal de los derechos entre particulares debe reflejar tal orden objetivo de valores.⁷¹

4. En conclusión, de acuerdo con la teoría del orden objetivo de valores, los derechos fundamentales afectan también las relaciones entre particulares y las normas jurídicas que las regulan, en especial las disposiciones de derecho civil.⁷²

Ahora bien, a diferencia de la *Drittwirkung* inmediata o directa, cuyo núcleo consiste en que los derechos y obligaciones entre particulares, en tanto basados en los derechos fundamentales, revisten una naturaleza constitucional inmediata,⁷³ la *Drittwirkung* mediata o indirecta considera que a tales relaciones solamente le son aplicables las disposiciones legales del derecho civil, así su contenido esté imbuido, transido o permeado de manera determinante por el componente objetivo de los derechos fundamentales.⁷⁴

5º Como hemos visto, el modelo del efecto horizontal indirecto asume que los derechos fundamentales se aplican normalmente a las relaciones Estado/ciudadano, pero como cada uno de tales derechos expresa un valor objetivo que irradia todo el ordenamiento, los derechos fundamentales se aplican también, de manera indirecta, a las relaciones entre particulares (ciudadano/ciudadano).⁷⁵

Una de las consecuencias del caso Lüth es que los derechos fundamentales no se agotan en los clásicos derechos de defensa frente al Estado (*Abwehrrecht*), sino que encarnan un orden objetivo de valores (*objective Wertordnung*), que irradia todo el ordenamiento jurídico (*Ausstrahlungswirkung*) y se aplica también a los particulares.

Al respecto, BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p. 99; y ALEXEY, Robert, "Constitutional Rights, Balancing and Rationality", *Ratio Juris*, v. 16, 2, 2003, p. 131-40.

⁶⁹ BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p. 94 ss; BOROWSKI, *Die Drittwirkung*, ob. cit., p. 121; y ALEXEY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 465.

⁷⁰ BOROWSKI, *Die Drittwirkung*, ob. cit., p. 122.

⁷¹ BVerfGE 7, 198b (205). Lo anterior implicaba para el caso concreto que el llamado al boicot efectuado por Eric Lüth gozaba de la protección del derecho fundamental de libertad de expresión y no constituía, por lo mismo, un acto contrario a las buenas costumbres en el sentido del § 826 BGB.

Al respecto, BOROWSKI, *Die Drittwirkung*, ob. cit., p. 121.

⁷² ob. cit., p. 121.

⁷³ BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p. 94 ss; y BOROWSKI, *Die Drittwirkung*, ob. cit., p. 121.

⁷⁴ BOROWSKI, *Die Drittwirkung*, ob. cit., p. 121.

⁷⁵ BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p. 99-100.

1. Un modo indirecto como tales valores objetivos permean e irradian el ordenamiento jurídico es a través de la interpretación del derecho privado,⁷⁶ pues los jueces, al interpretar y aplicar el derecho a los casos concretos, han de poner en consonancia el régimen legal de la propiedad, de los contratos o de la responsabilidad con los valores objetivos que encarnan derechos fundamentales como la dignidad humana, la libertad y la propiedad.⁷⁷

Tales aspectos, que conforman el contenido del derecho privado (*rectius*: del derecho privado patrimonial), deben ser interpretados de una manera que satisfagan la dignidad humana, la igualdad, la libertad, la propiedad y demás valores objetivos que se derivan de los derechos fundamentales (*interpretatio secundum constitutionem*).⁷⁸

Los valores objetivos, como los derechos fundamentales que los conforman, se encuentran en constante conflicto (el aspecto objetivo de la libertad de expresión colisiona, por ejemplo, con el aspecto objetivo de la privacidad); colisión que es resuelta mediante la ponderación de los valores en conflicto según su peso o importancia relativa en el caso concreto.⁷⁹

Tales valores objetivos penetran el derecho privado a través de la interpretación teleológica.⁸⁰

2. Conceptos como buena fe o “desequilibrio injustificado del contrato” que, en nuestro caso, constituyen la base de la noción de abuso, representan situaciones especiales de interpretación en el derecho privado, como quiera que los mismos,

⁷⁶ El texto de la ley es interpretado de manera que satisfaga su propósito, el cual, a un nivel elevado de abstracción, incluye los valores fundamentales del ordenamiento jurídico (interpretación teleológica). La búsqueda del sentido de la ley, en otras palabras, no ha de comprender sólo su entorno cercano, sino que debe extenderse también a los círculos más amplios de los propósitos y valores objetivos que encarnan los derechos fundamentales.

Al respecto, BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p. 99-100.

⁷⁷ BARAK, ob. cit., p. 100.

⁷⁸ En general, sobre esta “interpretación conforme a la Constitución” (*verfassungskonforme Auslegung*), v. HESSE, Konrad, *Derecho constitucional y Derecho Privado* (GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, trad.), Madrid, Civitas, 2016; e *Id.*, *Escritos de Derecho constitucional* (CRUZ VILLALÓN, Pedro y AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, trad.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, 2012, p. 57 ss. En la doctrina italiana, v. PERLINGIERI, Giovanni y CARAPEZZA FIGLIA, Gabriele, *L’ «interpretazione secondo costituzione» nella giurisprudenza*, Nápoles, Esi, 2012.

⁷⁹ CANARIS, *Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip*, ob. cit., p. 161 ss. Sin embargo, tal ponderación, que realizan los jueces en un nivel infra-constitucional para interpretar y aplicar a los casos concretos el derecho privado, es distinta de la que realiza el Tribunal Constitucional para determinar la validez de las leyes que restringen los derechos fundamentales.

Al respecto, v. BARAK, Aharon, «Sobre los conflictos entre derechos constitucionales», en ÁLVEZ MARÍN y COLÓN-RÍOS (eds.), *La aplicación judicial de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 65 ss.

⁸⁰ BARAK, *Purposive Interpretation*, ob. cit., p. 153 ss.

como normas jurídicas, tienen la forma de principios, distinguibles claramente de las reglas.⁸¹

Tales principios proveen al ordenamiento jurídico de la flexibilidad necesaria para adaptarse y ajustarse a las necesidades y circunstancias cambiantes y evitar el estancamiento y la parálisis del derecho.⁸²

La interpretación de los mismos ha de hacerse conforme al aspecto objetivo de derechos fundamentales como la dignidad humana, la propiedad, la privacidad y la libertad de movimiento y de ocupación que informan e irradian el derecho privado.⁸³

La buena fe y la prohibición de abuso, por ejemplo, expresan un estándar de honestidad, justicia y lealtad entre las partes del contrato, con el objeto de que los intereses de éstas se arreglen de una manera justa y equilibrada, teniendo en cuenta las expectativas razonables de cada una de ellas.⁸⁴

La honestidad y la justicia entre las partes del contrato son requisitos de la buena fe que, como contenido normativo del derecho privado, ha de reflejar los valores objetivos de la dignidad humana, la privacidad, la propiedad y la libertad.⁸⁵

3. Por otra parte, la interpretación del derecho parte de la existencia de una norma jurídica relevante, sea constitucional o legal.⁸⁶

Si los derechos y las normas iusfundamentales correspondientes irradian objetivamente el ordenamiento jurídico y, como parte de éste, al derecho privado, qué sucede entonces cuándo no existe norma civil relevante que regule el caso concreto (insuficiencia o laguna del ordenamiento).⁸⁷

⁸¹ BARAK, *Purposive Interpretation*, ob. cit., p. 67 ss; e *Id.*, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p.101. Además, v. SULLIVAN, Kathleen, "Foreward: The Justice of Rules and Standards", 106, Harvard Law Review, 106, Issue 1, 1992, p. 22-123; y ÁVILA, Humberto, *Theory of Legal Principles*, Heidelberg-Nueva York, Springer, 2007.

⁸² BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p.101-2.

⁸³ BARAK, ob. cit., p.101-2; y ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 465-7.

⁸⁴ BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p.104. v., Sobre la prohibición de abuso como estándar normativo, v., además, POUND, Roscoe, *The administrative application of legal standard*, *Reports of American Bar Association*, t. XLIV, 1919; y PÉGLION-SIKA, Claire-Marie, *La notion de clause abusive, Étude de droit de la consommation*, París, LGDJ, 2018.

⁸⁵ A través de la buena fe, desde el derecho constitucional al derecho privado, "fluyen los valores objetivos del ordenamiento jurídico" (BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p.104).

⁸⁶ BARAK, ob. cit., p.104.

⁸⁷ BARAK, *Purposive Interpretation*, ob. cit., p. 67 ss; e *Id.*, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p.105. Sobre las lagunas en el derecho, v. también CANARIS, Claus-Wilhelm, "De la manière de constater et de combler les lacunes en droit allemand", en *Le problème des lacunes en droit*, Bruselas, Bruylant, 1967.

Al respecto se han de aplicar las reglas y principios de integración del derecho para colmar las lagunas e insuficiencias que el ordenamiento jurídico presenta frente al caso concreto.⁸⁸

En la mayoría de ordenamientos del sistema continental o del *civil law*, la integración de la norma complementaria que suple tal insuficiencia o laguna parte de la analogía con una norma similar de derecho privado, en defecto de lo cual el juez ha de crear la norma del caso con fundamento en los principios generales del derecho.⁸⁹

Nuevamente, la constitucionalidad de esta norma de derecho privado, añadida judicialmente según las reglas y principios de integración normativa, en la medida en que limite los derechos fundamentales, puede ser cuestionada con arreglo al principio de proporcionalidad.⁹⁰

4. Finalmente, como explicamos arriba, ante ciertas circunstancias de déficit normativo, el legislador o el juez deben crear el derecho y en éste plasmar los valores objetivos que encarnan los derechos fundamentales.⁹¹

En el caso del legislador, siendo el derecho privado en los sistemas del *civil law* generalmente legislado, para resolver un problema que aún no ha sido legalmente resuelto, o para actualizar o adaptar la legislación vigente a los cambios sucedidos desde su entrada en vigor, el legislador, mediante el reconocimiento legislativo de nuevos derechos de orden sub-constitucional, ha de expedir las nuevas leyes de conformidad con los correspondientes derechos fundamentales.⁹²

De la misma manera y siempre en defecto del legislador, en los eventos en que el juez deba crear la norma jurídica para el caso concreto, ésta ha de reflejar el componente objetivo de los derechos fundamentales.⁹³

⁸⁸ BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p.105.

⁸⁹ BARAK, ob. cit., p.105.

⁹⁰ Según partidarios de la tesis de la plenitud del ordenamiento jurídico, la ley contiene una solución negativa implícita respecto de los asuntos no regulados explícitamente por ella. Como quiera que esta respuesta negativa implícita, que se incorpora normativamente al ordenamiento jurídico privado, puede o no estar conforme con los aspectos objetivos de los derechos fundamentales, su constitucionalidad deberá ser evaluada también a la luz del principio de proporcionalidad.

En otras palabras, tanto la solución positiva explícita como la negativa implícita, el incorporarse normativamente al ordenamiento jurídico privado sub-constitucional, pueden suponer una limitación desproporcionada de los derechos fundamentales y, como tal, estar sujetos al control de constitucionalidad.

Al respecto, BARAK, *Purposive Interpretation*, ob. cit., p. 67 ss; e *Id.*, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p.105-107; y CANARIS, *Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip*, ob. cit., p. 161 ss.

⁹¹ BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p. 107.

⁹² BARAK, ob. cit., p. 107.

⁹³ ob. cit., p. 108.

En el derecho de daños y de contratos es frecuente que el juez cree derecho de esta manera y, al hacerlo, ha de plasmar en las normas judicialmente creadas el aspecto objetivo de los derechos fundamentales.⁹⁴

La validez constitucional en ambos casos, es decir, tanto en la legislación nueva como en el desarrollo judicial del derecho, estará sujeta al cumplimiento de los requisitos del principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).⁹⁵

De hecho, el desarrollo del derecho privado por el legislador o por la judicatura, como acción estatal, puede limitar los derechos fundamentales de los individuos. Sin embargo, tal limitación será constitucional en la medida en que esté en consonancia con el principio de proporcionalidad.⁹⁶ En este sentido, la complejidad de la problemática de la abusividad contractual tiene un espectro más amplio que el de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares.⁹⁷

VI

En congruencia con el problema planteado (el papel del principio de proporcionalidad como criterio para definir la abusividad de las cláusulas o condiciones de los contratos de adhesión), el contenido del presente trabajo se organiza en cuatro (4) Partes, once (11) Títulos y treinta (30) Capítulos, relacionados, en su orden, con el derecho del consumo en general y el derecho contractual del consumo en particular; las condiciones generales de contratación y la incorporación de éstas en los contratos de adhesión celebrados con consumidores (Primera Parte); las cláusulas abusivas (Segunda Parte); la estructura y función del juicio de abusividad (Tercera Parte), así como el papel que dentro de éste cumple el principio general de proporcionalidad y cada uno de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (mandato de ponderación) [Cuarta Parte].

La Primera Parte (De la contratación a condiciones generales) tiene como objeto las relaciones entre el derecho general del consumo y el derecho común de contratos,

⁹⁴ El juez debe crear y desarrollar normas jurídicas de manera que el derecho privado sea irradiado por el valor objetivo de los derechos fundamentales. El desarrollo judicial del derecho privado traducirá el aspecto objetivo de estos derechos mediante la creación de derechos legales oponibles por unos individuos frente a otros individuos. Es necesario insistir en que en que este desarrollo judicial del derecho solamente es posible en la medida en que el legislador no establezca una solución contraria.

Al respecto, BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p. 108.

⁹⁵ BARAK, ob. cit., p. 108; e *Id.*, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 127 ss.

⁹⁶ BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 127 ss.

⁹⁷ Al respecto, v. el escrito de habilitación de LEISNER, Walter, *Grundrechte und Privatrecht*, Múnich/Berlín, C.H. Beck, 1960, p. 183-4; FRANGI, Marc, *Constitution et droit privé, Les droits individuels et les droits économiques*, París, Economica, 1992; ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 515; RIVERS, Julian, «A Theory of Constitutional Rights and the British Constitution (Translator's Introduction)», en ALEXY, *Theory of Constitutional Rights*, ob. cit., p. xxxvi-xli; así como el citado trabajo de HESSE, *Derecho constitucional y derecho privado (Verfassungsrecht und Privatrecht)*.

así como las características y objeto del derecho contractual del consumo como derecho especial (Título 1º, Capítulos I y II). En este título se hacen dos digresiones o excursos sobre el derecho colombiano del consumo y los contratos de adhesión en Colombia.

Por su importancia económica y social, también en esta Primera Parte se analiza el concepto de condición general de contratación, sus rasgos característicos, las reglas especiales de interpretación y los mecanismos de su control judicial y administrativo (Título 2º, Capítulos III a VI). Igualmente, en dicho título se incluye una digresión sobre “las condiciones generales” del derecho colombiano del consumo.

En la Segunda Parte (La sanción del abuso de la libertad contractual),⁹⁸ exponemos la regulación legal de las cláusulas abusivas, tanto en el derecho comunitario europeo como en los derechos español y colombiano (Título 3º, Capítulos VII y VIII); su noción, rasgos distintivos y clasificación general (Título 4º, Capítulos IX a XI). En esta segunda parte se incluye un *excursus* sobre la jurisprudencia del TJUE en materia de cláusulas abusivas y unas conclusiones sobre la noción y características de las mismas.

La tutela judicial del consumidor frente a las cláusulas abusivas, el juicio y el sistema normativo de abusividad contractual constituyen el objeto de la Tercera Parte de este trabajo. Como mecanismo principal de protección de los consumidores, del juicio de abusividad se trata su objeto y estructura; la relación de ésta con los presupuestos lógicos de aplicación de la prohibición de abuso; el equilibrio contractual como objeto central de la etapa declarativa y la revisión en sentido amplio como remedio general del desequilibrio del contrato (Título 5º, Capítulos XII a XV).

El sistema normativo de abusividad contractual comprende básicamente el análisis de la prohibición de abuso y el derecho general a un contrato equilibrado que esta norma garantiza a favor de los consumidores, así como del mandato de ponderación y la lista de cláusulas *prima facie* abusivas (Título 6º, Capítulos XVI a XVIII). Como complemento, se incluyen en este título dos digresiones sobre la creación judicial del derecho y la naturaleza de la lista de cláusulas *prima facie* abusivas.

No obstante, la tesis central se desarrolla en la Cuarta Parte de este trabajo (Abusividad y principio de proporcionalidad), dedicada al análisis del papel que este principio, y cada uno de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cumple o puede cumplir como criterio para definir la abusividad de las cláusulas y condiciones de los contratos de adhesión (Títulos 7º y 8º, Capítulos XIX a XXIV), bien como base de la fundamentación y

⁹⁸ PÉGLION-SIKA, Claire-Marie, *La notion de clause abusive: au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, París, Université Panthéon-Assas, Universidad de París, 2013, p. 125.

criterio estructural de las normas de decisión adscritas en que se materializa el proceso de concreción normativa de la prohibición de abuso, bien como criterio para definir el concepto de desequilibrio injustificado de los contratos de adhesión (Título 9º, Capítulos XXV).

Al final del título séptimo hacemos una digresión (Derechos fundamentales y derecho privado) sobre el problema del efecto horizontal de los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares o *Drittwirkung*.

Esta Cuarta Parte comprende también los supuestos más frecuentes e importantes de desequilibrio contractual, como las cláusulas abusivas en materia de responsabilidad e incumplimiento contractual (Título 10º, Capítulos XXVI a XXIX); y nuestra propuesta sobre el modelo diferenciado de control material de abusividad, según se trate de la aplicación de la prohibición de abuso o de la lista de cláusulas *prima facie* abusivas (Título 11º, Capítulo XXX). Este último título lo complementa un *excursus* sobre los límites y restricciones de la libertad contractual.

Para contextualizar la forma como se desarrolla el control material de abusividad de los contratos de adhesión, en el Título Preliminar (Cuestiones metodológicas) se hace un breve repaso del concepto moderno de contrato y de la evolución que este concepto ha experimentado a raíz de los procesos de masificación y estandarización contractual nacidos de la irrupción del consumismo y de la necesidad de proteger al consumidor como parte débil de la relación contractual frente al empresario o profesional, en especial en los contratos a condiciones generales; así como del principio *pro consumatore* como base del derecho del consumo; los mecanismos de protección contractual y el control o juicio de abusividad como objeto de la investigación.

Finalmente, en la confección de las notas de pié de página y la bibliografía básica y general hemos seguido las reglas de citación del *Chicago Manual of Style*⁹⁹ y, en la redacción del texto, las recomendaciones y reglas gramaticales de ortografía, puntuación, uso de mayúsculas, abreviaciones, símbolos, expresiones numéricas y ortotipografía de la Real Academia Española de la Lengua, RAE.¹⁰⁰

En la mención de pueblos, ciudades y países hemos procurado, en la medida de lo posible, la denominación española de los mismos.

⁹⁹ https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-2.html.

¹⁰⁰ MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.), *Libro de estilo de la Justicia*, Bogotá, Real Academia Española/Espasa/Concejo General del Poder Judicial, Bogotá, Planeta, 2018.

TÍTULO PRELIMINAR ASPECTOS METODOLÓGICOS

1. El contrato en el derecho privado moderno.¹⁰¹

Con fundamento en los principios de libertad e igualdad, contrato es todo acuerdo de voluntades mediante el cual los interesados se obligan.¹⁰² El contrato es obra común de partes que además de libres se hallan en una situación de igualdad económica.¹⁰³

El instrumento más eficaz para el intercambio de bienes y servicios es el contrato, concebido como un acuerdo de voluntades al que llegan libremente las partes situadas formalmente en un plano de igualdad jurídica.¹⁰⁴ La autonomía privada

¹⁰¹ VAN CAENEGEM, Raoul Charles, *An Historical Introduction to Private Law* (JOHNSTON D.E.L. trad.), Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

Sobre la evolución histórica del concepto de contrato, v. GOUNOT, Emmanuel, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Étude critique de l'individualisme juridique*, Dijon, th. / París, Rousseau, 1912; MOLITOR, Erich, *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Karlsruhe, Müller, 1949; MOLITOR, Erich y SCHLOSSER, Hans, *Perfiles de la nueva historia del derecho privado* (Angel MARTÍNEZ SARRIÓN, trad.), Barcelona, Bosch, 1980, reimp. Santiago de Chile, Olejnik, 2020; KOSCHAKER, Paul, *Europa y el derecho romano (Europa und das römische Recht*, Múnich/Berlín, C. H. Beck, 1953, traducción castellana de José SANTA CRUZ TEJEIRO), Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955; WIEACKER, Franz, *Historia del derecho privado de la edad moderna* (Francisco FERNÁNDEZ JARDÓN, trad.), Madrid, Aguilar, 1957; GORDLEY, James, *The philosophical origins of modern contract*, Oxford, Clarendon Press, 1992.

Más recientemente, v. ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1996; *Id*, *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today (Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo, La tradición del derecho civil en la actualidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010), Oxford, Oxford University Press, 2001; WESENBERG, Gerhard y WESENER, Günter, *Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa* (José Javier DE LOS MOZOS TOUYA, trad.), Valladolid, Lex Nova, 1998, p. 202; BERMAN, Harold, *La formación de la tradición jurídica de Occidente* (Mónica UTRILLA DE NEIRA, trad.), México, Fondo de Cultura Económica, FCE, 2001; y MERRYMAN, John Henry, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal System of Europe and Latin America*, Stanford, California, Stanford University Press, 2007.

v. también, SCHIOPPA, Antonio Padoa, *Storia del diritto in Europa: Dal medioevo alla età contemporanea*, Bolonia, Il Mulino, 2007; MOUSOURAKIS, George, *Fundamentals of Roman Private Law*, Berlín, Springer, 2012; y HERZOG, Tamar, *A Short History of European Law: The Last Two and a Half Millennia (Una breve historia del derecho europeo, Los últimos 2500 años*, Miguel Angel COLL RODRÍGUEZ, trad., Madrid, Alianza, 2019), Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 2018; y WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, "Sobre la noción de contrato en las Instituciones de Gayo", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 34, enero-junio 2018, p. 19-49.

¹⁰² El contrato, como el más importante de los negocios jurídicos y paradigma de la autonomía privada, es un concepto moderno que, aparte de los tipos singulares de contratos, el derecho romano no reconoció como categoría general, como sí ocurrió con el concepto de *obligatio*. La elaboración del concepto de contrato como categoría general, a pesar de sus anticipaciones en el derecho romano clásico, la escolástica tardía y el derecho natural racionalista, no se consolida sino hasta el *usus modernus Pandectarum*, en vísperas de la codificación, con la doctrina de la autonomía privada.

Al respecto, DE LOS MOZOS, José Luis, «El contrato y sus transformaciones», en *Estudios de derecho civil, Obligaciones y contratos, Libro homenaje a Fernando Hinestrosa*, t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 363-5; WESENBERG/WESENER, *Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, *ob. cit.*, p. 85-7; HATTENHAUER, Hans, *Conceptos fundamentales del derecho civil* (Gonzalo HERNÁNDEZ, trad.), Barcelona, Ariel, 1987, p. 63 ss; y MOUSOURAKIS, George, *Fundamentals of Roman Private Law*, Berlín, Springer, 2012.

¹⁰³ GORLA, Gino, *El contrato, Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico* (José FERRANDIS VILELLA, trad.), Barcelona, Bosch, 1959; y SANTOS BRIZ, Jaime, *La contratación privada, Sus problemas en el tráfico moderno*, Madrid, Montecorvo, 1966.

¹⁰⁴ Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, Civitas, 1996, p. 137. El acuerdo de las partes (*consensus*, según un léxico consolidado en los siglos III y II a. C.; más tarde *conventio*), se expresaba dentro de una tipología de relaciones rigurosamente prevista en los edictos de los pretores.

supone el reconocimiento de un poder de autogobierno o autorregulación, en virtud del cual cada persona define libremente sus propios fines e intereses, sus propias situaciones y relaciones jurídicas.¹⁰⁵

Una concreción del principio de autonomía privada es la libertad contractual que supone tanto la posibilidad de contratar o no contratar, la elección del otro contratante y el tipo contractual, así como la facultad de configurar modalidades contractuales distintas a las legales o de modificar o sustituir éstas por otras completamente nuevas.¹⁰⁶

El principio de libertad contractual comprende, además, la posibilidad de definir libremente, en el marco de las normas imperativas, el contenido normativo del contrato.¹⁰⁷

Hasta finales del siglo XIX, el paradigma del sistema tradicional era el contrato por negociación, fruto de conversaciones y tratos preliminares que llevaban al consentimiento de las partes.¹⁰⁸

Dicho modelo de contrato se avenía muy bien con transacciones económicas sencillas y esporádicas, o con los negocios propios de un modo de producción artesanal o de prestaciones contractuales particularizadas, pero mal con la con la dinámica propia del capitalismo avanzado y la producción en masa de bienes y servicios, caracterizada por la reducción de costos, la maximización de beneficios y la captación masiva de clientes mediante el *marketing* y la publicidad.¹⁰⁹

Con base en la interpretación de los juristas, tal tipología se formó en torno a la concesión pretoria «de lo comprado» y «de lo vendido»; «de lo alquilado» y «de lo tomado en alquiler»; «en defensa del socio» y «del mandato», lo que llevó a la formación jurisprudencial de los correspondientes esquemas contractuales de compraventa, del alquiler, de la sociedad y del mandato.

Al respecto, SCHIAVONE, *Ius, La invención del derecho en Occidente, ob. cit.*, p. 173; WATSON, Alan, “*The Evolution of Law: The Roman System of Contracts*”, *Law and History Review*, II, 1984, p. 1 ss; GROSSO, Giuseppe: *Il Sistema romano dei contratti*, Turín, 1963; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *La compravendita in diritto romano*, I-II, Nápoles, 1961-63; *Id.*, *Il mandato in diritto romano*, Nápoles, 1965, p. 46 ss; e *Id.*, *La società in diritto romano*, Nápoles, 1965.

¹⁰⁵ FERRI, Luigi, *La autonomía privada* (Luis SANCHO MENDIZÁBAL, trad.), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 11 ss; SCOGNAMIGLIO, Renato, *Teoría general del contrato* (Fernando HINESTROSA, trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 13-29; DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, Madrid, Civitas, 2008, p. 65; DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial, ob. cit.*, p. 143; ATAZ LÓPEZ, Joaquín y SALELLES CLIMENT, José Ramón, «*La libertad contractual y sus límites*», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Tratado de contratos*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 129 ss.

¹⁰⁶ HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las obligaciones*, t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 9.

¹⁰⁷ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos, ob. cit.*, p. 155.

¹⁰⁸ En este mismo sentido, apunta Don Luis DíEZ-PICAZO que el principio *pacta sunt servanda* y la regla de la absoluta sujeción a lo pactado, corolarios de la autonomía privada y la libertad contractual, fueron cediendo, por fuerza de la masificación y de las teorías de la imprevisión y frustración del contrato, a la posibilidad de liberar o aligerar al deudor de sus obligaciones contractuales en caso de circunstancias extraordinarias e imprevisibles que hicieran muy gravosa su situación contractual, y a que el juez pudiera ordenar la revisión del contrato e incluso liberar a los contratantes en casos especiales [cláusula *rebus sic stantibus* (DíEZ-PICAZO, *Fundamentos, ob. cit.*, p. 155-7)].

¹⁰⁹ BIANCA, Cesare Massimo, *Derecho civil, el contrato* (Fernando HINESTROSA y Edgar CORTÉS, trads.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 363 ss; y GABRIELLI, Enrico, «*I contratti in generale*», en RESCIGNO, Pietro y GABRIELLI, Enrico (dirs.), *Trattato dei contratti*, Turín, Utet, 2006.

Por motivos de organización y racionalización empresarial, a comienzos de la pasada centuria surge la necesidad de un contrato estándar o tipo, cuyo contenido es previamente establecido en formularios impresos e impuesto masivamente por las empresas a clientes que sólo pueden adherir o rechazar en bloque tal contenido predispuesto.¹¹⁰

Además del abaratamiento de costos, se buscaba con ello, aún a riesgo de abusos y de que el contenido contractual fuera el reflejo exclusivo de los intereses negociales del predisponente, evitar que quien produjera o distribuyera bienes y servicios en masa tuviera que acudir a la negociación individual de cada contrato.¹¹¹

La reacción del derecho frente a esta nueva realidad, como ajuste elemental de justicia correctiva, ha sido la protección del adherente como parte débil de la relación contractual,¹¹² garantía que se materializa en la regulación de las condiciones generales de los contratos de adhesión, la expedición de estatutos de protección de

¹¹⁰ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 150. En las sociedades industrializadas modernas, en cuanto a las transformaciones y adaptaciones de la dogmática del contrato, se destaca la aparición de los contratos de hecho, por una parte, y de los contratos de adhesión, por la otra.

En los contratos de hecho se prescinde de la declaración de voluntad, sustituyéndola por un comportamiento típico, que entraña un consentimiento tácito o implícito con todos sus efectos aunque no se manifieste una voluntad concreta. En el caso de los contratos de adhesión, no se trata de una voluntad tácita o presunta, sino de la imposición, por una de las partes, de las condiciones del contrato, con afectación de la *aequitas pacti*.

Al respecto, DE LOS MOZOS, *El contrato y sus transformaciones*, ob. cit., p. 368-70; LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, t. I (*Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, Múnich/Berlín, C.H. Beck, 1957, versión española y notas de Jaime SANTOS BRIZ), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 18 ss; y DE CASTRO, Federico, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, Civitas, 1975.

¹¹¹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1587.

¹¹² DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 150. En este mismo sentido, MAZEAUD advierte que, frente a la facultad del contratista dominante de modificar unilateralmente el contenido del contrato y la desigualdad a lo largo de su formación y ejecución, la reacción del derecho es la exigencia de un equilibrio contractual que neutralice las ventajas desproporcionadas que aquél haya alcanzado en perjuicio del contratante débil [MAZEAUD, Denis, «*Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, Ne risque-t-on pas d'aller trop loin?*», en JAMIN, Christophe y MAZEAUD, Denis (dirs.), *La nouvelle crise du contrat*, París, Dalloz, 2003, p. 136-8].

los consumidores en tanto adquirentes finales de bienes y servicios¹¹³, así como la prohibición de cláusulas abusivas.¹¹⁴

¹¹³ La crisis de la *aequitas pacti*, que pone en duda el equilibrio o el sinalagma del contrato, se manifiesta, en primer lugar, en la alteración de las circunstancias por excesiva onerosidad sobreviniente, problema que supone la tensión entre el principio *pacta sunt servanda* y la cláusula *rebus sic stantibus* y al que se trata de dar respuesta con la teoría de la imprevisión.

En segundo lugar, dicha crisis se manifiesta también en el llamado contrato forzoso, o de contenido impuesto (*diktierter Vertrag*), introducido inicialmente para solucionar el problema del arrendamiento de vivienda urbana y que se extendió luego a otros ámbitos, fenómeno que se inscribe en el más general de la ingerencia de la ley o de la intervención pública en la economía y en el ámbito de la autonomía y libertad privadas.

Al respecto, DE LOS MOZOS, *El contrato y sus transformaciones*, ob. cit., p. 370-4; y VON HAYEK, Friedrich August, *Derecho, legislación y libertad*, vol. I (*Normas y orden*), Madrid/Buenos Aires, Unión Editorial, 1978, p.110 ss.

Por otra parte, la masificación contractual, producto de la sociedad de consumo, genera una nueva quiebra en la teoría tradicional del contrato: la ruptura de la idea fundamental de la relatividad de éste y la irrupción del llamado derecho del consumo. En el primer caso se amplía la eficacia del contrato al vincular a personas distintas de las partes, en especial para hacer efectiva, en determinados supuestos, la responsabilidad contractual, como sucede con la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos.

Respecto del derecho del consumo, se trata de asegurar el equilibrio de la relación contractual en los contratos en que intervienen profesionales y consumidores, como quiera que la justicia contractual exige equilibrio y proporcionalidad en los derechos y obligaciones que incumben a cada una de las partes. A este objetivo apuntan las normas sobre abusividad contractual y las que reconocen al consumidor un plazo de desistimiento o de revocación del contrato.

Al respecto, DE LOS MOZOS, *El contrato y sus transformaciones*, ob. cit., p. 374-9; Díez-PICAZO, Luis, "Una nueva doctrina general del contrato?", ADC, 46, 1993, p. 1705 ss; y REMY, Philippe, *L'évolution contemporaine de droit des contrats*, Journées René Savatier, París, Puf, 1986, p. 103 ss.

¹¹⁴ Don Fernando HINESTROSA afirma que la historia de las luchas sociales y políticas de los siglos XIX y XX se refleja en la teoría del contrato, en particular en lo que hace a la determinación de su contenido y a los poderes del Estado de alterarlo, por intervención del legislador, del ejecutivo o del juez. La implosión del comunismo y el colapso del Estado Bienestar, a finales del siglo XX, condujo a una reformulación del sentido, función y alcance de la autonomía negocial y del papel de la autoridad pública a propósito de su ejercicio.

Sin perder de vista las diferencias entre los sistemas jurídicos, si bien no se puede afirmar un retorno del contrato como producto de la libertad soberana de las partes, que por ese medio crean derecho y establecen su propia "ley", en la medida en que se reclamó la intervención del Estado para proteger al contratante débil y corregir los desequilibrios contractuales, se pasó a tomar el acto de ejercicio de la autonomía privada como un mero supuesto de hecho, cuya realización por medio del negocio jurídico y del contrato da pie para que el ordenamiento, por medio de normas imperativas, determinara el contenido de la disposición particular de intereses, ampliando con ello el ámbito de intervención del Estado, reduciendo e incluso suprimiendo expresiones elementales de la autonomía distintas de la determinación del contenido negocial, como la libertad de contratar o no, de hacerlo o no con determinada persona, o de escoger el medio de expresión.

Si bien las revoluciones francesa e industrial liberaron a la humanidad de la servidumbre feudal, su declaración de igualdad ante la ley no llegó a operar plenamente, como quiera que las desigualdades económicas entre los individuos conducen a una desigualdad que impide que los contratos se celebren en condiciones paritarias. En la época de la redacción de los códigos modernos, el contrato no era otra cosa que el acuerdo singular entre sujetos formalmente iguales para regular relaciones artesanales o agrarias, bien distintas a las de consumo masivo, a escala y estandarizadas que irrumpieron en el siglo XX, ni la aparición de entidades privadas nacionales, multinacionales o transnacionales, más grandes y con mayor presencia que el propio Estado, proclives de suyo al abuso de su posición dominante, altamente especializadas y creadoras de normas a través de condiciones generales de contratación.

La celebración y ejecución de contratos no sólo pone de manifiesto la desigualdad real entre las partes y los efectos perniciosos de ese desequilibrio, sino también la necesidad de conjurarlo y corregirlo mediante la búsqueda de un cierto equilibrio contenido en la idea de justicia. La disposición de los propios intereses presupone y exige libertad e igualdad de las partes, de donde se infiere que los sujetos débiles no se hallan en condiciones de celebrar verdaderos contratos con contrapartes poderosas que simplemente les plantean la alternativa de adherir al contenido que les ofrecen, o de no obtener el bien o servicio demandado, dadas las condiciones de monopolio de que ellas gozan, bien de hecho o de derecho.

La teoría del negocio jurídico desarrollada hacia la mitad del siglo XIX bajo el estímulo de la libertad política y económica y de la exaltación de la voluntad individual, de la cual es reflejo la doctrina del contrato, en especial en lo que hace a la determinación de su contenido y a los poderes del Estado de alterarlo, no legitima que el reconocimiento de la autonomía privada, en la generalidad de sus explicaciones, se resuelva en un factor de prepotencia y de imposición de los sujetos económicamente fuertes en perjuicio de los débiles, que solamente podría eliminarse mediante la instauración de condiciones efectivas de igualdad y justicia, así como la adopción de medidas de protección de los sujetos débiles que, sin comprimir la autonomía negocial, pongan remedio a sus abusos y excesos, hechos que propiciaron la aparición de nuevas clases de

2. El principio *pro consumatore* como base del derecho del consumo.

Cuando se trata del suministro de agua o de energía eléctrica, o de la prestación de servicios financieros o de telecomunicaciones, la aceptación del contenido predispuesto resulta dramática por la apremiante necesidad de su imprescindible consumo.¹¹⁵

En estos casos la autonomía individual se encuentra seriamente restringida y el contrato no es ya obra común de las partes, sino de una sola de ellas, limitándose la otra a aceptar o rechazar en bloque las cláusulas impuestas unilateralmente por el predisponente.

Esta asimetría da lugar a contratos de adhesión cuyo contenido se encuentra estandarizado en las mencionadas condiciones generales, carentes por completo de las formas tradicionales de expresión de la voluntad contractual.¹¹⁶

Ante la insuficiencia de los mecanismos tradicionales del derecho común de contratos, el principio *pro consumatore* se traduce en una serie de instrumentos de protección que, en el ámbito de las obligaciones, y como una modulación del dogma de la autonomía privada y del principio *pacta sunt servanda*, singulariza al derecho contractual del consumo como un derecho especial y tuitivo de los consumidores.¹¹⁷

Tal fórmula, sintética del conjunto de mecanismos de protección del consumidor, constituye una limitación material frente al abuso de la libertad contractual del predisponente y del ejercicio desproporcionado o injustificado de su facultad de configurar unilateralmente el contenido del contrato.¹¹⁸

relaciones contractuales, necesitadas de nuevas categorías de contrato, como los de consumo, sujeto a una disciplina propia y diferente, o como los de trabajo, los contratos entre empresarios o, en fin, los llamados contratos asimétricos.

La primera manifestación de esa nueva dinámica del orden público, con intervención del Estado, fue el contrato dirigido, el de contenido normativamente impuesto, pasando por el de trabajo, sustraído del código civil, con una disciplina aparte que si bien no se asimiló al contrato de derecho público, sí se aproximó a él, así como la regulación de las distintas especies de contratos de explotación del campo y de arrendamiento de inmuebles urbanos, hasta llegar recientemente a los contratos de consumo.

Sobre la evolución del concepto moderno de contrato, v. HINESTROSA, *Tratado*, vol. I, t. II (*De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*), *ob. cit.*, p. 181-5); y SCOGNAMIGLIO, Renato, «*Negozio giuridico e autonomia privata*», en *Id.*, *Scritti giuridici*, t. I, Padua, Cedam, 1996, p. 50.

¹¹⁵ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 162-5.

¹¹⁶ DíEZ-PICAZO, *ob. cit.*, p. 162-5.

¹¹⁷ Al respecto, GARCÍA VICENTE, José Ramón, «*Contratación con consumidores*», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Tratado de contratos*, *ob. cit.*, t. II, §10, p. 1445 ss. El ascenso de la legislación protectora de los consumidores como uno de los fenómenos más visibles de los últimos años, cuya explicación se encuentra en la necesidad de proteger a los adquirentes en el mercado de bienes y servicios, ante la ineficacia de los mecanismos tradicionales de protección previstos al efecto tanto en el derecho civil como en el mercantil, poco pensados para el tráfico en masa y la sociedad de consumo, y la seducción y aun acoso de los consumidores mediante la publicidad en los medios masivos de comunicación social (GARCÍA VICENTE, *Contratación con consumidores*, *ob. cit.*, p. 1147).

¹¹⁸ *ob. cit.*, p. 1147.

Los mecanismos que desarrollan el principio *pro consumatore*, integrados en leyes especiales que regulan determinados sectores de la actividad económica,¹¹⁹ se refieren específicamente a las condiciones generales de contratación, a la fase formativa del contrato, publicidad, derecho a la información, garantía por vicios y defectos de los bienes y productos, responsabilidad del productor, a las vías alternativas de arbitraje o la concesión a los consumidores de medios de acceso expeditos a los tribunales, las acciones de grupo, la legitimación de las asociaciones de consumidores, entre otros.¹²⁰

Tales instrumentos de protección pueden ser preventivos, como sucede con la intervención administrativa en los contratos de adhesión, o de carácter penal para reprimir las transgresiones más graves.

En algunos países, como España y Portugal, el principio *pro consumatore* tiene rango constitucional.¹²¹

3. Los mecanismos de protección contractual.

Como hemos dicho, el principio *pro consumatore* comprende una serie de mecanismos de protección contractual, que singularizan al derecho del consumo respecto del derecho común de contratos.

Dentro de tales mecanismos, de muy variada naturaleza y alcance, se destacan los siguientes:

1º El carácter imperativo de las normas de protección (art. 4º EC), que singulariza, como seña de identidad, al derecho contractual del consumo respecto del derecho común de contratos, de carácter generalmente dispositivo.

2º Los deberes de información (arts. 1º, num.2; 3º, num.1.3; 5º, num.7; 23 a 28 (Título V); y 37, num.1 EC), como mecanismos prevalentes de protección de los consumidores, aspecto en el que existe una mayor confluencia entre el derecho contractual del consumo y el derecho común de contratos y en donde las insuficiencias de este justifican los remedios ideados por aquél.

3º Guardando una proximidad evidente con el anterior, la integración contractual de las declaraciones publicitarias y la represión de la publicidad engañosa [arts. 3º, num.1.4; 5º, nums.12-13; 29 a 33 (Tít. VI) EC].

¹¹⁹ Según DE LOS MOZOS, no siendo el principio *pro consumatore* un principio constitucional como el de autonomía privada, juega, sin embargo, como éste, un papel fundamental a la hora de valorar el equilibrio del contrato (*El contrato y sus transformaciones, ob. cit.*, p. 376-7, nota 34).

¹²⁰ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos, ob. cit.*, p. 162-5.

¹²¹ DíEZ-PICAZO, *ob. cit.*, p. 162-5.

4º El derecho de desistimiento o retracto (art. 47 EC), mecanismo de protección de uso generalizado que disfruta ya de una posición preeminente en el derecho contractual del consumo.

5º También son mecanismos de protección del consumidor la responsabilidad contractual en sentido amplio, por el propósito que motiva a todo contratante de ver satisfecho su interés en el cumplimiento del contrato; la forma de este, teniendo en cuenta que el derecho contractual del consumo es esencialmente formal, en el sentido de que impone, para la eficacia, validez y oponibilidad de los derechos y facultades que el contrato entraña, que se cumpla una determinada forma; la invalidez y la impugnación del contrato; la posibilidad de modificación del mismo y ciertas modalidades de contratación que se identifican por el modo de celebración del contrato o las circunstancias en que se desarrolla la perfección o ejecución del mismo (contratos a distancia y contratos celebrados por fuera de los establecimientos de comercio) [arts. 5º, nums.15 y 16; y 46-48 EC].¹²²

3. 1. El control de abusividad como mecanismo contractual de protección del consumidor.

El control judicial sobre las cláusulas abusivas, en especial de las previstas en los contratos de adhesión a condiciones generales (arts. 3º, num.1.6; 42, 43, 44; 56, num.3; 57 y 58 EC), constituye el mecanismo de protección más importante dado el uso extendido de la contratación predispuesta en el actual proceso de masificación del comercio y su impacto económico y social.¹²³

Este mecanismo de control, conocido como *test* o juicio de abusividad, tiene por propósito definir si una cláusula o condición es o no abusiva, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto.

La tendencia del profesional predisponente a mejorar o apuntalar su posición con quiebra del equilibrio del contrato está presente en los diversos sectores de la actividad económica, manteniendo y aun profundizando la vulnerabilidad del consumidor como parte débil de la relación contractual.¹²⁴

Como concreción del principio *pro consumatore*, el juicio de abusividad constituye un mecanismo de control que, operando conforme a reglas especiales, modera el uso desproporcionado, por parte del predisponente, de su libertad contractual y, más concretamente, de la facultad de configurar el contenido del contrato.

Tal mecanismo de protección exige el cumplimiento, por parte del predisponente, de los requisitos formales de incorporación de las condiciones generales al contenido del contrato, en especial los relacionados con el deber de informar de

¹²² Para el caso español, v. GARCÍA VICENTE, *Contratación con consumidores*, *ob. cit.*, p. 1457-9.

¹²³ CRIADO-CASTILLA, Juan Felipe, "El juicio de abusividad en los contratos de consumo", *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, Universidad de los Andes, 53, 2015, p.12 [<http://dx.doi.org/10.1542/redepriv.53.2015.05.1>].

¹²⁴ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 12.

manera suficiente al consumidor los efectos y alcances de tales condiciones (art. 37, num.1EC).¹²⁵

4. El control o juicio de abusividad como objeto de la investigación.

De la evolución histórica del contrato, de la irrupción del principio *pro consumatore* como base del derecho del consumo y del control material de abusividad como el principal mecanismo de protección contractual del consumidor, de la siguiente manera enunciaremos la finalidad y el objeto de la presente investigación:

1º La finalidad del presente trabajo es analizar la aplicación del principio de proporcionalidad como criterio metodológico para definir la abusividad de una cláusula o condición concreta, vale decir, si ésta produce un desequilibrio injustificado del contrato en perjuicio del consumidor.

De acuerdo con la tesis postulada en el presente trabajo, el principio de proporcionalidad no sólo sirve de criterio estructural para definir en qué casos y bajo qué circunstancias, fácticas y jurídicas, una cláusula o condición produce un desequilibrio injustificado, sino también de base en la fundamentación de las decisiones que el juez debe adoptar en los procesos de control material de las condiciones generales de los contratos de consumo.

El principio de proporcionalidad serviría al juez para establecer, no sólo el desequilibrio del contrato, sino también la suficiencia o insuficiencia de las razones que puedan justificar tal desequilibrio.

La definición de la abusividad de una cláusula o condición es una cuestión de carácter interpretativo, que se vincula al problema de la correcta fundamentación de las decisiones mediante las cuales el juez define cada uno de los anteriores extremos.

2º La prohibición de cláusulas abusivas está garantizada por el sistema de control material de las condiciones generales (juicio de abusividad), control que constituye un límite a la libertad del predisponente de definir unilateralmente el contenido del contrato. Si el juez de conocimiento, al término del procedimiento legal de control, llega a la conclusión de que la cláusula o condición es abusiva, es decir, que causa un desequilibrio injustificado del contrato en perjuicio del consumidor, debe declararla nula.

Ahora bien, el control judicial de abusividad tropieza con la dificultad de saber, dada la indeterminación normativa de la prohibición de abuso, cuándo existe un desequilibrio del contrato y, de manera especial, cuándo una razón es suficiente o plausible para justificar tal desequilibrio.

¹²⁵ *ob. cit.*, p. 12; y STOFFEL-MUNCK, Philippe, *L'abuse dans le contrat, Essai d'une théorie*, París, LGDJ, 2000, p. 22.

Esta indeterminación e incertidumbre normativa es disipada con la ayuda de criterios metodológicos que, como el principio de proporcionalidad, indican al juez lo que en el caso concreto está prohibido, mandado o permitido al predisponente desde el punto de vista de la prohibición de abuso.

Desde esta perspectiva puede decirse que el juicio de abusividad o el control material de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores, objeto del presente contrato, consiste en un proceso racional de concreción normativa.

4.1. Test o juicio de abusividad y principio de proporcionalidad.

La disciplina legal de la abusividad en el ámbito de la contratación predispuesta ocupa un lugar central en el sistema de protección de los consumidores, tanto en el derecho comunitario europeo, como en los derechos colombiano y español.

El ámbito de aplicación de tal régimen se estructura en torno a los conceptos de consumidor y empresario como términos subjetivos de la relación sujeta a control (criterio subjetivo); la noción legal de cláusulas no negociadas individualmente como materia objeto de éste (criterio objetivo) y los requisitos formales de accesibilidad y transparencia como condiciones de la incorporación de tales cláusulas al contrato (criterio formal), presupuesto de un ulterior control de contenido, o juicio de abusividad, estructurado, a su vez, en la contravención del principio de buena fe y en los conceptos de desequilibrio importante (España) y desequilibrio injustificado del contrato (Colombia).

El juicio de abusividad y el papel que dentro del mismo cumple el principio de proporcionalidad, constituye el objeto del presente trabajo, limitado, no obstante, al análisis del control de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión a condiciones generales, dado el uso extendido de la contratación predispuesta en el actual proceso de masificación del comercio y su impacto económico y social.

Se trata, en resumen, de definir los criterios de que se sirve el juez para declarar que una cláusula es abusiva, y la estructura del juicio de abusividad dentro del cual se llega a esa conclusión.¹²⁶

4.1.1. La estructura “principlal” de la prohibición de abuso y los problemas metodológicos de su aplicación judicial.¹²⁷

La prohibición de abuso (art. 42 EC), como norma con carácter de principio y validez *prima facie*, no prohíbe todo desequilibrio que el predisponente cause en perjuicio

¹²⁶ BERNAL, *El principio de proporcionalidad, ob. cit.*, p. 56-8; y ALEXU, Robert, *El concepto y la validez del derecho* (Jorge MALEM SEÑA, trad.), Barcelona, Gedisa, 1994, p. 41-4.

¹²⁷ DE BECHILLON, Marielle, *La notion de principe général en droit privé*, Marsella, Presses universitaires d'Aix-Marseille, PUAM, 1998; y RIZZO, Vito, «Principios, cláusulas generales, proporcionalidad, razonabilidad y contrato», en PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, José Luis (dir.) y PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, Francisco Javier (coord.), *Derecho privado, responsabilidad y consumo*, Cizur Menor, Aranzadi-Aranzadi-Thomson Reuters, 2018, p. 731-42.

del consumidor, sino aquel que, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del contrato, sean injustificados, para definir lo cual el juez necesita valerse de algún criterio o punto de referencia que le permita medir la suficiencia de las razones que fundamenten la posición del predisponente.¹²⁸

Por otra parte, la prohibición de abuso se caracteriza también por su alto grado de abstracción e indeterminación normativa, lo que impide al juez deducir, de su propio texto y de manera directa, la norma de decisión del caso que se somete a su consideración.¹²⁹

Lo anterior exige que el juez, para definir si una cláusula es o no abusiva, deba emprender un proceso de precisión o concreción normativa (*Konkretisierung*),¹³⁰ cuyo resultado es la regla adscrita en la que se define o especifica, frente al caso concreto, lo que a las partes del contrato está prohibido, ordenado o permitido desde el punto de vista de la prohibición de abuso.¹³¹

¹²⁸ Por la manera como se halla estructurado legalmente el concepto de cláusula abusiva, puede concluirse que la prohibición de abuso no proscribiera de manera definitiva cualquier desequilibrio de los derechos y obligaciones del contrato, sino aquellos desequilibrios que sean además injustificados, es decir, carentes de razones que de manera suficiente lo justifiquen, atendiendo las condiciones particulares del caso concreto (validez *prima facie*).

Para que una cláusula sea considerada abusiva se requiere, no sólo que la misma produzca un desequilibrio del contrato, sino que tal desequilibrio sea además injustificado, para definir lo cual no es útil cualquier motivo, sino aquellas razones o argumentos que sean plausibles o suficientes de acuerdo a un criterio racional de medida, o a un patrón o modelo de conducta social considerado paradigmático.

La prohibición de abuso no ostenta una validez definitiva, sino una validez *prima facie* en la medida en que permite desequilibrios contractuales siempre que éstos se hallen debidamente justificados.

Sobre el concepto de validez *prima facie*, v. BOROWSKI, Martin, *Grundrechte als Prinzipien, Die Unterscheidung von prima facie Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1998.

¹²⁹ RIZZO, *Principios, cláusulas generales, proporcionalidad, razonabilidad y contrato*, ob. cit., p. 731-42.

¹³⁰ Sobre la concreción normativa de las cláusulas generales (*Generalklausen*), tipo de norma dentro del cual la doctrina española incluye la prohibición general de abuso, v. ROTHEL, Anne, *Normkonkretisierung in Privatrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2004; *Id.*, «Die Konkretisierung von Generalklausen», en REISENHUBER, Karl (dir.), *Europäische Methodenlehre*, Berlín, De Gruyter, 2015; y SCHMIDT, Martin, *Konkretisierung von Generalklausen im Europäischen Privatrecht*, Berlín, De Gruyter, 2009. v. también, ROTHEL, Anne y MÖSLEIN, Florian, «Concretisation of General Clauses», en REISENHUBER, Karl (dir.), *European Legal Methodology*, Cambridge, Intersentia, 2017, p. 264-89.

¹³¹ ENGISCH, Karl, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit (La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales)*, Juan José GIL CREMADES, traducción y estudio preliminar, Granada, Comares, 2004), Heidelberg, Carl Winter, 2ª Auflage, 1968.

Sobre las exigencias de la concreción en la aplicación del derecho, como vinculación del juez a los fenómenos de la realidad, v. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, Tecnos, 1971, p. 53-8. v. también, HUBER, Hans, «Über die Konkretisierung der Grundrechte», en SALADIN, Peter/WILDHABER, Luzius (eds.), *Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden*, Basilea/Stuttgart, Helbing und Lichtenbahn, 1972; y MÜLLER, Friedrich, «Verfassungskonkretisierung», en CHRISTENSEN, Ralph (ed.), *Methodik, Theorie, Linguistik des Rechts: neue Aufsätze (1995-1997)*, Berlín, Duncker und Humblot, 1997.

Sobre el proceso de precisión y concreción de normas iusfundamentales por parte del Tribunal Supremo de Estados Unidos, v. SCHEFER, Markus, *Konkretisierung von Grundrechten durch den U.S. Supreme Court, Zur sprachlichen, historischen und demokratischen Argumentation im Verfassungsrecht*, Berlín, Duncker und Humblot, 1997; y COHEN-ELIYA/PORAT, *American Balancing and German Proportionality*, ob. cit., p. 263.

Esta regla de decisión sirve de premisa mayor en la fundamentación interna del fallo mediante el cual se define la abusividad de la cláusula o condición en examen, y expresa la suficiencia de las razones que justifican el desequilibrio del contrato.¹³²

De esta manera, la aplicación judicial de la prohibición de abuso, y en especial el derecho a un contrato equilibrado que la misma garantiza a favor de los consumidores, comporta los siguientes problemas:

1º En primer lugar que dicha norma no prescribe de manera definitiva la conducta prohibida, ordenada o permitida al predisponente, ni los criterios que permitan al juez, al resolver un caso concreto de abusividad, definir la existencia de un desequilibrio contractual, ni cuándo éste es injustificado, es decir, carente de las razones que puedan justificar tal desequilibrio.¹³³

2º Por otra parte, la decisión mediante la cual el juez define la abusividad de la cláusula o condición en examen, en especial la regla de decisión adscrita, ha de estar respaldada por razones o argumentos suficientes, rigurosamente organizados de manera que ofrezca garantías de objetividad y racionalidad jurídicas y alejadas de cualquier posibilidad de ser considerada una decisión absurda o arbitraria.¹³⁴

¹³² La norma adscrita de decisión es una regla que, en primer término, se aplica mediante subsunción a la cláusula o condición en examen y, en segundo lugar, ostenta una validez definitiva en la medida en que contiene determinaciones que proceden de la consideración de las razones que juegan en contra de lo prescrito por las demás normas con las que entra en colisión.

Al respecto, v. ALEX, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 61; y BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p.110

¹³³ BERTHIAU, Denis, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, París, LGDJ, 1999, p. 57.

¹³⁴ El objetivo del presente trabajo es analizar el rol que cumple o puede cumplir el principio de proporcionalidad, en cuanto criterio para determinar el contenido de los derechos del consumidor vinculante al predisponente, en el marco del control material de abusividad de los contratos de adhesión, así como la correcta fundamentación de las decisiones que recaen sobre las cláusulas o condiciones que intervienen el contenido de tales derechos. Como se sabe, los derechos del consumidor están dotados de validez jurídica, y a su contenido normativo se encuentra vinculado el predisponente, quien debe respetarlo so pena de ser declarada nula la cláusula o condición que lo transgrede.

Ahora bien, el control material de abusividad tropieza con dificultades cuando el contenido normativo de estos derechos no se encuentra determinado por completo en la ley, evento en el cual afloran incertidumbres y disputas interpretativas que deben ser previamente resueltas como quiera que la determinación, fijación o especificación del contenido normativo de todo enunciado jurídico es un presupuesto lógico de su aplicación a un caso concreto de abusividad contractual. En otras palabras, los derechos del consumidor no pueden ser aplicados a un caso concreto si su contenido no ha sido previamente determinado, o si no han sido disipadas las incertidumbres que se presentan a causa del déficit o falta de precisión y explicitud semántica de las disposiciones legales o constitucionales que los tipifican.

Cada vez que los jueces aplican los derechos del consumidor para resolver un caso cuya solución no emana directamente de la ley, debe determinar de antemano su contenido normativo. Este acto de determinación judicial recibe el nombre de concreción normativa y, como todo acto jurisdiccional, eleva una pretensión de corrección. Esto significa que toda concreción normativa de los derechos del consumidor se presenta a sí misma como una decisión correcta que pretende ser reconocida de este modo, no sólo por el hecho de provenir del órgano judicial competente, sino, ante todo, por estar respaldada por una fundamentación correcta.

En otras palabras, la concreción normativa de los derechos del consumidor implica, en primer lugar, que ella se pretenda a sí misma como una decisión correcta; que pretenda, en segundo término, ser reconocida y considerada como en la práctica como una decisión correcta; y, finalmente, que se pretenda a sí misma como una decisión susceptible de ser fundamentada.

Al respecto, v. BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 56-8; ALEX, Robert, "Law and Correctness", *Current Legal Problems*, CLP, University College London, vol. 51, Issue 1, 1998, p. 205-21; e *Id.*, *El concepto y la validez del derecho*, ob. cit., p. 41-4.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la finalidad del juicio de abusividad es la aplicación de la prohibición de abuso, antes de plantear el problema central de la investigación y la hipótesis de trabajo, será necesario referirnos al contenido normativo del artículo 42 EC [prohibición de abuso y mandato de ponderación, así como a la estructura normativa de la primera (supuesto de hecho y consecuencia jurídica) (4.1.)].¹³⁵

Así mismo, como quiera que los presupuestos de aplicación de la prohibición de abuso determinan la estructura del juicio de abusividad, nos referiremos a los objetos de las etapas declarativa (desequilibrio contractual) y discursiva (desequilibrio contractual injustificado) de éste (4.2.).

Por último, nos referiremos a los criterios metodológicos que sirven al juez para definir la abusividad de la cláusula o condición en examen, esto es, los puntos de referencia que permiten en la etapa discursiva medir la suficiencia de las razones que justifican el desequilibrio establecido en la etapa declarativa del juicio de abusividad (4.3.).¹³⁶

¹³⁵ Como una concreción, a su vez, de la prohibición general de abuso, aparecen nuevas normas indeterminadas o cláusulas generales (principios en sentido amplio), como la prohibición de abuso de poder o dependencia económica, en la que se puede hallar un empresario respecto de otro con el que contrata.

Sobre esta prohibición, v., MACARIO, Francesco, "Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica", *Giustizia civile*, p. 252-87; PAGLIANTINI, Stefano, «L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto», en VETTORI, Giuseppe (dir.), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padua, Cedam, 2002, p. 455 ss; PROSPERI, Francesco, *Il contratto de subfornitura e l'abuso di dipendenza economica, Profili ricostruttivi e sistematici*, Nápoles, Esi, 2002; MAUGERI, Maria Rosaria, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milán, Giuffrè, 2003; COLANGELO, Giuseppe, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina de la concorrenza e diritto dei contratti*, Turín, Giappichelli, 2004; NATOLI, Roberto, *L'abuso di dipendenza economica, Il contratto e il mercato*, Nápoles, Jovene, 2004; BARBA, Angelo, *Studi sull'abuso di dipendenza economica*, Padua, Cedam, 2018; ALBANESE, Antonio, "Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto", *Europa e diritto privato*, 1999, p. 119-1220; y TASSONE, Bruno, "Unconscionability" e abuso di dipendenza economica", *Rivista di diritto privato*, 2001, vol. 6, fasc. 3, p. 527-82; OCCELLI, Federico, "L'abuso di dipendenza economica come clausole generale?", *Giurisprudenza italiana*, 2015, 2666-9; y SCAGLIONE, Francesco, "Abuso di potere contrattuale e dipendenza economica", *Giurisprudenza italiana*, 2010, p. 56 ss.

En español, v. también: AMORÍN, Marcelo, «Abuso de posición dominante e imposición de precios», en PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, *Derecho privado, responsabilidad y consumo*, ob. cit., p. 187-205; MAESTRE BENAVENTE, Rafael, "El abuso de situación de dependencia económica: grupos de casos", *Derecho de los negocios*, 2009, p. 29-38; y ESTEVAN DE QUESADA, Carmen, *La doble regulación del abuso de una situación de dependencia económica*, *Revista de derecho mercantil*, 2005, p. 1079-130.

¹³⁶ Desde el punto de vista material, una cláusula o condición es abusiva si contradice el contenido normativo de la prohibición de abuso. Tal incompatibilidad es sancionada con la nulidad de la cláusula o condición en examen, efecto que no se extiende a la totalidad del contrato en la medida en que este pueda subsistir sin la estipulación declarada nula. Cuando el contrato subsista, el juez aclarará los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente (art. 44 EC). El objeto del juicio de abusividad lo constituye la cláusula o condición impuesta por el predisponente, cuya abusividad es examinada precisamente por el juez mediante este control material o de contenido.

En otras palabras, el juicio de abusividad, tiene como objeto definir la existencia, en perjuicio del consumidor, de un desequilibrio en el contenido del contrato, producido por la imposición unilateral de la cláusula o condición en examen (etapa declarativa), así como la suficiencia de las razones que puedan justificar tal desequilibrio (etapa discursiva). Al respecto, CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

4.2. El contenido normativo de las disposiciones legales de abusividad: la prohibición de abuso (el derecho a un contrato equilibrado) y el mandato de ponderación.

Siguiendo el modelo español, el estatuto colombiano del consumidor establece un control material de abusividad articulado en torno a una prohibición de abuso (art. 42 EC) y una lista ejemplificativa y *prima facie* de cláusulas abusivas (art. 43 EC). La noción legal de cláusula abusiva, a su vez, gira en torno al concepto de “*desequilibrio injustificado*”.

Además, para definir si una cláusula es abusiva, el inciso 1º del artículo 42 EC establece que han de tenerse en cuenta “*las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza*”.

Según el inciso final de esa misma disposición, “*los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*”, so pena de su nulidad de pleno derecho.¹³⁷

De acuerdo con lo anterior, el EC establece tres normas claramente identificables:

1º Una prohibición de abuso (art. 42,1);

2º Un mandato de ponderación (*Abwägungsgebote*), o principio de proporcionalidad en sentido estricto (art. 42, 2); y

3º Una lista de supuestos potencial o *prima facie* abusivos (art. 43).

4.2.1. La estructura normativa de la prohibición de abuso.

Como fue dicho, la prohibición de abuso es una norma con estructura de principio, caracterizada por su validez *prima facie* y un alto grado de abstracción e indeterminación normativa que dificulta su aplicación directa a un caso concreto de abusividad contractual.¹³⁸

¹³⁷ Al igual que la Directiva 93/13/CEE, el TRLGDCU articula la regulación legal de abusividad contractual en torno a una fórmula general basada en los conceptos de desequilibrio importante y buena fe (art. 82), y una lista no exhaustiva de cláusulas abusivas (arts. 85-90). Para la definición del carácter abusivo, además de los parámetros abstractos de desequilibrio importante y buena fe, el TRLGDCU establece unos “criterios instrumentales de ponderación”, relacionados con la naturaleza de los bienes o servicios objeto del acuerdo, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa (art. 82.3).

Al respecto, CARBALLO FIDALGO, Marta, *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente, Disciplina legal y tratamiento jurisprudencial de las cláusulas abusivas*, Barcelona, Bosch, 2013, p. 19.

Por lo demás, en cuanto a los efectos de la declaratoria de abusividad, el TRLGDCU establece la sanción de su nulidad de pleno derecho, con conservación en lo posible del resto del contrato. En el derecho español, según las mencionadas disposiciones, el desequilibrio contractual, ha de ser, importante o relevante, es decir, que afecte o perjudique de manera significativa los derechos del consumidor; en tanto que, en el caso colombiano, tal desequilibrio ha de ser injustificado, esto es, carente de razones o motivos que de manera suficiente lo justifiquen.

¹³⁸ Sobre la generalidad y abstracción de la prohibición de abuso, v. LUNA SERRANO, Agustín, «*Las normas que contienen conceptos elásticos en la legislación de consumo*», en PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, José Luis (dir.) y PÉREZ-SERRABONA

El supuesto de hecho de la prohibición de abuso lo constituye el concepto de desequilibrio injustificado, al que corresponde, como consecuencia jurídica (F), la nulidad de la cláusula o condición declarada abusiva.¹³⁹

Dicha nulidad, sin embargo, según el principio de conservación del contrato, no afecta la totalidad de éste en la medida en que pueda subsistir sin las cláusulas declaradas nulas (art. 44 EC).

En términos generales, el desequilibrio injustificado alude a la idea de ventaja excesiva que el predisponente se auto-atribuye, en perjuicio del consumidor, sin que haya razones que de manera suficiente lo justifiquen, bien porque supone una ampliación arbitraria de ventajas o provechos a favor de aquél, o un aligeramiento o eliminación de sus obligaciones o deberes y, correlativamente, una agravación de las cargas y obligaciones del consumidor.¹⁴⁰

GONZÁLEZ, Francisco Javier (coord.), *Derecho privado, responsabilidad y consumo*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson-Reuters, 2018, p. 31 ss.

La prohibición de abuso nunca o rara vez servirá de premisa mayor en la fundamentación interna de las decisiones de control de las cláusulas o condiciones del contrato, pues su alto nivel de generalidad e indeterminación impide que de ella pueda deducirse sin más la solución de los casos concretos de abusividad.

En consecuencia, el juez deberá concretar una norma más específica que pueda fundamentar a partir de la prohibición de abuso y que guarde una relación directa con la cláusula o condición en examen. Estas normas más específicas son las llamadas "normas adscritas".

¹³⁹ LUNA SERRANO, «*Las normas que contienen conceptos elásticos en la legislación de consumo*», ob. cit., p. 31 ss.

¹⁴⁰ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1646.

4.2.1.1. El derecho general a un contrato equilibrado.¹⁴¹

A la prohibición de abuso corresponde un derecho a favor de los consumidores, según el cual los productores y proveedores deben abstenerse de incluir cláusulas o condiciones abusivas en perjuicio de aquéllos.¹⁴²

Tal derecho, sin perjuicio de otras denominaciones utilizadas por la doctrina,¹⁴³ será llamado en este trabajo: derecho a un contrato equilibrado, cuya estructura, en términos generales, corresponde a la de los derechos a algo.¹⁴⁴

4.2.1.2. El mandato de ponderación.

Como fue visto, la cuestión de saber si una cláusula o condición es o no abusiva, ha de ser resuelta teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato y las circunstancias concurrentes al momento de su celebración.

Tanto las razones que puedan justificar el desequilibrio contractual, como la importancia o magnitud del mismo, han de ser apreciadas en cada caso concreto teniendo en cuenta, como señala el artículo 42 EC, las condiciones particulares del contrato.

¹⁴¹ “Puede ocurrir que alguien esté obligado según el *ius civile* y, sin embargo, sea inicuo que resulte condenado en juicio” (GAYO, Inst., 4.116). Según este criterio de la igualdad (*aequitas*), en un caso concreto, la aplicación literal del *ius civile*, podía ceder el lugar a una medida más flexible y más funcional a los intereses y valores del momento. De esta manera, según GAYO, es posible la coincidencia paradójica entre derecho civil e inequidad (*ius civile e iniquum*); o la existencia de un *ius* que podía revelarse como lo contrario del *aequum*, consecuencia aberrante que requería la intervención correctora del pretor. Este razonamiento de GAYO, vale decir, la idea de un derecho que se invierte en inequidad, cuya primera formulación nos retrotrae muy atrás en el tiempo, posiblemente al siglo II a. C (“*summum ius, summa iniuria*”, repetiría CICERÓN un siglo después en un pasaje famoso del *De officiis*: 1.10.33), transgredía los conceptos de la vieja tradición jurídica, indiscutible y remota.

Según GAYO, el pretor intervenía con sus medios (en este caso una *exceptio* en favor de lo convenido para rechazar la pretensión del actor, ya que de otro modo el resultado que se habría obtenido según el *ius civile* habría sido inicuo (Inst., 4.116 a-b). Inicuo, según GAYO, es el enriquecimiento de una parte sin una justificada razón social y económica, sino sólo en el respeto de los antiguos ritos, no a la equidad.

CICERÓN, para introducir su versión de la máxima, ponía como ejemplo el caso de aquel general que, habiendo estipulado una tregua de treinta “días”, y considerándose autorizado por la letra del tratado, “devastaba” de noche el territorio del enemigo (*De officiis*, 1.10.33). Se trataba, en fin, de tener presente la sustancia de las relaciones y no sólo su apariencia simbólica, o su armazón formal o retórica, por mucho tiempo considerada indispensable y a la cual los cambios de Roma habían quitado toda significación a base de una racionalidad equilibrada y concreta.

Al respecto, GAYO, *Instituciones* (Francisco SAMPER, trad.), Santiago, Universidad Católica de Chile, 2017; CICERÓN, *Sobre los deberes* (José GUILLÉN CABAÑERO, trad.), Madrid, Alianza, 2015; SCHIAVONE, *IUS, La invención del derecho en Occidente*, ob.cit., 174-7.

¹⁴² CALDERAI, Valentina, «*Giustizia contrattuale*», en *Enciclopedia del Diritto*, Annali VII, Milán, Giuffrè, p. 447-77. En una famosa estela, Hammurabi, el gran rey de Babilonia del siglo XVIII a.c., aparece de pie frente al dios Shemesh y recibe de éste las leyes “para impedir que el fuerte oprimiera al débil”. Al respecto, PRITCHARD, James B. (comp.), *Ancient Near Eastern Texts Relating to the Old Testament [Código de Hammurabi]*, LARA PEINADO, Federico (ed.), *Introducción, traducción y comentarios*, Madrid, Editora Nacional, 1982, p. 87], New Jersey, Princeton, 1969, p. 164. v. también LARA PEINADO, Federico, *Textos para la historia del Próximo Oriente antiguo*, Madrid, Cátedra, 2011.

¹⁴³ La doctrina, en efecto, habla algunas veces del “derecho a un contrato justo”. Al respecto, RIPERT, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, París, LGDJ, 2013 (reimp. de la edición de 1949); y BELSER, Eva María, *Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht*, Friburgo, Universitätsverlag, 2000, p. 73. v. también, PERFETTI, Ubaldo, *L’ingiustizia del contratto*, Milán, Giuffrè, 2005, p. 313-41; CALDERAI, «*Giustizia contrattuale*», ob. cit., p. 447 ss; y RÜTHERS, Bernd, *Teoría general del derecho (Rechtstheorie, Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, Múnich, C.H. Beck, 1999, Minor SALAS, trad.), Bogotá, Temis, 2018, p. 188.

¹⁴⁴ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 61.

En resumen, para la definir la abusividad de una cláusula o condición, la ley establece tanto un mandato como unos “criterios instrumentales de ponderación”, relacionados con la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato y, en general, las circunstancias concurrentes al momento de su celebración.¹⁴⁵

El carácter “principal” de la prohibición de abuso, entendida como mandato de optimización, y su validez *prima facie*, explican esta exigencia de ponderación.¹⁴⁶

4.3. Los presupuestos lógicos de aplicación de la prohibición de abuso y la estructura del juicio de abusividad.

La aplicación de una norma, como presupuesto lógico, requiere la previa definición de su contenido normativo.¹⁴⁷ Como fue visto, el supuesto de hecho de la prohibición de abuso lo conforma el concepto de desequilibrio injustificado del contrato, al que corresponde, como consecuencia jurídica, la nulidad de la cláusula o condición considerada abusiva.

De esta manera, la aplicación de la prohibición de abuso a un caso concreto de abusividad contractual exige que el juez defina de manera cumulativa los dos siguientes extremos:

¹⁴⁵ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 19.

¹⁴⁶ En efecto, el problema de definir si una cláusula es o no abusiva supone la siguiente colisión de principios: por una parte, la prohibición de abuso (P₁), que ordena la mayor protección posible de los derechos del consumidor, en especial el derecho a un contrato equilibrado; y, por la otra, la libertad contractual del predisponente y su facultad para definir el contenido del contrato, que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen (P₂). Mientras P₁ prohíbe, *prima facie*, la cláusula o condición en examen, P₂, por el contrario, la permite o autoriza.

Esta colisión es resuelta estableciendo una relación de precedencia entre las razones enfrentadas (*bedingte Vorrangrelation*), condicionada por las circunstancias especiales del caso concreto: por una parte, las razones que sustentan la pretensión del consumidor sobre la exclusión de tal cláusula o condición y, por la otra, las que sustentan la pretensión del empresario a favor de su mantenimiento o conservación como contenido del contrato. Bajo unas circunstancias distintas, la relación de precedencia puede ser otra, pues las colisiones de este tipo tienen lugar en la dimensión del peso específico de cada una de las razones en conflicto.

En este sentido, mediante el juicio de abusividad el juez pondera las razones que juegan a favor o en contra de considerar una cláusula o condición como abusiva, y bien si se refiere a la aplicación de la prohibición de abuso, o bien a la lista de cláusulas *prima facie* abusivas, se trata de un control material sobre el contenido de los contratos de consumo.

Al respecto, v. KOCH, Hans-Joachim, «*Die normtheoretische Basis der Abwägung*», en ERBGUTH, Wilfried (ed.), *Abwägung im Recht*, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, Heymanns, 1996. p. 10. v., también, ALEXY, «*Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik*», en LATORRE/SPADARO (eds.), *La ragionevolezza nel diritto*, ob. cit., p. 88; *id.*, «*Ponderación, control de constitucionalidad y representación*» (René GONZÁLEZ DE LA VEGA, trad.), en ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto/ALEXY, Robert (eds.), *Jueces y ponderación argumentativa*, México, Unam, 2006; *id.*, «*Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, enero-abril, 2011, p.11-29.

v. también, SIECKMANN, Jan-Reinard, «*Zur Abwägungsfähigkeit von Prinzipien*», en KOCH, Hans-Joachim/NEUMANN, Ulrich (eds.), *Praktische Vernunft und Rechtsanwendung*, ARSP, Beiheft 53, 1994, p. 205 ss; *id.*, «*Zur Begründung von Abwägungsurteilen*», *Rechtstheorie*, RT, 26, 1995, p. 45 ss; *id.*, «*Abwägung von Rechten*», ARSP, 81, 1995, p. 164 ss; e *id.*, «*Richtigkeit und Objektivität im Prinzipienmodell*», ARSP, 83, 1995, p. 14 ss.

¹⁴⁷ LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 200-3; y LARENZ/CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, ob. cit., p. 88.

1º Que, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto, la cláusula o condición produzca, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en el contenido del contrato.

2º Que dicho desequilibrio sea, además, injustificado, es decir, que carezca de razones o que éstas sean insuficientes para justificar tal desequilibrio, pues según hemos visto, la prohibición de abuso no prohíbe todo desequilibrio sino aquellos desequilibrios contractuales que sean, además, injustificados.

Sólo las cláusulas o condiciones que producen un desequilibrio injustificado merecen ser calificadas como abusivas.

En otras palabras, establecida la existencia de un desequilibrio, es también necesario que se defina la suficiencia de las razones que puedan jurídicamente justificarlo.

Un desequilibrio suficientemente justificado equivale a una estipulación válidamente impuesta por el predisponente. Por el contrario, un desequilibrio injustificado equivale a una cláusula abusiva, que el juez debe excluir del contenido del contrato.

Ahora bien, entre los presupuestos de aplicación de la prohibición de abuso y la estructura del juicio de abusividad existe una relación lógica, en el sentido de que la existencia de cada una de las etapas de este último se explica por la necesidad establecer, dentro del proceso de aplicación judicial de la prohibición de abuso, cada uno de los elementos que componen el supuesto de hecho: desequilibrio y desequilibrio injustificado del contrato, extremos que corresponden, respectivamente, las etapas declarativa y discursiva del juicio de abusividad.¹⁴⁸

La finalidad de la etapa declarativa, en efecto, será establecer si el predisponente produjo, en detrimento del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones derivadas del contrato.

Por su parte, el propósito de la etapa discursiva será ponderar la suficiencia de las razones que puedan justificar el desequilibrio producido por el predisponente, como quiera que un desequilibrio suficientemente justificado valida la estipulación contractual en examen, en tanto que un desequilibrio injustificado o insuficientemente justificado representa una cláusula o condición abusiva que el juez debe excluir del contenido del contrato.¹⁴⁹

¹⁴⁸ CRIADO-CASTILLA, Juan Felipe, *Cláusulas abusivas en los contratos de consumo*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2014, p. 88; e *ÍD.*, *El juicio de abusividad en los contratos de consumo*, *ob. cit.*, p. 17.

¹⁴⁹ En la etapa discursiva el juez resuelve propiamente la colisión que se presenta entre los derechos y posiciones garantizados a favor de los consumidores por la prohibición de abuso, en especial el derecho a un contrato equilibrado, por una parte, y los derechos y posiciones del predisponente, en especial la libertad contractual de este y su facultad para definir el contenido del contrato, por la otra.

Tal colisión es resuelta mediante la ponderación de las razones en disputa. En este sentido, el objeto de la etapa discursiva será definir cuál de las razones contrapuestas debe prevalecer en un caso concreto en que se discute la abusividad de la cláusula o condición en examen.

4.4. Los criterios metodológicos para definir la abusividad de la cláusula o condición en examen.

Como fue visto, la aplicación de la prohibición de abuso, y del derecho a un contrato equilibrado que esta norma garantiza a favor de los consumidores, plantea como problema que el artículo 42 EC no prescribe de manera definitiva la conducta prohibida, ordenada o permitida al predisponente, ni los criterios que permitan al juez, al resolver un caso concreto de abusividad, definir la existencia de un desequilibrio contractual, ni cuándo éste es injustificado, bien porque carezca de razones que lo respalden, o bien porque tales razones sean insuficientes para justificar tal desequilibrio.

Con este propósito, la dogmática jurídica ha propuesto varios criterios metodológicos que compiten entre sí en términos de objetividad y racionalidad, y que pueden ser seguidos por los jueces en los procesos de control material de las cláusulas o condiciones generales, bien como guías para definir el contenido normativo de la prohibición de abuso, o bien para fundamentar las decisiones que se adopten en el juicio de abusividad y que, como tal, son distintos de las reglas sobre carga de la prueba, interpretación e integración normativa o contractual.¹⁵⁰

De acuerdo con lo planteado en el presente trabajo, con un mayor grado de objetividad y racionalidad respecto de criterios alternativos como la buena fe o los principios de razonabilidad (*ragionevolezza*) e interdicción de la arbitrariedad,¹⁵¹ el principio de proporcionalidad, y cada uno de los subprincipios que lo integran (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), sirve de criterio metodológico para definir, frente a un caso concreto de abusividad contractual, no

La etapa declarativa consiste básicamente en un proceso de interpretación teleológica-objetiva del contrato, en la cual se valora si la reglamentación que representan las cláusulas o condiciones impuestas por el predisponente constituye o no un conjunto armónico o equilibrado.

Al respecto, FIN-LANGER, Laurence, *L'équilibre contractuel*, París, LGDJ, 2002, p. 201-37. La etapa discursiva, a su turno, consiste en un proceso de interpretación legal mediante el cual se ponderan las razones que puedan justificar el desequilibrio deducido previamente en la etapa declarativa. El resultado de la ponderación es la regla adscrita de decisión, que sirve de premisa mayor (N) al fallo con que se define la abusividad de la cláusula o condición en examen.

¹⁵⁰ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 60.

¹⁵¹ Sobre el principio de razonabilidad (*ragionevolezza*) como criterio instrumental de aplicación del derecho, de armonización o ponderación de intereses, de interpretación y concreción de las llamadas "cláusulas generales" y de los "standard" o conceptos jurídicos indeterminados, y, en general, como criterio de fundamentación de las decisiones a que tales procesos dan lugar; su flexible relatividad que le permite adecuarse a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, y sus diferencias con el principio de proporcionalidad y los conceptos de armonización y ponderación.

Al respecto, v. PERLINGIERI, Giovanni, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile* (trad. española y prólogo de Agustín LUNA SERRANO, *Aspectos aplicativos de la razonabilidad en derecho civil*, Madrid, Dickinson, 2015), Nápoles, Esi, 2015. Además, v. NIVARRA, Luca, «*Ragionevolezza e diritto privato*», en AA. VV., *Ars interpretandi, Annuario di ermeneutica giuridica*, VII, *Ragionevolezza e interpretazione*, Padua, 2002, p. 373 ss; y D'AMICO, Giovanni, «*Clausole generali e ragionevolezza*», en AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione de la Corte Costituzionale*, Nápoles, 2007, p. 430.

Con referencia a la utilización del criterio de la razonabilidad tanto en el *common law* como en el *civil law*, v. PATTI, Salvatore, «*La ragionevolezza nel diritto civile*», Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2012, p. 5 ss (ahora también en ID., *Ragionevolezza e clauseole generali*, Milán, 2013, p. 7 ss); TROIANO, Stefano, voz «*Ragionevolezza (diritto privato)*», en Enc. Dir., Annali, VI, Milán, 2013, p. 766 ss; ZORZETTO, Silvia, «*Reasonableness*», Italian Law Journal, ItLJ, 2015, p. 107 ss; y DEL PRATTO, Enrico, «*Ragionevolezza e bilanciamento*», Riv. Dir. Civ., 2010, p. 23.

sólo la existencia de un desequilibrio del contrato (etapa declarativa), sino también para medir la suficiencia de las razones que puedan justificar tal desequilibrio (etapa discursiva).¹⁵²

El principio de proporcionalidad permitiría al juez establecer la relación de precedencia entre las razones del predisponente para mantener la cláusula o condición en disputa y las que sostiene el adherente como fundamento de su pretensión de excluir tal cláusula o condición del contenido del contrato.

Si en unas circunstancias determinadas primaren las razones del predisponente, significa entonces que la misma supera las exigencias del principio de proporcionalidad y que la cláusula no podría ser considerada abusiva. En tal caso, la cláusula o condición constituye una estipulación válida que hará parte del contenido del contrato.

Por el contrario, si en unas circunstancias distintas, las razones que fundamentan la pretensión del adherente preceden a las que tuvo el predisponente al imponer unilateralmente la cláusula o condición en examen, significa entonces que tal imposición (y el desequilibrio que produce en los derechos y obligaciones de las partes), es injustificada por carecer de las razones que de manera suficiente la justifiquen, deberá entonces el juez declarar la abusividad de la cláusula, su consecuente nulidad y su exclusión como contenido del contrato.

El principio de proporcionalidad serviría también de criterio general de fundamentación del proceso de concreción normativa en que consiste el juicio de abusividad, en especial de la regla adscrita de decisión que sirve de premisa mayor al fallo mediante el cual se define si la cláusula o condición en examen es o no abusiva.

5. Problema e hipótesis central de la investigación.

Como fue visto, en el derecho colombiano, la definición legal de cláusula abusiva gira alrededor del concepto de desequilibrio injustificado del contrato. Igualmente, la aplicación de la prohibición de abuso requiere, como presupuesto lógico, que el juez establezca, previa y cumulativamente, la existencia de un desequilibrio contractual y que tal desequilibrio sea, además, injustificado.

Lo primero tiene lugar en la etapa declarativa del juicio de abusividad; lo segundo en la etapa discursiva, cuyo objeto será medir la suficiencia de las razones que puedan justificar el desequilibrio contractual establecido previamente en la etapa declarativa.

El principal problema que plantea la aplicación judicial de la prohibición de abuso es que, por su alto grado de indeterminación normativa y por la indefinición del concepto de desequilibrio injustificado, el juez no puede de manera directa, es decir,

¹⁵² HUSTER, Stefan, "Gleichheit und Verhältnismäßigkeit", Juristenzeitung, 1994, p. 541-9.

mediante simple subsunción, definir cuándo una cláusula o condición es abusiva, por lo que debe emprender un proceso de concreción normativa en busca de una “regla de decisión” que le permita resolver el caso en examen, con el riesgo que ello supone de decisiones absurdas o arbitrarias.¹⁵³

La hipótesis central de esta investigación es que el principio de proporcionalidad puede ser utilizado como un criterio estructural que sirva al juez para determinar, frente a un caso concreto, el contenido de la prohibición de abuso y los derechos y posiciones que esta norma garantiza a favor de los consumidores (5.1.).

Por otra parte, intentaremos demostrar que el principio de proporcionalidad puede ser utilizado como un criterio que sirva al juez para fundamentar las decisiones que aquel deba adoptar en los procesos de control material de las condiciones generales de los contratos de consumo, en especial de la regla adscrita de decisión que sirve de premisa mayor al fallo que define la abusividad de la cláusula o condición en examen (5.2.).¹⁵⁴

5.1. El principio de proporcionalidad como criterio metodológico de concreción normativa de la prohibición de abuso.

Establecido el desequilibrio del contrato o, lo que es o mismo, la intervención del predisponente en los derechos del consumidor garantizados por la prohibición de abuso, el principio de proporcionalidad sirve al juez para definir la suficiencia de las razones que puedan justificar tal desequilibrio.

Ahora bien, el principio de proporcionalidad juega un papel fundamental en el marco del juicio de abusividad, no sólo como criterio en la fijación de la suficiencia de las razones que puedan fundamentar el desequilibrio del contrato y la abusividad de la cláusula o condición en examen (etapa discursiva), sino también en la concreción del propio desequilibrio contractual (etapa declarativa), el cual, de ser concebido como correspondencia de valores objetivos entre las prestaciones intercambiadas (equilibrio aritmético), pasó a ser entendido como la relación proporcional de igualdad entre los derechos y obligaciones derivados del contrato.¹⁵⁵

En otros términos, el equilibrio contractual es concebido como una razonable relación de equivalencia entre las prestaciones, definida en cada caso concreto por el juez con la ayuda del principio de proporcionalidad.¹⁵⁶

¹⁵³ La aplicación judicial de las normas sobre abusividad contractual, vale decir, la fijación del plan de ordenación previsto por el legislador (el concepto de desequilibrio injustificado), por la especificidad de los casos en conflicto y la variedad de criterios a utilizar, supone el riesgo de incertidumbre y arbitrariedad del juzgador.

Al respecto, GOESEL-LE BIHAN, *Discours introductif*, ob. cit., p. 5; y GRIDEL, Jean-Pierre, «Le contrôle de proportionnalité exercé par la juge judiciaire français», en *Actes de colloque les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, Paris, Petite Aliches, 46, 2009, p. 113.

¹⁵⁴ ALEXY, Robert, “Justification and Application of Norms”, RJ, vol. 6, 2, 1993, p. 157 ss; e ID., «Die logische Analyse juristischer Entscheidungen», en ID., *Recht, Vernunft, Diskurs, Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1995, p. 13 ss.

¹⁵⁵ HUSTER, *Gleichheit und Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 541-9.

En este sentido, el control material que supone el juicio de abusividad no sólo tiene como objeto los desequilibrios importantes, manifiestos, excesivos, flagrantes o “estridentes”¹⁵⁷, sino también, acaso de manera principal, los desequilibrios que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, sean arbitrarios, irrazonables e injustificados.¹⁵⁸

Para la doctrina actual, el principio de proporcionalidad garantiza la igualdad y justicia del contrato (*Gleichheit und Gerechtigkeit des Vertrages*) mediante la prohibición de la arbitrariedad (*Willkürverbot*) y del exceso (*Übermaßverbot*) como estándar mínimo de razonabilidad y límite al poder de definición del contenido contractual (*Gestaltungsmacht*) por parte del predisponente en perjuicio del consumidor.¹⁵⁹

Con esto se busca que el negocio jurídico no sea irrazonablemente favorable a una de las partes por ser expresión de un desequilibrio arbitrario, vale decir, sin justificación suficiente.¹⁶⁰

No toda desigualdad en el contenido del contrato supone un desequilibrio que legitime la acción correctora del juez (injusticia contractual); lo será aquella desigualdad que sea además injustificada o carente de razones que de manera suficiente la justifiquen.¹⁶¹

Por último, la *vis* expansiva del principio de proporcionalidad, y su idoneidad para definir el concepto de desequilibrio injustificado en el marco del juicio de abusividad, permitiría la proyección de tal criterio metodológico, no sólo respecto de los contratos de consumo B2C (*Business to Consumer*), sino también a los contratos entre empresarios B2B (*Business to Business*) y, en general, para la protección del llamado “contratante débil”, a todos los contratos “asimétricos”.

¹⁵⁶ PERLINGIERI, Pietro, «*Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*», en FERRONI, Lanfranco (ed.), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Nápoles, Esi, 2002, p. 52-62; y EMMERT, Jochen, *Auf der Suche nach den Grenzen vertraglicher Leistungspflichten*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2001, p. 88.

¹⁵⁷ GALGANO, Francesco, «*Equilibrio contrattuale e buona fede dei contrahendi*», en LIPARI, Nicola (ed.), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Nápoles, Esi, 1998, p. 187.

¹⁵⁸ BEHAR-TOUCHAIS, Martine, «*Rapport introductif*», en *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?*, Colloque du 20 mars 1998, París, Petites Afiches, 30 septembre 1998, núm. 117, anné 387, p. 6-10.

¹⁵⁹ HANAU, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, ob. cit.*, p. 102.

¹⁶⁰ El principio de proporcionalidad, en el marco del juicio de abusividad sirve al juez como criterio metodológico para definir la suficiencia de las razones que puedan justificar un tratamiento contractual diferenciado, así como límite al poder del predisponente de configurar el contenido del contrato, mediante la moderación de acuerdos irrazonables (prohibición de desproporción excesiva e injustificada entre las prestaciones u obligaciones derivadas del contrato).

Al respecto, LO GULLO, Rosaria, «*Il problema del riequilibrio contrattuale e l'art. 1468 c.c.*», en TOMMASINI, Raffaele (ed.), *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio contrattuale tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Turín, Giappichelli, 2003, p. 140; y TROIANO, Stefano, *La “raggionevolezza” nel diritto dei contratti*, Padua, Cedam, 2005, p. 178.

¹⁶¹ MAZEAUD, Denis, «*Le principe de proportionnalité et la formation du contrat*», en *Existe-t-il un principe de proportionnalité en Droit privé?*, *ob. cit.*, p. 18; y CRIADO-CASTILLA, Juan Felipe, «*El principio de proporcionalidad como criterio metodológico de concreción normativa del mandato de tratamiento igual*», *Revista Pensamiento Jurídico*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 44, 2016, p. 343-85, disponible en <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/60968>.

Como fue visto, el principio de proporcionalidad podría incluso servir de criterio de concreción normativa del concepto de “*excesiva desproporción prestacional*”, previsto tanto en los Principios Unidroit (art. 3.10) como en el Código Europeo de Contratos bajo el nombre de “*lesión contractual*”,¹⁶² así como de la noción de excesiva onerosidad sobreviniente, propia de la teoría de la imprevisión.¹⁶³

5.2. El principio de proporcionalidad como criterio general de fundamentación de las decisiones judiciales mediante las cuales se define la abusividad de las cláusulas o condiciones de los contratos de adhesión.

La concreción de la prohibición de abuso y los resultados de tal concreción, en particular las normas derivadas que pueden ser adscritas interpretativamente al artículo 42 EC, serán reconocidos como actos judiciales correctos en la medida en que reúnan los siguientes requisitos:

1º Que ofrezcan razones o argumentos acertados como respaldo de la postura asumida por el juez (pretensión de validez)¹⁶⁴, y

2º Que estén respaldados por una fundamentación acertada, es decir, por un conjunto de argumentos organizados mediante un razonamiento jurídico riguroso, con apego a las reglas de la lógica y que ofrezca garantías de objetividad o racionalidad jurídicas.¹⁶⁵

El principio de proporcionalidad estructuraría de manera racional la fundamentación correcta de tal proceso de concreción normativa y los actos judiciales en que este se materialice, en especial las normas derivadas que puedan ser adscritas interpretativamente a la prohibición de abuso.¹⁶⁶

¹⁶² Al respecto, v. LANDO, Ole, DE LAMBERTERIE, Isabelle, TALLON, Denis y WITZ, Claude, *Principes du droit européen du contrat*, París, Société de Législation Comparée, SLC, 2003; y SMITS, Jan, «*On the Role of Principles in European Private Law*», en BESSON, Samantha y LEVRAT, Nicolas (dirs.), *Principles in European Law*, París, L.G.D.J/Schulthess, 2011, p. 223 ss; PICHONNAZ, Pascal, «*Les principes en droit européen des contrats: De règles communes à une compréhension partagée*», en BESSON/ LEVRAT, *Principles in European Law*, ob. cit., p. 281 ss; y MICHELET, Geneviève, «*L'incidence de la conception du contrat sur les contours des principes généraux contractuels*», en BESSON/ LEVRAT, *Principles in European Law*, ob. cit., p. 257 ss.

¹⁶³ PINO, Augusto, *La excesiva onerosidad de la prestación*, Barcelona, Bosch, 1959; BAKOUCHE, David, *L'excès en droit civil*, París, LGDJ, 2005; y KLUTH, Winfried, «*Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en derecho alemán*», Cuadernos de Derecho Público, Cdp, 5, 1998, p. 219-25.

¹⁶⁴ COHEN-ELIYA, Moshe y PORAT, Iddo, «*Proportionality and Justification*», University of Toronto Law Journal, UTLJ, 64 (3), 2014, p. 458-77.

¹⁶⁵ SIECKMANN, *Zur Begründung von Abwägungsurteilen*, ob. cit., p. 45 ss; e *Id.*, *Richtigkeit und Objektivität im Prinzipienmodell*, ob. cit., p. 14 ss.

¹⁶⁶ El deber judicial de fundamentación correcta se deriva, además, del deber de motivación de las decisiones judiciales, el cual no puede entenderse sino como la obligación de aducir una fundamentación acertada que las respalde. Ahora bien, el deber judicial de fundamentación correcta que se deriva de la pretensión de corrección, reviste el problema metodológico de definir qué se entiende por fundamentación correcta, es decir, cuándo debe estimarse que cierta concreción de los derechos del consumidor se basa en una fundamentación acertada.

En principio, la fundamentación de las concreciones de tales derechos ha de ser valorada como una fundamentación correcta cuando se estructura mediante un razonamiento jurídico riguroso, respetuoso de las reglas de la lógica y provisto de un alto grado de racionalidad.

6. Hipótesis secundarias.

En la presente investigación se buscará comprobar también las siguientes hipótesis secundarias:

1º En primer lugar, que el elenco de supuestos previstos en el artículo 43 EC, teniendo en cuenta el mandato de ponderación al que el legislador sujeta la definición del carácter abusivo de una cláusula o condición, representa una lista no exhaustiva de cláusulas potencial o *prima facie* abusivas.

2º En segundo término, como quiera que la regulación legal de la abusividad se articula en torno a la prohibición de abuso y la lista de cláusulas *prima facie* abusivas, es posible configurar varios modelos de juicio de abusividad y una intensidad diferenciada del control judicial de contenido, según se trate de supuestos que se subsuman o no en la lista del artículo 43 EC.

6.1. El carácter potencial o *prima facie* de la lista de cláusulas abusivas.

Demostraremos que el elenco de supuestos previsto en el artículo 43 EC, teniendo en cuenta el mandato de ponderación al que el legislador sujeta la definición de la abusividad de una cláusula o condición, además de ser una lista ejemplificativa o no exhaustiva, constituye un elenco de supuestos potencial o *prima facie* abusivos.

En otros términos, trataremos de establecer que en el derecho colombiano, dada la forma especial como fue configurado el régimen de abusividad en los contratos de adhesión, centrado en la prohibición de abuso y en el concepto de desequilibrio injustificado, así como en la necesidad de ponderar las circunstancias de celebración del contrato, los supuestos enunciados en la lista del artículo 43 EC no pueden considerarse *a priori* o *per se* abusivos, si no potencial o *prima facie* susceptibles de causar un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor.

En efecto, el artículo 43 EC establece una lista no exhaustiva de cláusulas *prima facie* abusivas, las cuales la ley sanciona con la ineficacia de pleno derecho.

Por otra parte, como quiera que la fundamentación correcta del proceso de concreción se estructura mediante un razonamiento compuesto por argumentos y criterios interpretativos por medio de los cuales el juez acredita que los derechos de los consumidores ordenan, prohíben, permiten o habilitan ciertas conductas, el deber judicial de fundamentación aparece también el problema de precisar mediante qué argumentos y criterios interpretativos puede construirse un razonamiento jurídico riguroso, que respete las reglas de la lógica y esté provisto de un elevado grado de racionalidad.

Para solucionar este problema, es necesario analizar los argumentos y criterios interpretativos propuestos por la dogmática de los derechos y la metodología jurídica, aplicados por los jueces como criterio para la determinación del contenido de los derechos de los consumidores y, correlativamente, como criterios para la fundamentación de las decisiones de control material de abusividad, de los cuales el principio de proporcionalidad es uno de ellos.

Al respecto, BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 80-1; ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, ob. cit., p. 144; e ID., *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 526 ss.

De acuerdo con lo anterior, el legislador colombiano, al lado de la prohibición de abuso, centrada en el concepto de equilibrio injustificado y en la necesaria valoración de las condiciones particulares del contrato, estableció en la mencionada disposición, siguiendo la tradición iniciada en la ley alemana de 1976 y continuada en la Directiva europea 13/93, una lista enunciativa y no exhaustiva de cláusulas abusivas.

Esta lista meramente ejemplificativa, complementa la prohibición de abuso y precisa o concreta el concepto de cláusula abusiva sin ninguna pretensión de acaparar con carácter exhaustivo todas las hipótesis posibles de abusividad contractual, como quiera que no excluye la posibilidad de que otras cláusulas, de conformidad con la definición general contenida en el artículo 42 EC, sean también abusivas.

En cuanto a la naturaleza de la lista, es decir, si se trata de una lista negra o gris de cláusulas abusivas, no parece que la intención del legislador colombiano haya sido la de establecer una serie de supuestos concretos de cláusulas abusivas, cuya definición prescindiera de valoración alguna y que, en la medida en que una cláusula se subsuma en alguno de los supuestos recogidos en la lista, se debiera reputar abusiva (lista negra), lo que comportaría una proyección inadmisibles del derecho imperativo sobre las cláusulas no negociadas.¹⁶⁷

Por el contrario, a pesar del esfuerzo desplegado por el legislador para reducir el número de supuestos (14 en total) y concretar al máximo cada uno de los mismos, subsisten en la lista conceptos jurídicos indeterminados que en sí mismos suponen una ponderación que impide la calificación automática de la cláusula como abusiva.

Además, el carácter complementario de la lista respecto de la prohibición de abuso, que sujeta la valoración de abusividad, no a la simple subsunción de la cláusula en alguno de los supuestos legales de la lista, sino, además, al examen previo y conjunto de todas las condiciones particulares del contrato (art. 42 EC), permite considerar como lista gris el elenco de cláusulas abusivas que de manera abierta y ejemplificativa establece el artículo 43 EC.

La lista gris la integran todos aquellos supuestos que describen hipótesis de cláusulas que se presumen abusivas, pero que podrían no serlo de acuerdo con las condiciones particulares del contrato, las demás cláusulas del mismo o la naturaleza del bien o servicio que constituya su objeto.

La lista del artículo 43 EC comprende aquellas cláusulas que, *prima facie*, por su grado de indeterminación normativa, aun pareciendo a primera vista abusivas, su abusividad ha de ser enjuiciada en función de las condiciones particulares de cada contrato concreto.

¹⁶⁷ Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 466.

Condición necesaria para que una cláusula sea considerada abusiva, es que se subsuma en alguno de los supuestos legales, más o menos indeterminados, según hemos visto, contenidos en la lista del artículo 43 EC.

Tal condición, sin embargo, no es suficiente, porque a pesar de que una cláusula se subsuma en algunos de los supuestos legales de la lista, puede no ser abusiva en vista de las condiciones que para el efecto exige el artículo 42 EC: equilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y valoración de las condiciones particulares del contrato.¹⁶⁸

La lista del artículo 43 EC, por comprender los supuestos más frecuentes de cláusulas abusivas, se presumen tales, pero por su grado de indeterminación relativa, o por el reenvío que el legislador hace a los requisitos del artículo 42 EC (desequilibrio injustificado y valoración de las condiciones particulares del contrato), la abusividad de cada supuesto concreto ha de ser examinada en función de estos.

En este sentido, el listado de supuestos del artículo 43 EC constituye una lista gris, en la medida en que mezcla o combina prohibiciones precisas con otras que requieren la determinación de ciertos conceptos y, en cualquier caso, remiten a la prohibición general de abuso del artículo 42 EC, pues con independencia de que la cláusula se subsuma en alguno de los supuestos de la lista, dicha disposición, para efectos de considerarla abusiva, exige que la cláusula produzca, en detrimento del consumidor, un desequilibrio injustificado, teniendo en cuenta las condiciones particulares del contrato.¹⁶⁹

El hecho de que un supuesto específico no se halle incluido expresamente dentro de la lista del artículo 43 EC no significa la validez de la cláusula concreta que lo contenga, pues debe acreditar también su conformidad con los requisitos exigidos al efecto por la prohibición general de abuso, relacionados con el desequilibrio injustificado del contrato y el juicio circunstanciado de abusividad.

No cabe argumentar a contrario en este caso, pues las cláusulas o condiciones que no se encuentren en la lista no siempre, dependiendo de las condiciones particulares del contrato, serán válidas a la luz de la prohibición de abuso, en la medida en que su imposición produzca un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor.¹⁷⁰

Pero la lista, en la medida en que contiene supuestos considerados *prima facie* abusivos, sí puede proporcionar puntos de partida para argumentos de analogía y

¹⁶⁸ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1646.

¹⁶⁹ MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Artículo 10 bis», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio y Díez-PICAZO, Luis (dirs.); ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús (coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación*, Madrid, Civitas, 2002, p. 952-3.

¹⁷⁰ MIQUEL GONZÁLEZ, *Artículo 10 bis*, ob. cit., p. 953.

argumentos *a contrario* que, contrastados con los requisitos de la prohibición general de abuso, permitan considerar, definitivamente, una cláusula como abusiva.

Recuérdese que, en la medida en que una cláusula se subsuma en alguno de los supuestos de la lista establecida en el artículo 43 EC, se presume de hecho un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, debiendo el predisponente, para desmontar tal presunción, aportar las razones o argumentos que justifiquen el desequilibrio de derechos y obligaciones derivados del contrato.

6.2. El modelo diferenciado de control de abusividad.

Por último, como quiera que la regulación legal de la abusividad se articula en torno a la prohibición de abuso y la lista de cláusulas *prima facie* abusivas, es posible configurar varios modelos de juicio de abusividad y una intensidad diferenciada del control judicial de contenido, según se trate de supuestos que se subsuman o no en la lista del artículo 43 EC.

Estas distintas versiones del juicio de abusividad pueden ser reconducidas a dos sistemas básicos, dentro de los cuales puede incluso identificarse un modelo combinado o intermedio:

1º El modelo de juicio de abusividad para la aplicación de la prohibición de abuso del artículo 42 EC, que comprendería todos aquellos supuestos que no se subsumen en la lista de cláusulas *prima facie* abusivas; y

2º El modelo de juicio de abusividad para la aplicación de la lista enunciativa y no exhaustiva de cláusulas *prima facie* abusivas del artículo 43 EC.

Ambos modelos se distinguirían por la intensidad diferenciada del control material de abusividad (*test* estricto, intermedio o débil), así como por el distinto contenido de las reglas sobre carga de la prueba y de argumentación que cada uno de ellos supone.

El test o escrutinio débil se aplicaría a los casos de aplicación directa de la prohibición general de abuso, es decir, aquellos eventos que no se subsumen dentro de los supuestos de la lista de cláusulas *prima facie* abusivas y en los que no haya un motivo o razón para “sospechar” de la buena fe del predisponente.

Mediante el escrutinio estricto, por su parte, se enjuiciarían aquellos supuestos potencial o *prima facie* abusivos incluidos en la lista del artículo 43 EC, precisamente por ser los casos más frecuentes de cláusulas o condiciones abusivas según la práctica contractual y sobre los cuales recae cierta sospecha de abusividad (limitación o exención de responsabilidad del predisponente, restricción de derechos del consumidor, entre otros).

Por esta misma razón, la aplicación del escrutinio estricto sería excepcional, pues debe presumirse siempre la buena fe del predisponente, a menos que haya una

razón suficiente para presumir lo contrario, como sucede precisamente en los supuestos previstos en la lista del artículo 43 EC.

Igualmente, la aplicación de este escrutinio supone una inversión de la carga de la prueba y de la argumentación: mientras el predisponente no aduzca y fundamente de manera suficiente que la cláusula o condición por él impuesta no produce, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en el contenido del contrato, la cláusula o condición deberá considerarse abusiva.

7. Premisas de la investigación.

La base de la tesis propuesta es la consideración de la prohibición de abuso como una norma con carácter de principio (7.1.); la validez *prima facie* de tal prohibición (7.2.); la ponderación como forma típica de aplicación judicial de las normas con carácter de principio, así como la consideración de la abusividad contractual como un problema de colisión entre principios (7.3.).

Por último, la consideración de la norma adscrita como el resultado del mencionado proceso de ponderación y premisa mayor del fallo que define la abusividad de la cláusula o condición en examen (7.4.).

7.1. El carácter “principal” de la prohibición de abuso.

La base de la tesis propuesta es la consideración de la prohibición de abuso como una norma con carácter de principio,¹⁷¹ entendido éste como un mandato de optimización (*Optimierungsgebote*) que exige la máxima realización, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas, de los derechos y posiciones que tal prohibición garantiza a favor de los consumidores,¹⁷² en especial del derecho a un contrato equilibrado, así como su protección judicial (arts. 4º y 3º, 1.6 EC).¹⁷³

Las posibilidades fácticas de la prohibición de abuso serían definidas por los principios de idoneidad y necesidad; las posibilidades jurídicas, por su parte, serían definidas por los principios que juegan a favor o en contra de la abusividad de la cláusula o condición en examen, según el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

El carácter “principal” de la prohibición de abuso y la ponderación que supone su aplicación judicial serían la base para delimitar, frente a un caso concreto, el contenido normativo de los derechos y posiciones garantizados a favor de los

¹⁷¹ ÁVILA, Humberto, *Teoría de los principios* (Laura CRIADO SÁNCHEZ, trad.), Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 5-82 (de esta obra hay versión inglesa, *Theory of Legal Principles*, 2003, y alemana, *Theorie der Rechtsprinzipien*, 2006, ambas en Springer, Berlín); DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio* (Marta GUASTAVINO, trad.), Barcelona, Ariel, 1984, p. 72 ss]; y ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob.cit., p. 17.

¹⁷² ALEXY, ob.cit., p. 17.

¹⁷³ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad como criterio de concreción normativa de la prohibición general de abuso*, ob. cit., p. 4-36.

consumidores, así como para definir los límites de la libertad contractual del predisponente y su facultad para configurar el contenido del contrato.

La colisión que supone cada caso de abusividad contractual, atendida la naturaleza de principio que ostentan tanto los derechos del consumidor como los derechos del empresario o profesional, ha de ser resuelta mediante la ponderación (*Abwägung*) de los principios en conflicto, lo cual se traduce en un proceso de especificación o concreción normativa en el que se han de tener en cuenta “*las condiciones particulares de la transacción que se analiza*” (art. 42 EC), cuyo resultado es la norma adscrita de decisión.

Tal norma adscrita define lo que al predisponente está prohibido, permitido u ordenado según las circunstancias del caso concreto y que expresa la “relación de precedencia condicionada” (*bedingte Vorrangrelation*) de los principios en disputa, esto es, las razones fácticas o jurídicas que juegan a favor o en contra del mantenimiento de la cláusula o condición en examen o de su exclusión como contenido del contrato.¹⁷⁴

7.2. La validez *prima facie* de la prohibición de abuso.

Como fue dicho, la prohibición de abuso no proscribire cualquier desequilibrio que cause el predisponente mediante la imposición unilateral de una cláusula o condición, sino aquellos desequilibrios que sean injustificados, es decir, carentes de razones que de manera suficiente los justifiquen, lo que significa que dicha norma no ostenta una validez definitiva sino una validez *prima facie*, en la medida en que permite desequilibrios contractuales siempre que estos se hallen debidamente justificados.

El criterio más seguro para saber cuándo una norma reviste una validez definitiva o una validez *prima facie* lo constituyen las razones que pueden justificar, bajo unas circunstancias determinadas, una intervención o una restricción en el derecho que ella protege.¹⁷⁵

En este sentido, la prohibición de abuso ostenta una validez *prima facie* cuando es considerada en sí misma o de modo aislado, es decir, sin tener en cuenta las razones que puedan justificar una intervención en los derechos que ella garantiza a favor de los consumidores.

¹⁷⁴ De acuerdo con la “ley de colisión” (*Kollisionengesetz*), las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente. Las circunstancias en que unas razones prevalecen sobre otras constituyen el supuesto de hecho de la norma adscrita de decisión, y del contraste entre tal supuesto y la cláusula o condición en examen dependerá la abusividad de esta y su exclusión como contenido del contrato.

Al respecto, ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob.cit., p. 17.

¹⁷⁵ SEARLE, John, «*Prima facie obligations*», en RAZ, Joseph (ed.), *Practical Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 1978, p. 84 ss.

Por el contrario, tal prohibición ostenta una validez definitiva cuando es considerada en relación con las demás normas del ordenamiento con las que ella puede entrar en colisión, teniendo en cuenta las razones que pueden justificar la intervención en los mencionados derechos. Antes de tal consideración, la prohibición de abuso ostenta una validez *prima facie*.¹⁷⁶

7.3. La ponderación como método propio del juicio de abusividad.

Las reglas son normas que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible y que sólo pueden ser cumplidas o no; los principios, en cambio, son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados y que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas.¹⁷⁷

Una norma será una regla o un principio en función de la manera cómo ha de ser aplicada y de la forma como hayan de ser resueltas las colisiones en que se vea envuelta.

Las reglas se aplican mediante subsunción pues contienen mandatos definitivos. Cuando ocurre la conducta que las reglas prevén, debe hacerse lo que ellas han prescrito, ni más ni menos.

En otras palabras, para imputar la consecuencia jurídica, la conducta ha de subsumirse exactamente en el supuesto de hecho de la regla pertinente. Por el contrario, si las condiciones previstas en el supuesto de hecho de la regla no se presentan, esta no debe aplicarse.

La forma de aplicación característica de los principios es, en cambio, la ponderación (*Abwägung*). Los principios no contienen mandatos definitivos, sino mandatos de optimización: ellos ordenan ser realizados en la mayor medida posible, según las posibilidades fácticas y jurídicas o las razones que juegan en sentido contrario.¹⁷⁸

¹⁷⁶ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 814-3; y BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, ob. cit., p. 88.

¹⁷⁷ Principios y reglas son normas jurídicas que regulan conductas y que son aptas para fundamentar una decisión judicial. Desde una perspectiva lógica, las reglas son aplicables por completo o no son aplicables en absoluto en la solución de un caso concreto: todo o nada [DWORKIN, *Los derechos en serio*, ob. cit., p. 72 ss]. Si sucede el supuesto de hecho previsto en la regla, el juez debe aplicarla por completo. Por el contrario, si el supuesto de hecho previsto por la regla no se verifica, el juez debe excluir su aplicación.

Los principios, por su parte, tienen una dimensión de peso (*Gewicht*) o importancia de la que carecen las reglas jurídicas. Cuando el juez deba solucionar los conflictos entre principios ha de tener en cuenta el peso o la importancia relativa de cada uno de éstos. La decisión que el juez adopta no implica, según esto, un juicio de valor absoluto o definitivo sobre la subordinación de un principio a otro, sino un juicio relativo al caso concreto, en donde el principio que tenga mayor peso determina el sentido de la decisión.

¹⁷⁸ SIECKMANN, *Abwägung von Rechten*, ob. cit., p. 164 ss.

En la ponderación se tienen en cuenta las razones fácticas y jurídicas que juegan en contra, con el fin de determinar en qué medida es fáctica y jurídicamente posible la realización o efectividad de un principio.¹⁷⁹

Por la forma como ha de ser aplicada, la prohibición de abuso es una norma “principal”, o con estructura de principio, entendido éste como un mandato de optimización (*Optimierungsgebot*), pues ella ordena que su objeto normativo sea realizado en la mayor medida de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas.

La mayor o menor realización de la prohibición de abuso dependerá del peso de las razones que jueguen a favor o en contra de esta, o de las razones que jueguen a favor o en contra de la realización de los principios con los que entra en colisión, como puede ser la libertad contractual del predisponente y su facultad para definir el contenido del contrato.¹⁸⁰

El carácter de principio de la prohibición de abuso exige ponderar o sopesar tales razones, cuyo resultado será la norma adscrita que expresa la relación de precedencia condicionada de los principios en conflicto.

Además de no prescribir de manera definitiva la conducta prohibida o permitida al predisponente, la prohibición de abuso tampoco establece criterios que permitan al juez definir si la cláusula o condición que produce el desequilibrio del contrato es o no abusiva.

Para establecer el contenido prescriptivo de dicha norma, el juez ha de sopesar las razones fácticas o jurídicas que juegan a favor o en contra de su realización, o a favor o en contra de la realización de los principios con los que entra en conflicto.

La prohibición de abuso, en otras palabras, no presupone que lo que debe ser sea fáctica y jurídicamente posible en toda su dimensión, sino que exige un cumplimiento lo más extendido o aproximadamente posible.

A diferencia de las reglas que contienen determinaciones que proceden de la previa consideración de las razones que juegan en contra de lo ordenado por una norma y que, por tanto, son deberes definitivos que pueden ser aplicados mediante subsunción, el deber ser de la prohibición de abuso no tiene en cuenta las razones que puedan jugar en contra de lo ordenado por dicha norma, de manera que no contiene determinaciones definitivas, sino solo determinaciones *prima facie* que deben ser contrastadas con las determinaciones *prima facie* de los principios contrarios con los que entra en colisión.¹⁸¹

¹⁷⁹ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 17; y BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 574.

¹⁸⁰ PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, ob. cit., p. 17.

¹⁸¹ BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, ob. cit., p. 88.

7.4. La norma adscrita de abusividad como resultado de la ponderación.

Mediante el examen de proporcionalidad en sentido estricto el juez define el ámbito de las posibilidades jurídicas de la prohibición de abuso. En un caso concreto de abusividad contractual, las posibilidades jurídicas de la prohibición de abuso se determinan en función de los principios que juegan en sentido contrario, específicamente el principio que fundamenta la cláusula o condición impuesta por el predisponente (la libertad contractual de éste y su facultad para definir el contenido normativo del contrato).¹⁸²

El examen de proporcionalidad en sentido estricto supone entonces una ponderación entre la prohibición de abuso (los derechos y posiciones que dicho principio garantiza a favor de los consumidores) y el principio que fundamenta la cláusula o condición impuesta por el predisponente.

Tal colisión es resuelta por el juez estableciendo una relación de precedencia condicionada entre ambos principios, teniendo en cuenta “*las condiciones particulares de la transacción que se analiza*”, de conformidad con el mandato de ponderación establecido por el propio artículo 42 EC.

Tales condiciones constituyen el supuesto de hecho de una regla cuya realización apareja la consecuencia jurídica prevista en el principio dominante en la ponderación. Dicha regla es una norma adscrita que se fundamenta a partir de las premisas fácticas y jurídicas que sean relevantes en la etapa discursiva del juicio de abusividad.

El principio de proporcionalidad es el criterio que permite al juez establecer la relación de precedencia condicionada entre la prohibición de abuso (P₁) y el principio que fundamenta la imposición de una cláusula o condición (P₂), en un caso concreto (C).

Si en unas circunstancias determinadas (C₁), la prohibición de abuso (P₁) prevalece sobre el principio que fundamenta la imposición de una cláusula o condición (P₂), significa entonces que dicha imposición no supera las exigencias del principio de proporcionalidad en sentido amplio, y de cada uno de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En tal caso, la imposición de la cláusula o condición en examen representa una restricción ilegítima de los derechos garantizados a favor de los consumidores por el artículo 42 EC, y el juez deberá declarar su nulidad y su exclusión como contenido del contrato.

Por el contrario, si en unas circunstancias distintas (C₂), el principio que fundamenta la imposición de cláusula o condición en examen (P₂) precede a la prohibición

¹⁸² STÜNER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht*, ob. cit., p. 326.

general de abuso (P₂), es decir, C₂ (P₂ P P₁), significa entonces que la imposición de la cláusula o condición es proporcionada por cumplir las exigencias de los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En tal caso, la imposición de la cláusula o condición en examen constituye una intervención legítima en el contenido de los derechos garantizados por la prohibición de abuso y el juez deberá declarar su validez como contenido del contrato.

En el marco del juicio de abusividad, el examen de proporcionalidad en sentido estricto se explica igualmente por ser la prohibición de abuso un mandato de optimización que exige la máxima realización posible de los derechos y posiciones por ella garantizada.

La ponderación que supone el examen de proporcionalidad en sentido estricto resulta necesaria cuando el cumplimiento de un principio suponga el incumplimiento de otro, o cuando la realización de un principio se obtenga a expensas del sacrificio de los demás, como sucede en los casos de abusividad de las cláusulas o condiciones impuestas por el predisponente en los contratos de adhesión celebrados con consumidores.

7.5. Casuismo judicial, método tópico y norma del caso concreto.

Como es sabido, los ordenamientos jurídicos se agrupan en torno a dos tipos fundamentales, aunque no puros, que se concretizan en un sistema cerrado de normas jurídicas o en un complejo de soluciones inspiradas en casos prácticos, y que corresponden, respectivamente, a dos métodos de pensar, el método axiomático y el método tópico, que se remontan a ARISTÓTELES y CICERÓN.¹⁸³

El primer grupo lo representan los ordenamientos del continente europeo, en el que las principales materias jurídicas se hallan reguladas en extensas codificaciones (*civil law*). Al segundo grupo pertenece actualmente el *case law method* del derecho inglés y angloamericano (*common law*) y, en el pasado, el derecho romano.¹⁸⁴

Sin embargo, en los derechos continentales del *civil law*, la interpretación judicial de las leyes se hace dentro de las categorías conceptuales y con los medios del derecho casuístico. Por otra parte, también los derechos anglosajones contienen en sus *statute law* porciones importantes de derecho reglado.¹⁸⁵

¹⁸³ KASER, *En torno al método de los juristas romanos*, ob. cit., p. 12; LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 151 ss; ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado (Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tubinga, J.C.B. Mohr-Paul Siebeck, 1956, Eduardo VALENTÍ FIOL, trad.), Barcelona, Bosch, 1961; *Id*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a. Main, Athenäum, 1970 (de esta obra existe traducción parcial, Cap. V., "La interpretación", de Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO, Madrid, Anuario de Filosofía del Derecho, AFD, t. III, 1986, p. 41-73).

¹⁸⁴ KASER, *En torno al método de los juristas romanos*, ob. cit., p. 12; y ESSER, *Principio y norma*, ob. cit., p. 227.

¹⁸⁵ ESSER, ob. cit., p. 227.

En otras palabras, los ordenamientos montados sobre la casuística conservan también ingredientes sistemáticos que, al encajar entre sí las normas y conceptos que laten dispersos por la casuística, le dan unidad y sentido a todo el conjunto del ordenamiento.¹⁸⁶

7.5.1. El método axiomático.

El método axiomático, sirviéndose de la deducción lógica, hace derivar toda las máximas y conceptos de un sistema de normas y conceptos básicos, que por ser axiomas no son susceptibles ni necesitan siquiera de ulterior fundamentación.¹⁸⁷

Los ordenamientos jurídicos del *civil law* tienden por ello a una construcción sistemática, en el sentido aristotélico del término, y a construir una estructura cuyas normas y conceptos concretos son lógicamente deducibles de determinadas normas y conceptos.¹⁸⁸

En otras palabras, lo que determina el carácter de estos ordenamientos es que sus normas y conceptos singulares están perfectamente de acuerdo entre sí y se derivan de ciertos conceptos generales.¹⁸⁹

7.5.2 El método tópico.¹⁹⁰

Frente al método axiomático se encuentra la tópica,¹⁹¹ es decir, el pensar que se orienta hacia el problema concreto; el pensamiento aporético que no parte del

¹⁸⁶ ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, ob. cit.; ESSER, *Principio y norma*, ob. cit., p. 227; y COING, *Die juristischen Auslegungsmethoden*, ob. cit., p. 23 ss.

¹⁸⁷ KLUG, *Lógica jurídica*, ob. cit., p. 148 ss. El juez, en los ordenamientos del *civil law*, ha de obtener la resolución del caso concreto, en primer lugar, del derecho establecido, o bien de los principios y valores a él inmanentes. Sólo le está permitido ir más allá de esto en tanto el orden jurídico establecido, incluidos los precedentes consolidados por la jurisprudencia, no le proporcione ninguna respuesta clara a la cuestión jurídica a él planteada. Al respecto, LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 151 ss.

En sentido contrario, ESSER considera que los jueces, las más de las veces, hallan de hecho su resolución con independencia de la ley, y que sólo posteriormente, mediante una fundamentación *lege artis*, confrontan su compatibilidad con el sistema y según su comprensión del derecho positivo (*Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, ob. cit., p. 7).

¹⁸⁸ ESSER, *Principio y norma*, ob. cit., p. 227.

¹⁸⁹ ESSER, *Principio y norma*, ob. cit., p. 227; y COING, Helmut, *Derecho privado europeo* (Antonio PÉREZ MARTÍN, trad.), Madrid, Consejo General del Notariado, 1996.

¹⁹⁰ Además del derecho civil romano, la jurisprudencia medieval tardía, el "*mos italicus*", procedió tópicamente. En el derecho civil moderno, IHERING introdujo un topos con la categoría de "interés", a cuyo análisis dogmático siguió un gran número de argumentos jurídicos. Al respecto, LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 154.

Sobre la aceptación y crítica de la tópica, especialmente en la más moderna y completa formulación de VIEHWEG, v. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, ob. cit., p. 596; MÜLLER, Friedrich, *Juristische Methodik*, Berlín, Duncker und Humblot, 1989, p. 70 ss; y CANARIS, Claus-Wilhelm, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, Berlín, Duncker und Humblot, 1983, p. 141 ss.

¹⁹¹ La tópica es un método racional de obtención del derecho (*Rechtsfindung*), es decir, de obtención de la resolución jurídica concreta independiente de la ley (o que no se orienta primariamente a la ley), ajeno al mero parecer del juez, a su sentimiento jurídico o a otros factores irracionales.

Al respecto, LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 152; y VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, ob. cit., p. 20 ss.

sistema como totalidad, de la que se pueda sacar, por deducción, la norma que contiene la solución del caso, sino que arranca del caso mismo.¹⁹²

La tónica, como método de elaboración jurídica que arranca del caso concreto,¹⁹³ es un procedimiento inductivo y empírico en tanto considera el caso desde el resultado y examina las soluciones viables ponderando si son materialmente justas, trayendo para ello a colación casos análogos o diferentes.¹⁹⁴

La tónica es por excelencia el modo de razonar las controversias jurídicas y, como tal, es usada en la lucha procesal de los litigios, en los cuales la decisión con frecuencia no se obtiene de una verdad única y segura, y en los que las razones y argumentos en pro y en contra se han de sopesar frente a frente.¹⁹⁵

Las controversias judiciales suelen zanjarse mediante el intercambio de opiniones, en las que trata de determinarse si las premisas que aduce cada una de las partes son o no relevantes, aceptables, admisibles y defendibles. La decisión final del litigio se obtiene sopesando comparativamente esas premisas.¹⁹⁶

El método tónico busca las premisas que puedan servir para resolver el caso e intenta, de este modo, llegar a las directrices generales que permitan inducir la decisión (los *topoi*), las cuales no son verdades válidas y unívocas sino que, por su mismo sentido y alcance, son problemáticas. Sin embargo, aunque en la tónica

¹⁹² La tónica surge ante la insuficiencia de la lógica de la subsunción, de la derivación deductiva de normas jurídicas y resoluciones a partir de normas jurídicas previamente dadas de contenido más general. Al respecto, LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 152; y VIEHWEG, *Tónica y jurisprudencia*, ob. cit., p. 20 ss.

¹⁹³ Además de los *topoi* usados en todas partes, de los que tratan ARISTÓTELES, CICERÓN y sus seguidores, VIEHWEG señala también aquellos que han sido aprobados por una determinada especialidad, como sucede con los *topoi* jurídicos, que son argumentos a los que se recurre para la solución de problemas de esta índole, aceptados por todos (*consensus omnium*) y que pueden asumir diferentes formas, como sucedía en el derecho civil romano (*Tónica y jurisprudencia*, ob. cit., p. 29).

Además de las soluciones abstraídas del caso concreto, y que podían transformarse en axiomas, VIEHWEG califica también de tónicos a conceptos jurídicos como la declaración de voluntad, o a principios materiales como el de protección de la confianza legítima.

Al respecto, LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 154; y VIEHWEG, *Tónica y jurisprudencia*, ob. cit., p. 30 ss.

¹⁹⁴ El pensar tónico, que como método de elaboración jurídica parte del caso concreto, se realiza dialécticamente discutiendo los argumentos y contra-argumentos con un contrincante real o imaginario. Según VIEHWEG, en la jurisprudencia no se trata de la realización de principios jurídicos generales que hayan su expresión en las leyes y que han de ser aclarados en su sentido racional por medio de la interpretación, sino sólo de la resolución justa, siempre adecuada a la cosa, del caso particular. La jurisprudencia, sólo puede satisfacer su peculiar propósito, a saber, qué es lo justo aquí y ahora en cada caso, si procede, no de modo deductivo, sino tópicamente (*Tónica y jurisprudencia*, ob. cit., p. 83).

¹⁹⁵ Siguiendo a ARISTÓTELES y a los retóricos, en especial a CICERÓN, VIEHWEG define a la tónica como un procedimiento especial de discusión de problemas, caracterizado por el empleo de ciertos puntos de vista, planteamientos o argumentos generales, aceptados como estables (*topoi*).

Los *topoi* son puntos de vista aceptables en todas partes, que se usan en pro y en contra de lo que se opina y pueden conducir a lo verdadero (*Tónica y jurisprudencia*, ob. cit., p. 10 ss). Se emplean para poner en marcha la discusión de un problema y, en cierto modo, abordarlo desde perspectivas diferentes, como también para descubrir el contexto al que se halla conectado el mismo. La tónica tiene su punto central siempre en el problema particular, no en una conexión trascendente de problemas o de cosas que se hace visible en los problemas particulares (p. 33).

¹⁹⁶ VIEHWEG, ob. cit., p. 20 ss.

se llegue a las premisas por el camino inductivo, su aplicación al caso concreto se lleva a efecto mediante una deducción lógica.¹⁹⁷

En otras palabras, una elaboración jurídica que se sirve de los tópicos, tampoco puede renunciar al pensamiento deductivo. La tópica busca, en consecuencia, las premisas en tanto no sean susceptibles de deducción; la aplicación al caso concreto de esas premisas, en cambio, es un proceso lógico que asume la forma de un silogismo.¹⁹⁸

¹⁹⁷ VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, *ob. cit.*, p. 20 ss.

¹⁹⁸ VIEHWEG, *ob. cit.*, p. 20 ss.

PRIMERA PARTE

DE LA CONTRATACIÓN A CONDICIONES GENERALES

CAPÍTULOS I-VI

TÍTULO PRIMERO
DEL DERECHO DEL CONSUMO EN GENERAL Y DEL DERECHO
CONTRACTUAL DEL CONSUMO EN PARTICULAR

CAPÍTULO I
DEL DERECHO DEL CONSUMO EN GENERAL

8. Surgimiento y evolución del derecho del consumo.

Este derecho especial surge con la aparición del consumo masivo a finales del siglo XIX, y se reafirma tras la segunda guerra mundial, con el propósito de proteger a los consumidores de los abusos de los grandes fabricantes y distribuidores.¹⁹⁹

El movimiento internacional de protección de los consumidores nació a comienzos de los años cincuenta, pero tuvo su mayor auge en la década siguiente, especialmente en Estados Unidos.

Precisamente para promover la protección de los consumidores, las asociaciones creadas durante este período inicial, reunidos en la Conferencia de la Haya de 1960, dieron origen a la Organización Internacional de Asociaciones de Consumidores, IOCU (por sus siglas en inglés).²⁰⁰

El 15 de marzo de 1962, el Presidente John Fitzgerald Kennedy, en un mensaje enviado al Congreso de los Estados Unidos, expresó la necesidad de que se reconocieran los derechos de los consumidores.

A partir de esa fecha (efeméride mundial de los consumidores), en todo el mundo se demanda de los Estados el reconocimiento de una carta de derechos de los consumidores, que contenga los derechos de libertad, igualdad, información, educación, salud, asociación y participación en el mercado.²⁰¹

En Europa el derecho del consumo tuvo su origen en Dinamarca, con la creación de Consejo danés del Consumidor (1947). Gran Bretaña adoptó medidas legales de protección de los consumidores mediante la *Consumer Protection Act* (1974) y la *Consumer Credit Act* (1974); Francia con la *Loi Royer* (1973) y Alemania con la *Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen* (Ley sobre condiciones negociales generales, AGBG, 1976).²⁰²

Con la creación del mercado único europeo durante los años cincuenta, se dio un impulso definitivo al derecho del consumo como quiera que las autoridades

¹⁹⁹ BIANCA, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 395 ss; y GABRIELLI, Enrico y MINERVINI, Enrico (dirs.), «*I contratti dei consumatori*», en RESCIGNO, Pietro y GABRIELLI, Enrico (dirs.), *Trattato dei contratti*, Turín, Utet, 2006.

²⁰⁰ RENGIFO GARDEAZÁBAL, Mauricio, *La formación del contrato*, Bogotá, Temis, 2016, p. 22-5.

²⁰¹ RENGIFO GARDEAZÁBAL, *La formación del contrato, ob. cit.*, p. 22-5.

²⁰² RENGIFO GARDEAZÁBAL *ob. cit.*, p. 22-5.

europeas se propusieron elevar al consumidor a la categoría de “ciudadano en el mercado”, y proteger a este de los riesgos de los productos defectuosos y la celebración masiva de operaciones a distancia que suponía el mercado común.²⁰³

En los años sesenta, la Comunidad Europea expidió la Carta Magna del Consumidor (1972) y la Carta de Protección del Consumidor (1973). Con la creación de la Unión Europea en 1992, se han expedido numerosas Directivas tendientes a corregir las imperfecciones del mercado, limitando el poder de los productores y empresarios mediante la regulación de la calidad, idoneidad y seguridad de los productos, la imposición de estrictos deberes de información, la prohibición de publicidad engañosa y cláusulas abusivas, así como el establecimiento de normas especiales para las ventas a distancia.²⁰⁴

En términos generales, el derecho del consumo puede ser definido como el conjunto de normas que regulan las relaciones surgidas entre productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los primeros con ocasión del consumo de bienes y servicios.²⁰⁵

En otros términos, el derecho del consumo es el conjunto de normas de derecho público o de derecho privado que regulan los derechos de los consumidores y los mecanismos jurídicos para su garantía y protección (arts. 1º y 2º EC).

El derecho del consumo, y el concepto de consumidor, su protagonista central, es fruto de la economía capitalista moderna, dirigida al aumento de la producción privada de bienes y servicios, así como de la necesidad de proteger a los consumidores, que se hallan en una situación de asimetría y desigualdad frente a los empresarios o profesionales.²⁰⁶

No es casualidad que las primeras asociaciones de consumidores en el mundo hayan surgido en Estados Unidos, país en el que tienen lugar las formas más avanzadas del capitalismo y los movimientos de concertación entre los consumidores y los productores y distribuidores de bienes y servicios.²⁰⁷

Como hemos visto, en los años 60 y 70 del siglo XX, el movimiento de protección de los derechos de los consumidores se extendió a Europa, suscitando el interés de los juristas, el reconocimiento jurídico del consumidor y la expedición de las

²⁰³ CALAIS-AULOY, Jean y STEINMETZ, Franz, *Droit de la consommation*, París, Dalloz, 2010, p. 22.

²⁰⁴ CALAIS-AULOY/STEINMETZ, *Droit de la consommation*, *ob. cit.*, p. 22.

²⁰⁵ CALAIS-AULOY/STEINMETZ, *ob. cit.*, p. 22.

²⁰⁶ *ob. cit.*, p. 22.

²⁰⁷ ZENTNER, Diego, *Contrato de consumo*, Buenos Aires, La Ley, 2010, p.11. El *Consumerism movement*, aunque históricamente anterior, tiene su hito fundacional en el discurso del Presidente Kennedy del 15 de marzo de 1962, en el que se consideraba a los consumidores como el grupo más ampliamente afectado por las decisiones económicas, aunque también el menos consultado, al que se debía reconocer sus derechos a la información, a la seguridad, a elegir y ser elegido.

primeras normas de protección en sectores específicos, especialmente frente al fraude y la publicidad engañosa.²⁰⁸

En sus inicios, y aún ahora, el derecho del consumo se fundaba en las siguientes premisas:

1º Que los consumidores se hallan, de manera estructural, en una posición de debilidad, o de asimetría económica y profesional, frente a los profesionales y empresarios.

2º Que corresponde al Estado, mediante normas imperativas de orden público, proteger al consumidor como parte débil de la relación frente al profesional o empresario.

3º Que los mecanismos clásicos de protección del derecho común, civil y comercial, son a menudo insuficientes para proteger de manera adecuada al consumidor en el contexto de la actual economía de mercado.²⁰⁹

Si bien en su etapa inicial el derecho del consumo centraba su atención en el consumidor como parte débil de la relación (criterio subjetivo), su objeto de protección ha pasado a ser en los últimos tiempos la relación de consumo como acto objetivo del mercado.²¹⁰

De este hecho surge, en consecuencia, la distinción entre derecho del consumidor en sentido estricto y derecho del consumo como una objetivación de la protección del consumo como acto del mercado.²¹¹

9. Niveles de protección del consumidor contratante.

Teniendo en cuenta que las relaciones entre consumidores y empresarios pueden tener lugar en diversos ámbitos territoriales, se distingue entre un nivel local o nacional y comunitario e internacional de protección.

El nivel internacional de protección se refiere a las relaciones de consumo que, de conformidad con los acuerdos internacionales, tienen lugar entre consumidores situados en su mercado natural, empresarios cuya sede o establecimiento principal se sitúa en un territorio distinto, así como el caso de consumidores que celebran contratos en un mercado extraño a su mercado natural.²¹²

²⁰⁸ CALAIS-AULOY/STEINMETZ, *Droit de la consommation*, ob. cit., p. 22; y ALPA, Guido, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Bari-Roma, La Terza, 2002, p. 5.

²⁰⁹ CALAIS-AULOY/STEINMETZ, *Droit de la consommation*, ob. cit., p. 22.

²¹⁰ CALAIS-AULOY/STEINMETZ, ob. cit., 22.

²¹¹ CALVO, Roberto, «I contratti del consumatore», en GALGANO, Francesco (dir.), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Milán, Cedam, 2005, p. 6.

²¹² ALPA, *Introduzione*, ob. cit., p. 13.

El nivel comunitario, por su parte, alude a las normas de protección del consumidor expedidas por las autoridades comunitarias competentes (derecho comunitario del consumo)²¹³, como sucede, de manera notable, con los órganos de la Unión Europea, la Comunidad Andina o Mercosur.²¹⁴

El derecho comunitario del consumo produce un efecto a la vez propulsor y armonizador del derecho interno de los estados integrantes de la respectiva comunidad, como ha sido el caso de la Unión Europea mediante el reconocimiento, por parte de los distintos ordenamientos nacionales, de los derechos básicos de los consumidores.²¹⁵

Por último, el nivel interno de protección se refiere a las normas domésticas de protección de los consumidores, las que, a su vez, pueden ser constitucionales y legales.²¹⁶

9.1. Protección constitucional.²¹⁷

Esta protección se refiere a la tipificación especial, en la Constitución de los correspondientes Estados, de los derechos de los consumidores y, en general, de las relaciones de consumo como acto objetivo del mercado, tal como sucedió en Alemania, cuya Ley Fundamental (art. 74), estableció medidas de protección en el comercio de productos alimenticios y otros artículos de consumo o, más recientemente, con la Constitución portuguesa de 1976, cuyo artículo 81 estableció como prioridad para el Estado proteger al consumidor, especialmente con la creación de cooperativas y asociaciones de consumo.²¹⁸

Por su parte, la Constitución española de 1978 (art. 51) garantiza la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los consumidores (num.1).²¹⁹

También la Constitución colombiana de 1991 (art. 78), garantiza el control de calidad de bienes y servicios, la información que ha de ser suministrada al público y la

²¹³ GARCÍA CANTERO, Gabriel, «*El principio pro consumatore y su incidencia en el derecho de obligaciones en general*», en CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español*, t. III, Madrid, Reus, 2008, p. 557-61.

²¹⁴ CAMACHO LÓPEZ, María Elisa, «*Modelos legislativos en materia de consumo en el derecho comparado*», en VALDERRAMA ROJAS, Carmen Ligia (coord.), *Perspectivas del derecho del consumo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 41-5.

²¹⁵ CAMACHO LÓPEZ, *Modelos legislativos en materia de consumo en el derecho comparado*, ob. cit., p. 41-5.

²¹⁶ CAMACHO LÓPEZ, ob. cit., p. 41-5.

²¹⁷ Con atención al problema del adherente a la luz de los principios constitucionales, v. la contribución de PATTI, Salvatore, en GABRIELLI (dir.), *I contratti in generale*, t. I, *Trattato dei contratti* [RESCIGNO/GABRIELLI (dirs.)], ob. cit., p. 88.

²¹⁸ PATTI, *I contratti in generale*, ob. cit., p. 295; y CAMACHO LÓPEZ, *Modelos legislativos en materia de consumo en el derecho comparado*, ob. cit., p. 41-5.

²¹⁹ CAMACHO LÓPEZ, ob. cit., p. 41-5.

responsabilidad de quienes en su producción y comercialización atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a los consumidores y usuarios.

Igualmente, la Constitución colombiana garantiza la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el análisis de las disposiciones legales que les conciernen.²²⁰

9.2. Protección legal.

En primer lugar, existe una protección mediante normas legales sectoriales, presente en aquellos ordenamientos en los que no existe una norma general por medio de la cual son reglados todos los aspectos relativos a la relación de consumo, sino que la normativa de esta se diluye en numerosas leyes sectoriales, cada una de las cuales depara al consumidor una especial protección en un determinado ámbito del consumo (sector financiero, asegurador, de transporte, entre otros).

Un segundo modelo de regulación legal lo conforma aquel que combina una ley general de protección de consumidores y usuarios, y varias leyes específicas que protegen al consumidor en cada ámbito o sector concreto.²²¹

Para resolver los conflictos que puedan existir entre la norma general y la norma sectorial, los ordenamientos jurídicos nacionales con frecuencia han arbitrado criterios que permiten determinar la norma prevalente en los casos concretos.

El derecho español, por ejemplo, combina una norma con pretensión unificadora (el TRLGDCU, adoptado mediante el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), que refunde el contenido de la Ley 26/1984, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, LGDCU, con las normas de transposición de las Directivas comunitarias sobre la materia, con exclusión de aquellas que regulan ámbitos sectoriales específicos alejados del núcleo básico de protección de consumidores y usuarios.²²²

²²⁰ HINESTROSA, *Tratado*, ob. cit., t. II, p. 192-3; y CAMACHO LÓPEZ, *Modelos legislativos*, ob. cit., p. 46.

²²¹ CAMACHO LÓPEZ, ob. cit., p. 46. Desde las primeras décadas del siglo XX se hizo patente la tendencia de acudir a leyes especiales (*Spezialgesetze*), como quiera que las normas de los códigos de derecho privado, inclusive las del recién expedido BGB, parecían atrasadas y aún insuficientes para solucionar las exigencias de equilibrio y justicia contractual en la sociedad moderna.

Este fenómeno, conocido genéricamente como “descodificación”, nacido de la necesidad de disciplinar nuevos sectores de la vida económica (considerados como situaciones materialmente desiguales que exigen una tutela y un tratamiento jurídico diferenciado), tuvo lugar en el derecho comercial (“comercialización del derecho privado”), luego, con más dificultad, en el derecho del trabajo, en el derecho del consumo y previsiblemente se mantendrá respecto del “tercer contrato” y del contrato asimétrico.

Al respecto, HINESTROSA, *Tratado*, ob. cit., t. II, p. 192-3; e IRTI, Natalino, “*Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*”, *Rivista di diritto civile*, Padua, 1, 1979, p. 141-2, quien habla de la “*età della decodificazione*”.

²²² CAMACHO LÓPEZ, *Modelos legislativos en materia de consumo*, ob. cit., p. 48.

10. La regulación legal del consumo en España.²²³

10.1. Objeto y contenido del régimen general de protección.

En el derecho español, el régimen general de protección del consumidor se halla contenido en el TRLGDCU, adoptado, como hemos visto, en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que incorpora la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, LGDCU; la Ley 26 de 1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; la regulación dictada en materia de protección de los consumidores y usuarios en la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva sobre contratos a distancia; la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo; la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos; y la Ley 21/1995, de 6 de julio, sobre viajes combinados.²²⁴

10.2. Contenido normativo del régimen general de protección.

El TRLGDCU regula, aclara y armoniza las normas legales de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos contractuales reguladas en aquellas, y que establecen el régimen jurídico de determinadas modalidades de contratación con los consumidores, como los contratos celebrados a distancia y los celebrados fuera de establecimiento comercial; la regulación sobre garantías en la venta de bienes de consumo; la regulación sobre viajes combinados; y la regulación sobre la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos.²²⁵

Por instrumentar regímenes jurídicos muy diversos que regulan ámbitos sectoriales específicos, alejados del núcleo básico de la protección de los consumidores y usuarios, otras normas de transposición de las directivas comunitarias no fueron objeto de refundición, como sucede con las leyes que regulan los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico; las normas sobre radiodifusión televisiva y el uso racional de medicamentos y productos sanitarios; así como las normas sobre publicidad, crédito de consumo y la constitución de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, no obstante su incidencia en la regulación específica de los contratos con consumidores, pero ajenos al núcleo básico de protección de éstos.²²⁶

²²³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Pamplona, Aranzadi, 2009.

²²⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Prólogo», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, *ob. cit.*, p. 73 ss.

²²⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Prólogo*, *ob. cit.*, p. 73.

²²⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *ob. cit.*, p. 74.

Tampoco fueron objeto de refundición las normas reglamentarias que transponen directivas en materia de protección de consumidores y usuarios, tales como las relativas a la indicación de precios, etiquetado, presentación y publicidad de productos alimentarios, entre otras.²²⁷

El TRLGDCU se estructura en cuatro libros, relacionados, en su orden con las disposiciones generales sobre ámbito de aplicación, conceptos, definiciones, y derechos básicos de los consumidores; las relaciones jurídicas privadas; responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos; y las relaciones especiales de consumo.

10.2.1. Disposiciones generales (ámbito de aplicación, conceptos, definiciones y derechos básicos de los consumidores).

El Libro Primero (relativo a las disposiciones generales)²²⁸, dividido en cinco títulos, incorpora una delimitación del ámbito de aplicación²²⁹ y una lista de conceptos reiteradamente utilizados en el derecho del consumo, así como los derechos básicos de los consumidores y usuarios y la legislación básica sobre ellos (Título I).²³⁰

El Título II del Libro Primero regula el derecho de representación, consulta y participación, e incorpora el régimen básico de las asociaciones de consumidores y usuarios, así como los principios de organización para efectos de su creación, desarrollo y cumplimiento de sus funciones.

Con base en el principio de cooperación, el Título III incorpora la regulación en materia de cooperación institucional, especialmente relevante en la protección de los consumidores y usuarios teniendo en cuenta las competencias de las comunidades autónomas y las entidades locales al respecto.

Se integra, así mismo, en un título específico, la regulación de la Conferencia Sectorial de Consumo y las disposiciones específicas sobre cooperación institucional en materia de formación y control de la calidad de bienes y servicios.

El Título IV regula la potestad sancionatoria de la administración pública, sus principios generales, así como la tipología de las infracciones y sus respectivas sanciones.

²²⁷ *ob. cit.*, p. 75.

²²⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario. Artículo 1. Principios generales», en *Id.*, *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, *ob. cit.*, p. 77 ss.

²²⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario. Artículo 2. Ámbito de aplicación», en *Id.*, *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, *ob. cit.*, p. 80 ss.

²³⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario. Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario», en *Id.*, *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, *ob. cit.*, p. 86-98.

Finalmente, el Título V del Libro Primero articula el acceso a la justicia de los consumidores y, en particular, incorpora la regulación de las acciones de cesación frente a las conductas contrarias previstas en la ley y la regulación del sistema arbitral de consumo (Cap. II), como mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos.²³¹

Con el propósito de elevar la protección del consumidor ante “fórmulas arbitrales no siempre lícitas”, y garantizar la no renuncia previa a los derechos reconocidos legalmente en favor de aquél, el TRLGDCU reconduce al momento en que surge la controversia los pactos de sumisión al arbitraje, que es precisamente cuando el consumidor puede evaluar correctamente el alcance de la decisión que se ve obligado a adoptar.

Esta regla se complementa con la previsión de la nulidad de los pactos que la contravengan (incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones tipificadas en la ley como infracción de consumo), en aplicación de las normas sobre irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por la ley al consumidor.

El TRLGDCU incorpora, asimismo, la previsión de los supuestos en que podrá interponerse reclamación ante la Junta Arbitral Nacional frente a las resoluciones de las juntas arbitrales territoriales sobre admisión e inadmisión de solicitudes de arbitraje y el establecimiento, asimismo, en la norma reglamentaria, de los supuestos en que actuará un árbitro único en la administración del arbitraje de consumo.²³²

10.2.2. Relaciones jurídicas privadas.

Por su parte, el Libro Segundo, sobre relaciones jurídicas privadas, estructurado en cinco títulos, contiene los aspectos generales de los contratos celebrados con consumidores y el régimen común del desistimiento en aquellos contratos en que se prevé tal derecho (Título I); el régimen jurídico en materia de cláusulas contractuales no negociadas individualmente y cláusulas abusivas (Título II); los contratos con consumidores celebrados a distancia y fuera de los establecimientos mercantiles (Títulos III y IV, respectivamente); y el régimen de garantías y servicios posventa (Título V).²³³

Para evitar la imposición a los consumidores de obstáculos onerosos o desproporcionados en el ejercicio de los derechos reconocidos en el contrato, y en coherencia con lo previsto en la Directiva 2005/29/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales, que prohíbe los obstáculos no contractuales para el ejercicio de tales derechos, esta ley prohíbe las cláusulas contractuales que establezcan tales limitaciones y, en

²³¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Prólogo*, *ob. cit.*, p. 73 ss.

²³² v. Preámbulo TRLGDCU, p. 6.

²³³ REYES LÓPEZ, María José, «La protección de los derechos de los consumidores y usuarios», en *ID.*, *Derecho privado de consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 88; y GARCÍA VICENTE, *La contratación con consumidores*, *ob. cit.*, p. 1445.

particular, la imposición de plazos de duración excesiva o las limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato.

En el caso de los contratos de prestación de servicios o suministro de bienes de tracto sucesivo o continuado, en los que se han visto prácticas obstruccionistas al derecho del consumidor a ponerles fin, el TRLGDCU introduce disposiciones en las que establece, tanto en la fase previa de información, como en la efectiva formalización contractual, el procedimiento mediante el cual el consumidor podrá ejercitar este derecho en la misma forma en que contrató, sin sanciones o cargas.

Además, para reforzar la posición contractual del consumidor, se prevé la integración del contrato conforme a la buena fe objetiva, según las reglas de interpretación e integración del código civil y las exigencias de la leal competencia.

Por otra parte, mediante la utilización de nuevas tecnologías que permitan la prestación de la información mínima exigible y para evitar prácticas lesivas en las que el cumplimiento de las obligaciones legales de los empresarios supone costes adicionales a los consumidores y una retribución adicional al operador, la ley establece la necesidad de que la información precontractual obligatoria se facilite al consumidor de forma gratuita, sin costes adicionales.²³⁴

En materia de cláusulas y prácticas abusivas, en el mencionado Título II del Libro Segundo se incorporan las modificaciones introducidas por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, como es el caso del consumidor adquirente de vivienda en la medida en que se precisa el carácter abusivo de las cláusulas que le trasladen gastos que correspondan al profesional, como los impuestos en los que el sujeto pasivo es el vendedor, o los gastos a las conexiones a los suministros generales de la vivienda.²³⁵

Así mismo, se incorporan las previsiones tendientes a dar mayor claridad en las modalidades de cálculo del precio de los contratos, evitando la facturación de servicios no prestados efectivamente.

En materia contractual se clarifica, igualmente, la equiparación entre las estipulaciones contractuales no negociadas y las prácticas no consentidas expresamente, con idénticos efectos para los usuarios y en el ámbito sancionador.

Los Títulos III y IV se destinan, respectivamente, a regular los contratos con consumidores celebrados a distancia (Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, modificada por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, para la transposición al derecho español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia) y fuera de los establecimientos mercantiles (Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles).

²³⁴ Preámbulo, *ob. cit.*, p. 6-7.

²³⁵ GARCÍA VICENTE, *ob. cit.*, p. 1449.

El Título V del Libro segundo establece el régimen de garantías y servicios de posventa, integrando las normas sobre tal materia contenidas en la LGDCU y la regulación contenida en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.²³⁶

10.2.3. Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos.

El Libro Tercero, dividido en tres títulos, establece el régimen de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos: disposiciones comunes en materia de responsabilidad por daños causados por bienes y servicios defectuosos (Título I); la responsabilidad civil causada por productos defectuosos (Título II) y la responsabilidad causada por el resto de los bienes y servicios (Título III).²³⁷

10.2.4. Relaciones especiales de consumo.

El Cuarto y último Libro del TRLGDCU regula las relaciones de consumo derivadas de los contratos de viaje combinado (disposiciones generales, Título I), la resolución del contrato y responsabilidades (Título II).²³⁸

10.3. Ámbito objetivo de aplicación.

El TRLGDCU tiene por objeto establecer el régimen general de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de las competencias del Estado, y será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios (arts. 1º y 2º).

10.4. Derechos de los consumidores.

El Libro Primero del TRLGDCU (relativo a las disposiciones generales), incorpora una lista de los derechos básicos de los consumidores y usuarios y la legislación básica sobre ellos (Tít. I, cap. II).²³⁹

Son derechos básicos de los consumidores y usuarios, según el artículo 8º, los siguientes:

²³⁶ Preámbulo, *ob. cit.*, p. 7-8. v. también, MARTÍN ARESTI, Pilar, *Las garantías de los productos de consumo*, Cizur Menor, Aranzadi/Thomson Reuters, 2010, p. 90.

²³⁷ Preámbulo, *ob. cit.*, p. 8. v. también, GÓMEZ LA PLAZA, María del Carmen, "La responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos en la Unión Europea: presente y futuro", San Juan, Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, 61, 2000, p. 96 ss.

²³⁸ Preámbulo, *ob. cit.*, p. 8.

²³⁹ Según RAYMOND, el derecho del consumo no se limita a un conjunto de medidas de protección de una parte débil que algunos asimilan a los incapaces. El derecho del consumo es también un conjunto de derechos reconocidos a los consumidores. El legislador insufla a sus textos un espíritu que en realidad no es más que la búsqueda de un equilibrio entre todo liberalismo y todo dirigismo; una confluencia entre lo individual y lo social (RAYMOND, Guy, «Solidarisme contractuel en droit de la consommation», en GRYMBAUM, Luc y NICOD, Marc (dirs.), *Le solidarisme contractuel*, París, Economica, 2004, p. 110.

1º La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad (Tít. I, cap. III, arts. 11 a 16);

2º La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos (Tít. I, cap. V, arts. 19, 20 y 21);

3º La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos;²⁴⁰

4º La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute (Tít. I, cap. IV, arts. 17 y 18);²⁴¹

5º La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afecten directamente y la representación de intereses, a través de las asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas [Título II, cap. I, arts. 22 a 26; cap. II, arts. 27 a 32; cap. III, arts. 33 a 36; cap. IV, arts. 37 a 39]; y

6º La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión [(Tít. V, caps. I (acciones de cesación) y II (sistema arbitral de consumo))].

Los poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado (art. 9º).

7º Por otra parte, el artículo 10º, sobre irrenunciabilidad de derechos, establece que la renuncia previa a los derechos que esta ley reconoce a los consumidores y usuarios es nula, como son nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6º del código civil español.

11. El carácter imperativo o de orden público de las normas del derecho del consumo.

La imperatividad de las normas de protección puede deducirse, bien cuando el legislador invalida la renuncia anticipada de los derechos conferidos al consumidor, bien cuando se admite la validez de las cláusulas que mejoren la posición de éste, que se traduce en la licitud de las cláusulas de condición más beneficiosa o de prevalencia de la condición más ventajosa.²⁴²

²⁴⁰ MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, «La responsabilidad civil por daños causados por bienes y servicios», en REYES LÓPEZ, *Derecho privado de consumo*, ob. cit., p. 20; e ID, «La responsabilidad civil por productos defectuosos», en REYES LÓPEZ, ob. cit., p. 33.

²⁴¹ REYES LÓPEZ, María José, «El derecho de información», en ID., *Derecho privado de consumo*, ob. cit., p. 34.

²⁴² GARCÍA VICENTE, *La contratación con consumidores*, ob. cit., p. 1459-6

También cuando se establece la nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas, típicamente la nulidad parcial del acto infractor, o cuando se formulan cláusulas explícitas de represión del fraude a la ley o de elusión de las normas imperativas.²⁴³

En todo caso, las fórmulas legales utilizadas por el legislador del consumo para declarar la imperatividad de sus normas y sus consecuencias no son uniformes: unas veces se señala, sin más, el carácter imperativo de las disposiciones de la ley; se afirma la irrenunciabilidad de los derechos conferidos al consumidor, estableciendo la invalidez de las cláusulas de renuncia anticipada (art. 10º TRLGDCU), o se declara la invalidez de la renuncia genérica de derechos o su limitación, como ocurre en el caso de las cláusulas abusivas (arts. 86. num. 6 y 7 TRLGDCU); o bien dicha imperatividad se formula a través de su consecuencia, mediante la invalidez de las cláusulas que contraríen o excluyan ciertas reglas.²⁴⁴

Ahora bien, según reconoce la doctrina, el carácter imperativo de las normas protectoras supone la prohibición de eludir su aplicación mediante el reenvío a regulaciones sectoriales especiales, frente a las cuales las normas generales representan el mínimo de protección de los consumidores, de manera que son lícitas las cláusulas que mejoren la posición del consumidor (regla del nivel mínimo de protección o de la condición contractual más beneficiosa al consumidor), bien atribuyéndole otros derechos, o bien mejorando alguna de las condiciones de aquellos que ostenta legalmente.²⁴⁵

La regla de la condición más favorable se deduce también de otras normas, como la que ordena optar por la interpretación que sea más favorable al consumidor. La consecuencia de la contravención se formula también de modos distintos: bien afirmando la nulidad de la cláusula de pleno derecho, o bien declarando su invalidez.²⁴⁶

²⁴³ PEÑA LÓPEZ, Fernando, «Artículo 10. Irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario. Comentario», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, ob. cit., p. 137.

²⁴⁴ De acuerdo con el inc. 1º del artículo 4º EC, las normas contenidas en el estatuto “*son de orden público*”, y cualquier estipulación en contrario “*se tendrá por no escrita*”. Por otra parte, según el inc. 3º de esa misma disposición, las normas del estatuto “*deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor*”. En caso de duda, “*se resolverá en favor del consumidor*”.

Al respecto, v. *infra* Cap. VI, 37-38.

²⁴⁵ Al igual de lo que sucede con el derecho laboral, que reconoce en el trabajador una situación de debilidad negocial y atribuye carácter imperativo a sus normas, la protección contractual del consumidor se impone al empresario o profesional. Si se confiara a las reglas del derecho común de contratos, de carácter generalmente dispositivo, es probable que dicha protección se redujera sustancialmente e incluso se suprimiera, de ahí que la imperatividad de ciertos derechos busque asegurar que los mismos no puedan ser eludidos por voluntad de las partes, especialmente por la voluntad del empresario o profesional.

²⁴⁶ GARCÍA VICENTE, *Contratación con consumidores*, ob. cit., p. 1459-63. Ahora bien, la prohibición que supone el carácter imperativo de las normas protectoras de eludir su aplicación mediante el reenvío a regulaciones sectoriales especiales, frente a las cuales las normas generales del estatuto representan el mínimo de protección de los consumidores, aparece en contradicción con lo dispuesto en el inciso final del artículo 2º EC, según el cual las normas del estatuto son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual se aplicará esta y suplementariamente las normas del estatuto.

De todas formas, el carácter imperativo de las normas de protección del consumidor se explica por la naturaleza esencialmente dispositiva del derecho común de contratos, pues en la medida en que fija reglas mínimas de protección del cumplimiento del contrato y de la libertad contractual (vicios de la voluntad), dificulta enormemente la tutela de los derechos e intereses prevalentes de los consumidores, como quiera que es previsible que el empresario o profesional se aproveche de las reglas del derecho común dispositivo en su propia ventaja en razón de su superior poder de negociación.²⁴⁷

En otros términos, aunque los fines de protección o la tutela de la libertad de contratar en ambos derechos pueden ser los mismos, difieren en el modo de satisfacerlos, pues el acentuado interés del derecho común en el cumplimiento del contrato, es insuficiente ante la igualdad y equilibrio que requieren los intercambios con los consumidores.²⁴⁸

12. Las nociones de consumidor y profesional en el derecho comunitario europeo.²⁴⁹

Desde el punto de vista subjetivo son determinantes las figuras de consumidor y profesional, el primero de los cuales la Directiva 93/13/CEE identifica con toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, y, en el caso del segundo, con toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad empresarial, pública o privada.²⁵⁰

²⁴⁷ El carácter preponderantemente dispositivo del derecho común de contratos está en la base de la imperatividad e inderogabilidad con que se ha dotado a ciertas leyes especiales, de modo que su derogación o exclusión sea sancionada con la invalidez, salvo que fuera proporcionada o razonable según el principio de buena fe.

Al respecto, GARCÍA VICENTE, *Contratación con consumidores*, ob. cit., p. 1450; y DE CASTRO Y BRAVO, Federico, "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", ADC, XIV, 2, núm. 161, 1961, p. 295-341.

²⁴⁸ Al respecto, STOFFEL-MUNCK, *L'abuse dans le contrat*, ob. cit., p. 1269; y SAUPHANOR-BROUILLAUD, Nathalie, *Traité de Droit civil, Les contrats de consommation, Règles communes*, París, LGDJ, 2012, p. 3; e *Id.*, "Clauses abusives dans les contrats de consommation: critères de l'abus", *Contrats, Concurrence, Consommation*, 6, París, Lexis-Nexis, 2008.

²⁴⁹ BIANCA, *Derecho civil*, ob. cit., p. 398; y GABRIELLI, Enrico, «Sulla nozione di consumatore», en *Studi in onore di C. M. Bianca*, t. III, Milán, Giuffrè, 2006, p. 227.

²⁵⁰ v. *inter alia*, STJCE, Sala Tercera, del 22 de noviembre de 2011 (Asunto Cape y Omai). Según el TJCE, del tenor literal del artículo 2º de la Directiva 13/93/CEE se deduce claramente que una persona distinta a una persona física, que celebra un contrato con un profesional, no puede ser considerada como consumidor en el sentido de la citada disposición. La conexión del concepto de consumidor a la persona física, en contraste con la definición de profesional, referida tanto a las personas físicas como jurídicas, resulta deliberada, como lo prueba claramente su reiteración en diversas directivas comunitarias de consumo.

Sin embargo, el TJCE parece ignorar la existencia de personas jurídicas, como las asociaciones y fundaciones, extrañas al ejercicio de una actividad profesional, que se hallan, respecto del profesional con quien contratan, en una situación de inferioridad similar a la del consumidor persona física. Según CARBALLO FIDALGO, el TJCE ha dejado pasar la oportunidad de terciar en el debate sobre la extensión de la protección brindada en general por el derecho de consumo, y no solo por la legislación sobre cláusulas abusivas, al profesional que actúa fuera de la órbita de su competencia (*La protección del consumidor*, ob. cit., p. 23-4). Por otra parte, no existe posibilidad alguna de control de oficio por el juez de una cláusula abusiva respecto de las personas jurídicas, siendo necesaria su alegación y acreditación.

Para GÓMEZ DE LIAÑO, lo que es abusivo y nulo para los consumidores personas naturales, lo puede ser también para las sociedades, especialmente las que requieren de crédito para su funcionamiento y desarrollo, que en la mayoría de los casos no están en situación de negociar las condiciones o pactos moratorios de los contratos de adhesión que suscriben, no apreciándose diferencias entre la tutela que se prodiga a los consumidores y la que debería darse a las empresas o no

En general, el TJCE ha optado por una interpretación restrictiva, que excluye del concepto de consumidor al adquirente de bienes y servicios que directa o indirectamente se encuadre en el marco de una actividad profesional.²⁵¹

Reiteradamente el TJCE ha sostenido que el carácter excepcional de las reglas de competencia establecidas para la contratación con consumidores impone la interpretación estricta de este último concepto, limitado al consumidor final privado que no realice actividades mercantiles ni profesionales, considerado económicamente más débil y jurídicamente menos experto que su contratante profesional.²⁵²

13. Los conceptos de consumidor y empresario en el derecho español del consumo.

Además de aproximar la legislación nacional en materia de protección de los consumidores a la legislación comunitaria, el TRLGDCU aproxima también ambos ordenamientos en la terminología utilizada, como sucede con las expresiones consumidor, usuario y empresario, que se adaptan a la terminología comunitaria, aunque respetando las peculiaridades del ordenamiento español en relación con las personas jurídicas.²⁵³

El consumidor y usuario definido en la ley es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional (art. 2º), esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.²⁵⁴

A efectos de lo dispuesto en el TRLGDCU, se considera empresario a toda persona física o jurídica, sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión (art. 4º).

Por productor entiende la ley al fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea,

consumidores finales [GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, "El control de oficio de las cláusulas abusivas, *El juez nacional como garante de la protección del consumidor*", Revista de Derecho de la Unión Europea, núm. 26, enero-junio 2014, p. 316 y 323].

²⁵¹ Posición de la que se aparta la Directiva 2011/83/UE, que engloba, dentro del concepto de consumidor, a quien efectúa transacciones con finalidad mixta, en parte relacionada y en parte no con la actividad comercial de la persona, cuando son esencialmente ajenas a la actividad profesional del contratante.

Al respecto, BIANCA, *Derecho civil, El contrato*, ob. cit., p. 398-9; GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, ob. cit., p. 227; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 25.

²⁵² CARBALLO FIDALGO, ob. cit., p. 25 y las SSTJCE, citadas en la nota 3.

²⁵³ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 25.

²⁵⁴ Preámbulo TRLGDCU, p. 8.

así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo (art. 5º).²⁵⁵

Por proveedor considera la ley al empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realiza dicha distribución (art. 7º), concepto que se distingue del de vendedor que, por remisión a la legislación civil, es quien interviene en un contrato de compraventa actuando en el marco de su actividad empresarial.²⁵⁶

Por último, la ley entiende por producto todo bien mueble conforme lo previsto en el artículo 335 del c.c. esp. (art. 6º).

13.1. La noción legal de empresario.

Desde el punto de vista de los deberes que soporta en su actividad contractual, la noción de empresario o profesional es más fácil de precisar.

Es empresario o profesional cualquier sujeto que actúe en el tráfico con un propósito negocial organizado, con independencia de su condición pública o privada.

Sus rasgos principales, conocidos en el derecho mercantil, se relacionan con su actuación habitual o no ocasional en el tráfico, bien como productor, distribuidor o importador de bienes y servicios.

En otras palabras, profesional o empresario es cualquier sujeto que actúe en el tráfico con un propósito negocial organizado, con independencia de su condición pública o privada.²⁵⁷

Por lo general se recurre a estos rasgos de actuación habitual o no ocasional, comunes en el derecho mercantil, para caracterizar al empresario o profesional. El TRLGDCU define al empresario como toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada (art. 4º).

En términos generales se trata de las personas que producen, facilitan, suministran o expiden bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea su naturaleza pública o privada.²⁵⁸

La noción legal de empresario o profesional comprende cualquier persona, física, jurídica, e incluso entidades sin personalidad jurídica, como las comunidades de bienes, que realicen una actividad económica en el mercado ofreciendo de modo

²⁵⁵ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 25.

²⁵⁶ Preámbulo TRLGDCU, p. 9.

²⁵⁷ GARCÍA VICENTE, *Contratación con consumidores*, ob. cit., p. 1454.

²⁵⁸ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 70.

habitual o no ocasional y organizado la venta y cesión de bienes o la prestación de servicios.

Puede tratarse de comerciantes, pero también de empresarios civiles (agricultores, ganaderos o artesanos), definidos en las normas mercantiles, o cooperativas que suministran bienes o servicios a terceros, o asociaciones o fundaciones que actúen en el mercado desarrollando una actividad económica, o profesionales liberales (médicos, abogados, arquitectos), o profesionales sujetos a un estatuto especial, como notarios o registradores.²⁵⁹

En el caso en que el profesional actúe como intermediario en una operación entre particulares, en nombre y por cuenta de uno de ellos (agente inmobiliario, por ejemplo), conforme a la teoría de la representación, habrán de ser tratados como contratos celebrados entre particulares y, por tal razón, excluidos de las normas protectoras del derecho del consumo, solución poco satisfactoria desde el punto de vista del consumidor que contrató con un intermediario profesional, frente al cual presenta una inferioridad idéntica a la que le caracteriza frente al empresario que actúa por cuenta propia.²⁶⁰

13.2. La noción de consumidor en el TRLGDCU.

El Título I del Libro Primero, relativo a las disposiciones generales, además de regular los derechos de los consumidores y usuarios y la legislación básica sobre ellos (Cap. II), incorpora la delimitación del ámbito de aplicación establecido en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, LGDCU, y una lista de conceptos reiteradamente utilizados en ella, como sucede con los términos consumidor, usuario y empresario (Cap. I).²⁶¹

El ámbito subjetivo de aplicación del régimen contenido en el TRLGDCU se estructura en torno a los conceptos de consumidor y empresario como términos subjetivos de la relación contractual.

Al igual que la Directiva 93/13/CEE, el TRLGDCU habla de la actuación con un propósito ajeno a la actividad empresarial o profesional como un concepto que va más allá de la simple consideración de consumidor como destinatario final y que permite incluir dentro de tal categoría a ciertas personas que no son consumidores en sentido material por haber adquirido bienes y servicios para el consumo de otros (beneficencia, familiares, principalmente).²⁶²

En consonancia con la terminología del derecho comunitario, el TRLGDCU recoge también el concepto general del consumidor y usuario (art. 3º), al que identifica con

²⁵⁹ CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 71.

²⁶⁰ *ob. cit.*, p. 71.

²⁶¹ Preámbulo TRLGDCU, p. 9.

²⁶² CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor, ob. cit.*, p. 70.

las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, definición que desplaza a la clásica que caracterizaba al consumidor como el destinatario final de bienes y servicios, adquiridos con un fin restringido al ámbito personal, familiar o doméstico (art. 1º LGDCU de 1984).²⁶³

En otras palabras, consumidor no es sólo quien consume materialmente un bien o servicio, sino también quien lo saca del mercado, poniendo fin a su *iter economicus* para introducirlo en un ámbito de consumo personal, familiar o doméstico.

El concepto de consumidor como persona que actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial, excluye la posibilidad de extender el control de contenido de las cláusulas abusivas a las hipótesis de consumo empresarial, pues si un empresario adquiere bienes y servicios para utilizarlos en un proceso de producción y distribución, aunque sea de modo indirecto, claramente está actuando como consumidor.

Actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial quien contrata bienes o servicios sin incorporarlos directa o indirectamente en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.²⁶⁴

13.2.1. Ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

La ley identifica al consumidor destinatario final del bien o servicio con la persona que no incorpora uno u otro en proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros (criterio negativo), y la inclusión de sujetos en el ámbito de protección de la misma se hace a partir de la identificación del ámbito de actividad del adquirente con el núcleo de la misma.²⁶⁵

La norma excluye de la noción de consumidor a quien contrata bienes y servicios a fin de incorporarlos directa o indirectamente a procesos de producción, comercialización o prestación a terceros y, con un criterio extensivo, la jurisprudencia ha entendido por integración en un proceso empresarial, cualquier género de utilización en la actividad de referencia del bien o servicio adquirido o contratado.²⁶⁶

De esta manera, actúan en el ámbito de su actividad empresarial o profesional y, por tanto, están excluidos de la protección que depara al consumidor el TRLGDCU, los empresarios que adquieren bienes cuya circulación se detiene efectivamente en su esfera de actuación al no ser objeto de transformación o reventa (equipos

²⁶³ Según la exposición de motivos del TRLGDCU, el consumidor y usuario definido en la ley es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional; es decir, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.

²⁶⁴ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1631.

²⁶⁵ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 63.

²⁶⁶ CARBALLO FIDALGO, ob. cit., p. 63.

informáticos o suministro de electricidad), tradicionalmente incluidos con base en el concepto de consumidor final, de cuño jurisprudencial, quienes en modo alguno puede entenderse que actúan por fuera de su actividad profesional,²⁶⁷ lo mismo que las personas físicas que adquieren bienes con el propósito de transmitirlos gratuitamente a familiares, amigos o conocidos,²⁶⁸ y las jurídicas que los adquieren para transmitirlos o cederlos gratuitamente o a precio de coste a personas vinculadas a ellas, en el ámbito del objeto social y para el cumplimiento de sus fines propios.²⁶⁹

También, aunque con un criterio distinto, quedarían por fuera de la definición legal de consumidor los profesionales que adquieren un bien o servicio extraño a su actividad típica o característica, pero en la que tal bien o servicio se integra objetivamente en un proceso de mercado, de modo que el vínculo más o menos remoto que guarden con el objeto central de la actividad pasa a un segundo plano, pues el TRLGDCU excluye de la noción de consumidor a quien contrata bienes o servicios a fin de incorporarlos directa o indirectamente a tales procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.²⁷⁰

Por el contrario, la noción legal de consumidor se amplía a las personas que, actuando al margen de una actividad profesional, reintegren el bien o servicio adquirido en el mercado, obteniendo de este modo un beneficio patrimonial, siempre que efectivamente no resulte acreditado que lo hace en el marco de una actividad habitual y organizada.

Tal noción legal de consumidor, limitada en principio a la persona que actúa principalmente por motivos que no están relacionados con su oficio, empresa o profesión, se extiende a quien pretende obtener un beneficio, por ejemplo, revendiendo posteriormente los bienes comprados, salvo en caso de que lo haga regularmente.²⁷¹

Existe compatibilidad del acto de consumo con el ánimo de lucro del adquirente, siempre con el límite de la realización de estas operaciones con carácter habitual, lo que se deduce de la frecuencia y el volumen de las transacciones.

²⁶⁷ STS, Civil, Secc. 1ª, de 21 de septiembre de 2004. Según CARBALLO FIDALGO, la actual referencia a las personas que actúan "en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional", exige el abandono de la jurisprudencia que, centrada en la noción de destinatario final, aplicó la legislación de consumo a empresarios que, actuando en el marco de su actividad, adquirían bienes cuya circulación se detenía efectivamente en su esfera de actuación, al no ser objeto de transformación y reventa (CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 63).

²⁶⁸ Al respecto, BÁDENAS CARPIO, Juan Manuel, «Artículo 2. Ámbito subjetivo», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Thomson/Reuters/Aranzadi, 2000, p. 37-92; e ID., «Disposición adicional Primera. Dos (1ª2), art. 10.3 LGDCU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, ob. cit., p. 691-6.

²⁶⁹ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 66.

²⁷⁰ CARBALLO FIDALGO, ob. cit., p. 67 y las sentencias de los tribunales españoles citados en nota 41.

²⁷¹ ob. cit., p. 68 y las sentencias de los tribunales españoles citadas por CARBALLO FIDALGO, tanto para el sector de la adquisición inmobiliaria, como para el de la contratación de servicios financieros.

Es la regularidad en la práctica de adquisiciones seguidas de reventa o cesión de uso lo que altera la calificación del acto, aun cuando sea ajeno a la actividad profesional del adquirente.²⁷²

13.2.2. Personas jurídicas.

Se plantean dudas acerca de la condición de consumidor respecto de ciertas personas jurídicas, así como respecto de otros sujetos que se hallan en una posición de inferioridad o debilidad negocial semejante a la que ocupan los consumidores en sentido estricto, pero que no gozan expresamente de protección legal, como pueden ser los propios empresarios o profesionales en ciertas condiciones.

Por lo demás, en la ley se suelen asimilar las nociones de consumidor y usuario.²⁷³

El derecho español extiende el concepto de consumidor a las personas jurídicas, excluidas de la noción acuñada por el derecho comunitario, que limita el ámbito de la normativa de protección a la persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional.

El concepto de persona jurídica prolijado por el derecho español comprende a las asociaciones y fundaciones constituidas sin ánimo de lucro, cuando actúan al margen del mercado y presentan frente al empresario con quien contratan la misma inferioridad económica y técnica que caracteriza al consumidor persona física.

De esta manera, de la noción de consumidor se excluye a las entidades mencionadas cuando realicen una actividad económica de mercado, aun cuando los ingresos obtenidos se destinen a la consecución del objeto social de interés general o de fines fundacionales.²⁷⁴

13.2.3. El denominado “empresario débil”.²⁷⁵

Los problemas que suscita la noción de consumidor son, en primer lugar, los que se relacionan con la afección relevante de los bienes y servicios a actividades negociales que determina la inclusión o exclusión de una protección específica, o con la asimilación, para efectos de su protección, de los denominados empresarios o profesionales débiles, es decir, de aquellos que aunque integren los bienes o servicios en su propia actividad negocial, no gozan materialmente de una situación de igualdad frente a su contraparte, pues desde el punto de vista del principio de

²⁷² BÁDENAS CARPIO, *Artículo 2. Ámbito subjetivo*, ob.cit., p. 37-92; *Id.*, *Disposición adicional Primera. Dos (1ª2)*, art. 10.3 *LGDCU*, ob. cit., p. 691-6; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. ob. cit., p. 68.

²⁷³ CARBALLO FIDALGO, ob. cit., p. 63-4.

²⁷⁴ Como *tertium genus* se sitúan entidades sin personalidad jurídica como las comunidades de propietarios de edificios en régimen de propiedad horizontal, consideradas consumidores por los tribunales españoles.

Al respecto, CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 63-4.

²⁷⁵ BERTI DE MARINIS, Giovanni, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraende debole*, Nápoles, Esi, 2013.

legalidad no merecen la calificación de consumidores, ni, en razón de la naturaleza especial de las normas de consumo, cabe extender analógicamente a ellos la protección que las mismas depararan a los consumidores en sentido estricto.²⁷⁶

13.2.4. Contratos con finalidad mixta.

En todo caso, la definición vigente no logra dar respuesta satisfactoria al supuesto de la adquisición de un bien o la contratación de un servicio con una finalidad mixta, parcialmente privada (personal o familiar) y parcialmente destinada al desarrollo de una actividad empresarial de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.²⁷⁷

Al respecto algunos pronunciamientos judiciales priman la calidad de empresario con que actúa el adquirente o la naturaleza mercantil y el objeto del negocio para privar de relevancia a cualquier uso privado.

Otros entran a valorar cuál ha sido el destino efectivamente prioritario o incluso cuáles las circunstancias en que se ha generado el derecho del adquirente dentro de los diversos usos realizados.²⁷⁸

²⁷⁶ BIANCA, *Derecho civil, El contrato*, ob. cit., p. 417-8; SCARSO, Alessandro, *Il contraente "debole"*, Turín, Giappichelli, 2006, p. 237.

²⁷⁷ En el derecho comunitario europeo, la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores, después de definir como consumidor a toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión, precisa, no obstante, que en los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad personal de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor (art. 2º, Considerando 17).

²⁷⁸ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, ob. cit., p. 64-5, y las decisiones de los tribunales españoles citadas en notas 36-9.

EXCURSUS SOBRE EL DERECHO COLOMBIANO DEL CONSUMO

14. La regulación legal del derecho del consumo en Colombia.

14.1. Antecedentes.²⁷⁹

En Colombia, la Ley 73 de 1981 facultó al Presidente de la República para dictar normas al control de la distribución o venta de bienes y servicios y al establecimiento de las sanciones y procedimientos para imponerlas a quienes violaran sus disposiciones.²⁸⁰

Fruto de las facultades legislativas otorgadas al Presidente de la República fue la expedición de las siguientes disposiciones en materia de consumo:

1º El Decreto 1441 del 24 de mayo de 1982, mediante el cual se reguló la organización, el reconocimiento y el régimen de control y vigilancia de las ligas y asociaciones de consumidores.

2º El Decreto 3466 del 2 de diciembre de 1982 (antiguamente conocido como el “estatuto del consumidor”), que estableció normas relativas a la idoneidad, calidad, garantías, propaganda y fijación pública de precios de bienes y servicios, así como la responsabilidad de productores, expendedores y proveedores.

3º El Decreto 3467 de 1982, mediante el cual se dictaron normas sobre ligas y asociaciones de consumidores, en especial de aquellas que se podían constituir en el orden distrital.

4º El Decreto 3468 de 1982, mediante el cual se crea y organiza el Consejo Nacional de Protección al Consumidor como organismo asesor del Gobierno nacional en todas las materias relacionadas con la protección y defensa de los consumidores.²⁸¹

Además de las anteriores normas, también fueron expedidas otras de igual nivel normativo y algunas resoluciones administrativas sectoriales de protección al consumidor, como la Resolución 3066 de 2011 para la protección de los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones.²⁸²

14.2. La regulación del consumo vigente en Colombia.

Tras la vigencia del Decreto Ley 3466 de 1982, en cumplimiento de los mandatos de la Constitución de 1991 (art. 78) y con el propósito de proteger, promover y

²⁷⁹ GIRALDO LÓPEZ, Alejandro *et alt.*, *Comentarios al nuevo Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011)*, Bogotá, Legis, 2012, p. xvi ss.

²⁸⁰ GIRALDO LÓPEZ *et alt.*, *Comentarios al nuevo Estatuto del Consumidor, ob. cit.*, p. xvi ss.

²⁸¹ *ob. cit.*, p. xvi.

²⁸² CAMACHO LÓPEZ, *Modelos legislativos en materia de consumo, ob. cit.*, p. 69-71.

garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, el Congreso Nacional de Colombia expidió la Ley 1480 de 2011, estatuto que actualiza las normas de protección del consumidor como reflejo de la globalización de la economía mundial, los subsiguientes cambios en los mercados nacionales, la aparición de nuevas formas de comercialización masiva de bienes y servicios, la necesidad de afrontar de mejor manera los riesgos a que se hallan expuestos los consumidores, el avance de los medios de comunicación, la enorme influencia de la publicidad y el mercadeo y su potencialidad de afectar a los consumidores.²⁸³

Por otra parte, frente a la nueva realidad de las relaciones de consumo, las legislaciones nacionales han tenido necesidad de imponer límites a la autonomía privada de las empresas y actualizar sus estatutos de protección, revaluando para ello los antiguos paradigmas del derecho patrimonial privado, insuficientemente idóneos para hacer frente a la desigualdad de los contratos de adhesión y a los desequilibrios introducidos en ellos por la parte predisponente.²⁸⁴

14.3. Contenido normativo del estatuto colombiano del consumidor (EC).

El nuevo estatuto se estructura en nueve títulos y unas disposiciones finales sobre la red nacional de protección al consumidor; políticas sectoriales para la protección de sus derechos; control disciplinario; tasas de información de la Superintendencia de Industria y Comercio; vigencia del estatuto, entre otros (arts. 75-84).

El Título I contiene los principios generales del estatuto (Cap. I), dirigido a proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores; amparar el respeto a su dignidad y sus intereses, en especial frente a los riesgos para su salud y seguridad; el acceso de los consumidores a una información que permita su adecuada educación y la adopción de elecciones libres y fundadas; la libertad de constituir organizaciones y participar en los procesos de adopción de decisiones que les afecten (art. 1º).

Igualmente, en el Título I se establecen los derechos y deberes de los consumidores y usuarios, el objeto, ámbito de aplicación y el carácter de orden público de las normas del estatuto, así como la definición de algunos términos utilizados en éste, como los de consumidor o usuario, contrato de adhesión, productor, proveedor o expendedor, información, publicidad engañosa, producto defectuoso, entre otros (Cap. II).

El Título II regula aspectos relacionados con la calidad, idoneidad y seguridad de los productos, la solidaridad de productores y proveedores, así como la responsabilidad administrativa y por daños de productos defectuosos que se derive del incumplimiento de aquéllos deberes (art. 6º).

²⁸³ CAMACHO LÓPEZ, *ob. cit.*, p. 70.

²⁸⁴ GIRALDO LÓPEZ, *et alt.*, *Comentarios al nuevo Estatuto del Consumidor*, p. xvi.

El Título III establece el régimen de garantías (Cap. I) y de la prestación de servicios que suponen la entrega de un bien (Cap. II).²⁸⁵

El Título IV, por su parte, establece el régimen de responsabilidad por daños de productos defectuosos, los deberes de información que corresponde a los agentes de la cadena de producción, distribución y comercialización acerca de productos defectuosos que produzcan, importen o comercialicen (art. 19); la responsabilidad solidaria de productores y expendedores de tales productos (art. 20); los elementos configuradores de la responsabilidad por daños de productos defectuosos (art. 21) y los supuestos de exoneración (art. 22).²⁸⁶

El Título V regula la información mínima que los proveedores y productores deben suministrar a los consumidores sobre los productos que ofrezcan, así como la responsabilidad derivada de los daños que pueda producir el cumplimiento inadecuado o insuficiente de tal deber de información (art. 23), el contenido y las características de ésta (art. 24 y 25); la información pública de precios (art. 26); así como los casos, el contenido y la forma de la información suministrada a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores (art. 28).²⁸⁷

El Título VI establece el carácter vinculante u obligatorio de las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad (art. 29) y la prohibición y el régimen de responsabilidad por publicidad engañosa (art. 30).

En este título se regula también la publicidad especial de productos que por su naturaleza o componentes sean nocivos para la salud (art. 31); los casos de exoneración del anunciante (art. 32) y el carácter vinculante de las promociones y ofertas (art. 33).²⁸⁸

El Título VII, sobre protección contractual del consumidor (art. 3º, 1.6 EC), se divide en siete capítulos que regulan, respectivamente, los siguientes aspectos:

1º El principio de interpretación más favorable al consumidor de las condiciones generales (art. 34); las prohibiciones de ofrecimiento reiterado de productos no requeridos por el consumidor (art. 35) y de condicionar la adquisición de productos a la compra de otros (“ventas atadas”) [art. 36 (Cap. I)];

2º Los requisitos que para su incorporación deben cumplir las “*condiciones negociales generales*” de los contratos de adhesión (art. 37); las cláusulas prohibidas y la constancia de celebración y aceptación del adherente en este tipo de contratos (arts. 38 y 39); el principio según el cual el hecho de que algunas

²⁸⁵ Sobre las garantías en las ventas de consumo en la Ley 1480 de 2011 y su relación con las acciones edilicias del derecho común, v. OVIEDO ALBÁN, Jorge, *La garantía por vicios ocultos en la compraventa*, Bogotá, Temis, 2015.

²⁸⁶ GIRALDO LÓPEZ *et alt.*, *Comentarios al nuevo Estatuto del Consumidor*, *ob. cit.*, p. xvi.

²⁸⁷ GIRALDO LÓPEZ *et alt.*, *ob. cit.*, p. xvi.

²⁸⁸ *ob. cit.*, p. xvi.

cláusulas del contrato hayan sido negociadas de manera particular, no impide la aplicación de las normas sobre condiciones negociales generales y contratos de adhesión (art. 40); así como varias disposiciones sobre las cláusulas de permanencia mínima en los contratos de tracto sucesivo [(art. 41), Cap. II];

3º El concepto y la prohibición de cláusulas abusivas y el desequilibrio injustificado en que se basan éstas (art. 42); la lista de cláusulas “*ineficaces de pleno derecho*” por ser abusivas (art. 43); el principio de conservación del contrato y la facultad de la autoridad competente para aclarar los derechos y obligaciones derivados del contrato subsistente [(art. 44), Cap. III];²⁸⁹

4º Las disposiciones especiales sobre información, fijación y liquidación de tasas de interés en las operaciones mediante sistemas de financiación [(art. 45), Cap. IV];

5º Disposiciones sobre ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia; los deberes de productores y proveedores en este tipo de ventas (art. 46); el derecho de desistimiento o “retracto” (art. 47); y el deber del productor de dejar prueba de la aceptación del adherente a las condiciones generales de los contratos que utilizan métodos no tradicionales o a distancia [(art. 48), Cap. V];

6º Las disposiciones especiales de protección al consumidor en el comercio electrónico (art. 49); los deberes de los proveedores y expendedores ubicados en el territorio nacional que ofrezcan productos utilizando medios electrónicos (art. 50); la reversión del pago a solicitud del consumidor cuando sea objeto de fraude, o corresponda a una operación no solicitada, o el producto adquirido no sea recibido, o el entregado no corresponda al solicitado o sea defectuoso (art. 51); las normas de protección de niños, niñas y adolescentes en el comercio electrónico (art. 52); sobre registro de las plataformas electrónicas en las que se ofrezcan bienes y servicios (art. 53); y las medidas cautelares que las autoridades pueden adoptar sobre los medios electrónicos cuando existan serios indicios de violación de los derechos de los consumidores [(art. 54), Cap. VI]; y

7º La definición legal de las nociones de especulación, acaparamiento y usura [(art. 55), Cap. VII].²⁹⁰

El Título VIII establece el régimen de las acciones jurisdiccionales para la protección de los derechos del consumidor (art. 56), entre las cuales se hallan las populares y de grupo (num.1); las de responsabilidad por daños de productos defectuosos (num.2); y la acción de protección al consumidor, mediante la cual se decidirán los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos

²⁸⁹ Sobre los antecedentes legales y jurisprudenciales de la prohibición de abuso y del sistema colombiano de cláusulas abusivas, v. SUESCÚN MELO, Jorge, *Derecho privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, t. II, Bogotá, Legis, p. 213 ss (*infra* Cap. XI).

Para la identificación, en el estatuto colombiano del consumidor, de las normas especiales que conforman el derecho contractual del consumo, aparte de las anteriores sobre la prohibición de abuso y el sistema de cláusulas abusivas, v. *infra* Cap. II, 18.2.1 y 18.2.2.

²⁹⁰ GIRALDO LÓPEZ *et alt.*, *Comentarios al nuevo Estatuto del Consumidor, ob. cit.*, p. xvi.

del consumidor; los originados en la aplicación de las normas de protección contractual contenidas en la ley; los orientados a lograr la efectividad de las garantías o a obtener la reparación de los daños causados en la prestación de servicios de reparación de bienes o por publicidad engañosa (num.3); la atribución de facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera de Colombia para conocer de la acción de protección al consumidor financiero (art. 57); el procedimiento que han de seguir los procesos que versen sobre la violación de los derechos de los consumidores [(art. 58), Cap. I], y otras normas de carácter administrativo [Cap. II].

Finalmente, el Título IX del estatuto establece las normas de organización del subsistema nacional de calidad, metrología, reglamentos técnicos y evaluación de la conformidad (arts. 68-74).²⁹¹

14.4. Ámbito objetivo de aplicación.

Tanto desde el punto de vista sustancial como procesal, el artículo 2º EC circunscribe el ámbito objetivo de aplicación del estatuto a las relaciones de consumo surgidas entre productores, proveedores y consumidores, en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista una regulación especial.

El concepto de relación de consumo comprende los derechos y obligaciones derivados de los contratos de consumo y la responsabilidad, contractual y extracontractual, de productores y proveedores frente al consumidor.²⁹²

En caso de regulación especial se aplicará esta y suplementariamente las normas establecidas en el estatuto general.²⁹³

El objeto del estatuto es establecer el régimen jurídico de protección de los consumidores en el marco del sistema económico diseñado en la Constitución, y sus normas serán de aplicación a las relaciones surgidas entre productores, proveedores y consumidores.²⁹⁴

²⁹¹ GIRALDO LÓPEZ *et alt.*, *ob. cit.*, p. xvi.

²⁹² La relación de consumo trasciende la relación contractual en sentido estricto. En efecto, en el contexto de la Ley 1480 de 2011, resulta más apropiado hablar de relaciones de consumo que de contratos con consumidores, pues las normas protectoras del nuevo estatuto alcanzan no solamente a quienes ostentan la calidad de partes contractuales, sino también a quienes resulten afectados por el hecho mismo del consumo.

Al respecto, GIRALDO LÓPEZ, *Comentarios al nuevo estatuto del consumidor*, *ob. cit.*, p. 31; LORENZETTI, Ricardo, *Consumidores*, Santa Fe (Argentina), Rubinzal Culzoni, 2009, p. 84 ss; y OVIEDO ALBÁN, *La garantía por vicios ocultos en la compraventa*, *ob. cit.*, p. 318.

²⁹³ El carácter imperativo de la nueva disciplina supone la prohibición de eludir su aplicación mediante el reenvío a regulaciones sectoriales especiales (art. 4º EC), frente a las cuales las normas generales del nuevo estatuto representan el mínimo de protección de los consumidores.

Según el inciso final del artículo 2º EC, las normas del nuevo estatuto son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual se aplicará esta y suplementariamente las normas del nuevo estatuto.

²⁹⁴ GIRALDO LÓPEZ, *Comentarios al nuevo estatuto del consumidor*, *ob. cit.*, p. 31.

Las relaciones de consumo comprenden los derechos patrimoniales de los consumidores, es decir, los vínculos jurídicos que se establecen en el mercado entre los consumidores y usuarios, por una parte, y los productores y proveedores, por la otra.²⁹⁵

En términos de la jurisprudencia nacional, la normativa de protección al consumidor es aplicable a las relaciones en las que uno de sus sujetos es un consumidor, como destinatario final del bien o servicio ubicado por fuera del ámbito profesional o empresarial.²⁹⁶

14.5. Derechos de consumidores y usuarios.

Sin perjuicio de los que reconozcan leyes especiales, el estatuto general establece el siguiente catálogo derechos de los consumidores y usuarios (art. 3º, num.1.):

1º El derecho a recibir productos de calidad (subnum.1.1.);

2º El derecho a la seguridad e indemnidad (subnum.1.2.);

3º El derecho a recibir información (subnum.1.3.);

4º El derecho a recibir protección contra la publicidad engañosa (subnum.1.4.);

5º El derecho a la reclamación (subnum.1.5.);

6º El derecho a la protección contractual (subnum.1.6.);

7º El derecho de elección (subnum.1.7.);

8º El derecho a la participación (subnum.1.8.);

9º El derecho de representación (subnum.1.9.);

10º El derecho a informar (subnum.1.10);

11º El derecho a la educación (subnum.1.11); y

12º El derecho a la igualdad (subnum.1.12).²⁹⁷

²⁹⁵ GIRALDO LÓPEZ, *ob. cit.*, p. 31

²⁹⁶ Al respecto, GIRALDO LÓPEZ, *Comentarios al nuevo Estatuto del Consumidor, ob. cit.*, p. 9; y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, y de la Corte Constitucional de Colombia, citadas en las notas 10 y 11.

²⁹⁷ Al respecto, GIRALDO LÓPEZ *et al*, *Comentarios al nuevo Estatuto del Consumidor, ob. cit.* p. 11, quienes señalan, como modelos del catálogo de derechos establecido en numeral 3 del artículo 3º EC, el propuesto en el famosísimo discurso del presidente KENNEDY ante el Congreso de Estados Unidos, del 15 de marzo de 1962; el recomendado por la ONU en su Resolución 39/248 del 16 de abril de 1985; y el establecido en el Tratado de la Unión Europea.

15. Las nociones de consumidor y empresario en el derecho colombiano del consumo.

El artículo 2° EC señala como objeto de las normas del estatuto la regulación de los derechos y obligaciones surgidas entre productores, proveedores y consumidores, y la responsabilidad de los primeros desde el punto de vista tanto sustancial como procesal.

Es consumidor toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza, para la satisfacción de una necesidad propia privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. En el concepto de consumidor estará incluido el de usuario (art. 5°, num.3 EC).²⁹⁸

De acuerdo con lo anterior, pueden ser consumidores las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, a pesar de que los destinatarios por antonomasia de las normas de protección del estatuto sean las personas físicas nacionales.²⁹⁹

En primer lugar, es indiferente la naturaleza de los bienes o productos concernidos (“*cualquiera que sea su naturaleza*”, reza el mencionado artículo 5° EC); como de la relación misma, sea contractual o extracontractual; o de la contraparte, sea esta pública o privada.

En segundo término, como elemento determinante de la noción de consumidor señala la ley la desvinculación de la actividad económica (empresarial o profesional).

La adquisición, disfrute o utilización de los productos que realiza el consumidor ha de ser para satisfacer necesidades personales o familiares, sin integrar tales bienes o servicios en ningún proceso ulterior de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

En otras palabras, su destino no puede ser directamente la actividad profesional o empresarial del consumidor.³⁰⁰

Por lo demás, es manifiesta la semejanza del catálogo de derechos adoptado por el estatuto colombiano y su homólogo español, contenido en el artículo 8° del TRLGDCU.

²⁹⁸ El num.3 del artículo 5° EC delimita la noción de consumidor o usuario con los siguientes rasgos: toda persona, natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza, para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica.

Al respecto, PERTIÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1631.

²⁹⁹ VELANDIA, Mauricio, *Derecho de la competencia y del consumo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 334.

³⁰⁰ El Decreto 3466 de 1982 limitaba el concepto de consumidor a quien contrataba la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio para la satisfacción de una o más necesidades (art. 1°). La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, por su

Por otra parte, es profesional, a efectos de la aplicación del estatuto, el productor o distribuidor de bienes y servicios que celebra el contrato en el marco de su actividad empresarial o profesional.

Para el nuevo estatuto, es productor quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria (art. 5º, num.9 EC).

Esta definición de productor trasciende el concepto de fabricante o productor, en la medida en que incluye a sujetos relacionados con las distintas etapas del proceso mismo de producción o fabricación, lo que incide para efectos de su responsabilidad.³⁰¹

Es proveedor o expendedor, por su parte, quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro (art. 5º, num.11 EC).

De acuerdo con lo anterior, son consumidores:

1º Las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, a pesar de que los sujetos naturales de protección del estatuto de los consumidores sean las personas físicas nacionales.

Como sujetos que se encuentran en una situación de inferioridad o debilidad negocial semejante a la que ocupan los consumidores en sentido estricto, destinatarios normales de las normas tuitivas de la Ley 1480 de 2011, se encuentran los propios empresarios o profesionales bajo ciertas condiciones: empresarios o profesionales débiles, es decir, aquellos que aunque integren los bienes o servicios en su propia actividad negocial, no gozan materialmente de una situación de igualdad frente a su contraparte.³⁰²

Sin embargo, al igual que su homólogo español, el estatuto colombiano no otorga protección a esta clase de sujetos.

parte, consideró que es consumidor la persona que, mediante un bien o servicio, aspire a la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial, en tanto no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica propiamente dicha, aunque puede estar vinculada, de algún modo, a su objeto social (SCSJCol., de 3 de mayo de 2005, M.P. César Julio Valencia Copete).

³⁰¹ Según OVIEDO ALBÁN, los conceptos de productor, proveedor o expendedor, por una parte, como el de consumidor, por la otra, van más allá de las nociones, propias del derecho común, de vendedor, como la persona que en virtud del contrato se compromete a entregar la cosa, y de comprador, quien la recibe a cambio de un precio.

El concepto de relación de consumo trasciende también la estrictamente contractual. En este sentido, la relación de consumo puede ser entendida como el vínculo entre productor, proveedor o expendedor, por una parte, y consumidor, por la otra (OVIEDO ALBÁN, *La garantía por vicios ocultos en la compraventa*, ob. cit., p. 318).

³⁰² SUESCÚN MELO, *Derecho privado*, ob. cit., t. II, p. 235 ss; y BIANCA, *Derecho civil*, ob. cit., t. 3, p. 395.

2º En segundo lugar, es indiferente la naturaleza de los bienes o productos concernidos (“*cualquiera que sea su naturaleza*”, dice la Ley 1480 de 2011), como de la relación misma, sea contractual o extracontractual, o de la contraparte, sea esta pública o privada.

3º En tercer término, como elemento determinante de la noción de consumidor señala la ley la desvinculación de la actividad económica (empresarial o profesional).

La adquisición, disfrute o utilización de los productos que realiza el consumidor ha de ser para satisfacer necesidades personales o familiares, sin integrar tales bienes o servicios en ningún proceso ulterior de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

En otras palabras, su destino no puede ser directamente la actividad profesional o empresarial del consumidor.

Por su parte, profesional o empresario es cualquier sujeto que actúe en el tráfico con un propósito comercial organizado, con independencia de su condición pública o privada.³⁰³

Según el num. 9 del artículo 5º EC, productor es quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. Proveedor o expendedor, por su parte, es quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos, con o sin ánimo de lucro (num.11).

Por lo general se recurre a estos rasgos de actuación habitual o no ocasional, comunes en el derecho mercantil, para caracterizar al empresario o profesional.³⁰⁴

15.1. Ajenidad intrínseca a la actividad económica.

Por “ajenidad intrínseca a la actividad económica”, o por “fines ajenos a la actividad empresarial o profesional” entiende la doctrina el consumidor que contrata para fines personales o domésticos.³⁰⁵

³⁰³ Al respecto, GARCÍA VICENTE, *Contratación con consumidores*, ob. cit., p. 1454.

³⁰⁴ GARCÍA VICENTE, ob. cit., p. 1454; y BIANCA, *Derecho civil*, ob. cit., t. 3, p. 398.

³⁰⁵ El empresario, por ejemplo, que compra un televisor para uso familiar estaría tutelado como consumidor, mientras que no lo estaría si lo compra para su oficina. Esta interpretación haría necesario establecer para cada caso en particular la intención del contratante, y dejaría sin resolver el problema de los fines mixtos, es decir, el problema de considerar profesional o consumidor al empresario que, por ejemplo, compra un automóvil para fines tanto personales como profesionales.

Algunos han propuesto resolver el problema con base en el criterio de la prevalencia, pero esta noción restringida de consumidor deja por fuera la amplia gama de contratos en los que el profesional contrata para fines sólo conexos a su actividad, caso en el que se vería sujeto, como cualquier otro contratante, al poder contractual dominante de su contraparte.

Al respecto, BIANCA, *Derecho civil*, ob. cit., t. 3, p. 398-9.

De acuerdo con una segunda interpretación, que atiende a la racionalidad de la norma, dirigida a introducir un control sustancial contra los abusos de la parte que tiene el poder de predisponer e imponer el contenido contractual, consumidor es cualquiera que contrate la adquisición de bienes y servicios por fuera del desarrollo de su actividad profesional específica.³⁰⁶

En este sentido, la protección que establece el estatuto a favor del consumidor es una expresión general de tutela del contratante que se ve sujeto al poder contractual del productor de bienes y servicios, poder frente al cual la posición débil de aquél es la misma, ya se trate de una persona física, ya de una persona jurídica.

Tal protección se extiende al consumidor persona jurídica que contrate por fuera del ejercicio de su actividad profesional específica (art. 5º, 3 EC). Según este criterio, sería irracional y contraria a la buena fe la interpretación que limita y restringe la protección de los profesionales, aun cuando contraten en la misma situación de debilidad de los consumidores personas físicas.

15.2. La noción de consumidor en la jurisprudencia colombiana.

Refiriéndose a normas anteriores a la Ley 1480 de 2011, la jurisprudencia colombiana ha dicho que, aunque en la definición no se emplea ningún parámetro relacionado, por ejemplo, con el hecho de que la persona deba ser consumidor o destinatario final del bien o servicio, o con la circunstancia de que el uso o consumo se enmarque o no dentro de una actividad profesional o empresarial, como ocurre en otros países, ello no puede conducir, por la simple imprecisión terminológica, a pensar que todos los sujetos que interactúan en el tráfico de bienes y servicios conforman la categoría de consumidores y que, por ende, a ellos indistintamente les sean aplicables las normas especiales, pues con semejante entendimiento se desnaturalizaría, por vía de generalización, un estatuto excepcional destinado a proteger a determinados sujetos de las relaciones de intercambio.

La amplitud y vaguedad del concepto legal de consumidor no puede llevar, por tanto, a un entendimiento indiscriminado, pues con ello perdería toda razón la existencia de un régimen especial, como tampoco puede concebirse la asimilación de dicha definición con otras, como las de productor y proveedor o expendedor, que la ley explica en términos bien diversos.

Según la Corte Suprema de Justicia, en la definición del concepto de consumidor será forzoso indagar en torno a la finalidad concreta que el sujeto, persona natural o jurídica, persigue con la adquisición, utilización o disfrute de un determinado bien o servicio, para reputarlo consumidor sólo en aquellos eventos en que, contextualmente, aspire a la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial, en tanto, en este último caso, no esté ligada

³⁰⁶ De acuerdo con esta segunda interpretación, el productor de electrodomésticos no es consumidor si adquiere materias primas para su industria, pero, por el contrario, sí lo es si contrata con el banco para obtener una financiación.

Al respecto, BIANCA, *ob. cit.*, p. 399.

intrínsecamente a su actividad económica propiamente dicha, aunque pueda estar vinculada, de algún modo, a su objeto social, que es lo que constituye el rasgo característico de una verdadera relación de consumo.³⁰⁷

³⁰⁷ Corte Suprema de Justicia, Casación del 3 de mayo de 2005, exp. 04421, así como los Conceptos que sobre el alcance del término consumidor ha expedido reiteradamente la Superintendencia de Industria y Comercio.

Al respecto, HINESTROSA, *Tratado, ob. cit.*, t. II, p. 438-9, nota 4853.

CAPITULO II DERECHO CONTRACTUAL DEL CONSUMO

16. Concepto y características del derecho contractual del consumo.

En términos generales, el derecho contractual del consumo puede ser definido como el segmento del derecho de consumo que regula las relaciones contractuales entre empresarios y consumidores con ocasión del consumo de bienes y servicios. Más concretamente, el derecho contractual de consumo es el conjunto de normas que regulan los derechos y deberes de las partes en los contratos de consumo, así como los mecanismos de protección contractual de los consumidores.³⁰⁸

El derecho contractual del consumo, en efecto, mediante normas de derecho imperativo, regula los diferentes mecanismos de protección contractual del consumidor, así como la coordinación que debe existir entre tales mecanismos (incluidos los que proceden del derecho público de consumo, como las normas administrativas de inspección y control que imponen deberes y sanciones en caso de infracción de requisitos propiamente contractuales) y los mecanismos propios del derecho común de contratos.³⁰⁹

Desde el punto de vista subjetivo, el derecho contractual del consumo es un derecho especial, que tiene en la delimitación subjetiva de su objeto su principal seña de identidad, en la medida en que regula las relaciones contractuales de los consumidores, como sujetos protegidos, y los empresarios o profesionales. El propósito tuitivo de las normas del derecho contractual del consumo deriva de la especial condición de sus destinatarios: el consumidor final de bienes y servicios.³¹⁰

³⁰⁸ BIANCA, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 395 ss; CALVO, Roberto, «*Il contratti del consumatore*», en GALGANO, Francesco (dir.), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padua, Cedam, 2005; y GABRIELLI/MINERVINI, *I contratti dei consumatori, ob. cit.*, p. 88.

³⁰⁹ El derecho del consumo prevé una multiplicidad de mecanismos públicos y privados de protección, bien en el ámbito del derecho contractual de consumo propiamente tal o bien en cuestiones que afectan materias típicamente contractuales, como pueden ser la calidad y precio de los bienes o servicios o la satisfacción del principio de transparencia. La mayor parte de las contravenciones a las obligaciones o deberes contractuales son también infracciones administrativas.

También hay normas de derecho público que persiguen la transparencia de los precios, sin duda uno de los elementos principales en la decisión de contratar o no contratar, así como las que advierten sobre la necesidad de informar la calidad, identidad, composición, procedencia, modo de fabricación o duración de los productos, con las cuales se protegen las expectativas de los consumidores o se conjura el riesgo de decepción, o en fin, las que se dirigen a impedir la puesta en circulación de ciertos tipos de bienes o a proteger específicamente la seguridad de los consumidores.

Al respecto, GARCÍA VICENTE, *Contratación con consumidores, ob. cit.*, p. 1445-7.

³¹⁰ El derecho español limita la noción de consumidor a las personas físicas o jurídicas (a diferencia del derecho comunitario europeo que excluye de tal concepto a las personas jurídicas); con independencia de la naturaleza de la relación, sea contractual o extracontractual (consumidor jurídico o consumidor material), los bienes concernidos o la contraparte (pública o privada).

Por último, señala como elemento determinante de la noción de consumidor el que se actúe, directa o indirectamente, en un ámbito ajeno al de la actividad empresarial o profesional. El consumidor satisface necesidades personales o familiares sin integrar tales bienes o servicios en algún proceso negocial ulterior de producción, transformación, comercialización o de prestación a terceros. Según este último aspecto, no será consumidor el adquirente privado de bienes que de modo ocasional adquiere un bien para reintroducirlo en el mercado. En todo caso, una noción amplia de consumidor contribuye a mejorar la protección de éste.

Al respecto, GARCÍA VICENTE, *Contratación con consumidores, ob. cit.*, p. 1445-7.

No obstante, la delimitación subjetiva, siendo exacta la mayoría de las veces, debe conjugarse con la objetiva (tipos contractuales, modalidades de contratación o los requisitos de tales contratos), es decir, con cierto tipo de relaciones contractuales, porque las normas del derecho contractual del consumo se delimitan cumulativamente a través de ambos criterios.³¹¹

El derecho contractual del consumo es también un derecho especial respecto del derecho común de los contratos, principalmente porque singulariza los remedios generales de este, como quiera que da una respuesta adecuada y distinta a los problemas de formación y ejecución de los contratos de consumo ante la insuficiencia e imprevisión del derecho común de contratos, fundado en el principio de autonomía de la voluntad y en la igualdad de las partes.³¹²

En contraste con ello, el derecho contractual del consumo parte de una situación material de asimetría o desigualdad en que se halla el consumidor respecto del empresario o profesional, cuya protección procura precisamente mediante una disciplina jurídica especial que se explica y justifica por las insuficiencias del derecho común de contratos, contenido básicamente en el código civil, para regular de manera adecuada las relaciones de intercambio entre profesionales y consumidores y para asegurar la debida protección de estos en el mercado.³¹³

En este sentido, el problema básico del derecho contractual del consumo es su relación con el derecho común de contratos,³¹⁴ del cual procede y al cual permanentemente regresa, pues en algunos casos los mecanismos especiales de protección contractual del consumidor se acomodan a los instrumentos tradicionales del derecho común de contratos, pero en otros se producen discordancias normativas que es preciso moderar.³¹⁵

Por otra parte, el propósito tuitivo del derecho contractual del consumo es proteger la libertad de decisión del consumidor de errores, coacciones, seducciones y engaños, de modo que sea plenamente consciente de las circunstancias que influyen su decisión de contratar, así como moderar el uso desproporcionado o

³¹¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos *et al.*, *Curso de derecho civil*, t. II (*Derecho de obligaciones*), Madrid, Colex, 2000, p. 308 ss.

³¹² GARCÍA VICENTE, *Contratación con consumidores*, *ob. cit.*, p. 1445-7.

³¹³ El derecho contractual del consumo se explica y justifica, en efecto, en el derecho común de contratos, en el que debe enraizarse, y a pesar de que se trata de conjuntos normativos diferentes, no deben concebirse de manera separada e incomunicada, sino como dos formas diferentes de organizar las relaciones contractuales.

Al respecto, GARCÍA VICENTE, *Contratación con consumidores*, *ob. cit.*, p. 1445-7.

³¹⁴ ROUHETTE, Georges, «*Droit de la consommation et théorie générale du contrat*», en *Études offertes à René Rodière*, París, Dalloz, 1981, p. 247-72; CALAIS-AULOY, Jean, «*L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats*», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, RTD Civ, 2, 1994, p. 239; y RZEPECKI, Nathalie, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Marsella, Puam, 2002.

³¹⁵ GARCÍA VICENTE, *Contratación con consumidores*, *ob. cit.*, p. 1447.

abusivo de la libertad contractual del predisponente para configurar unilateralmente el contenido del contrato.³¹⁶

En este sentido, siendo el derecho común de los contratos esencialmente dispositivo, en la medida en que fija las reglas de juego mínimas tanto de la formación como de la ejecución del contrato, dificulta la satisfacción de los intereses de los consumidores, como quiera que es lógicamente previsible, teniendo en cuenta la propia racionalidad económica, que el empresario o profesional disponga de la autonomía contractual que le proporcionan las normas dispositivas del derecho común de contratos para apuntalar y afianzar en su provecho su poder de negociación.³¹⁷

Por último, tanto el derecho del consumo en general, como el derecho contractual del consumo en particular, poseen un carácter marcadamente interdisciplinar que acentúa su particularidad frente al derecho común de contratos.

En razón de su fin de protección de los consumidores, lo que exige una atención omnicomprensiva del ordenamiento jurídico, el derecho contractual del consumo guarda una estrecha relación no sólo con el derecho común de contratos, civil y comercial, lo que se aprecia en las remisiones o declaraciones de subsidiariedad y supletoriedad a éste (art. 4º EC), sino también con el derecho de la competencia en sentido amplio y, en general, con lo que hoy se denomina “derecho del mercado”.

La proximidad entre la tutela de la competencia y la protección de los consumidores es, en efecto, insoslayable, bien en la coincidencia de sus fines propios, en concreto la tutela de la libertad de decisión del consumidor, la transparencia y la lealtad en el mercado, ya que no se puede explicar la competencia como principio ordenador de la economía de mercado sin referirse a la protección de los intereses de los consumidores, bien porque la mejor respuesta a la conducta inapropiada de los contratantes no se logra a través de los mecanismos contractuales sino a través de las acciones de competencia desleal o de publicidad engañosa, que disfrutan de una legitimación procesal activa más amplia que la de aquellos.³¹⁸

El derecho común de contratos es un ordenamiento universalmente accesible en la medida en que no tiene en cuenta las circunstancias subjetivas o la posición en el tráfico que ostentan los contratantes, razón por la cual, cuando el legislador ha

³¹⁶ GARCÍA VICENTE, *ob. cit.*, p. 1449-51.

³¹⁷ El derecho común de contratos se fundamenta, como sabemos, en la libertad e igualdad formal de los contratantes, lo que conduce al principio de responsabilidad contractual por incumplimiento y a la afirmación según la cual el contenido del contrato se considera justo o equilibrado porque es querido por las partes (“*qui dit contractuel dit juste*”, como reza el conocido adagio atribuido a Alfred FOULLÉE).

En contraste con lo anterior, es evidente la situación desigual y la asimetría negocial en que se haya normalmente el consumidor frente al empresario o profesional, que hace que la prevalencia constitucional de los derechos e intereses de los consumidores solo pueda lograrse a través de una disciplina especial de protección.

Al respecto, STOFFEL-MUNCK, *L'abuse dans le contrat*, *ob. cit.*, p. 88.

³¹⁸ GARCÍA VICENTE, *Contratación con consumidores*, *ob. cit.*, p. 1446.

necesitado establecer una protección específica, ha tenido que hacerlo por fuera del código civil, como ha ocurrido, tanto en España como en Colombia, con los contratos de trabajo y de arrendamiento de inmuebles urbanos.³¹⁹

17. Finalidad y objeto del derecho contractual del consumo.

17.1. La protección de la libertad contractual del consumidor como finalidad del derecho contractual del consumo.

El propósito principal de la legislación especial de los consumidores, en lo que atañe a sus relaciones contractuales, consiste en proteger la libertad contractual y la plena conciencia del consumidor, esto es que, no sólo en el momento de celebrar el contrato, sino también durante su cumplimiento o ejecución, así como en sus eventuales modificaciones, se halle libre de coacciones, seducciones, engaños o errores y razonablemente informado sobre las circunstancias y elementos que influyan en su decisión de contratar.³²⁰

Igualmente, el propósito del derecho contractual del consumo es evitar las desventajas que se derivan para el consumidor de su situación de especial inferioridad frente al empresario o profesional, para lo cual debe asegurarse un mínimo de garantías frente al incumplimiento y la fuerza vinculante de las promesas, adicionales a las que ofrecen las normas del derecho común de contratos, en especial frente a la arbitrariedad del empresario mediante la prohibición de cláusulas abusivas.³²¹

³¹⁹ GARCÍA VICENTE, *ob. cit.*, p. 1450.

³²⁰ La desigualdad negocial o la asimetría estructural que caracteriza las relaciones entre empresarios y consumidores, no resuelta adecuadamente por el mercado mediante el sistema de competencia, y que justifica el carácter tuitivo o protector del derecho contractual del consumo, se debe, en primer término, al desequilibrio informativo y, en segundo lugar, a la facultad del empresario de predisponer unilateralmente el contenido del contrato. Es patente la asimetría existente entre quien de manera habitual celebra una pluralidad de contratos del mismo tipo y con el mismo objeto en desarrollo de su actividad empresarial, y quien sólo de modo ocasional celebra un contrato de esa naturaleza para satisfacer necesidades de consumo.

El empresario conoce a la perfección el proceso y los bienes y servicios que produce y distribuye masivamente, así como los riesgos que pueden acaecer a lo largo de la relación contractual y que traslada a la otra parte. A esta asimetría informativa se añade la posibilidad que tiene el empresario de predisponer unilateralmente el contenido del contrato, al cual se ha de adherir el consumidor si quiere acceder al bien o servicio de que se trate.

El empleo de condiciones generales, con ser imprescindible en la contratación masiva de bienes y servicios, es proclive a los abusos y excesos del predisponente como quiera que refleja exclusivamente los intereses económicos de este. La falta de atención del consumidor frente a los aspectos distintos del precio y la contraprestación (contenido económico), propicia que el profesional predisponga una reglamentación del contenido normativo del contrato en perjuicio de los intereses del adherente. De esta manera, el empresario podrá captar clientela reduciendo el precio del contrato, pero compensará tal reducción empeorando las condiciones normativas en perjuicio del consumidor.

Ante una situación de desigualdad estructural, como la que existe en las relaciones de consumo, el derecho no puede permanecer indiferente, pues la facultad ilimitada del predisponente restringiría sin freno la libertad del más débil, por lo que se hace preciso que el Estado intervenga activamente mediante la expedición de normas más favorables a la parte más débil de las relaciones contractuales en masa.

Al respecto, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «*La contratación en el ámbito de las relaciones con consumidores (Significación del contrato en las distintas ramas del ordenamiento)*», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Tratado de contratos*, *ob. cit.*, t. I, p. 284-7.

³²¹ FERNÁNDEZ GIMENO, José Pacual, «*Los consumidores y usuarios como sujetos afectos a una especial tutela jurídica*», en REYES LÓPEZ, *Derecho privado de consumo*, *ob. cit.*, p. 88.

17.2. El ámbito objetivo de aplicación de las normas del derecho contractual del consumo.

Dado su carácter tuitivo, el contenido de las normas del derecho contractual del consumo, tanto el general como el sectorial o especial, se relacionan con los tipos contractuales, los sistemas de contratación, los deberes y derechos derivados de los contratos derivados de tales contratos y los mecanismos de protección contractual de los consumidores.

En otras palabras, mediante normas imperativas, el derecho contractual del consumo regula los derechos y deberes derivados de los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, así como los remedios o instrumentos de protección contractual, la coordinación entre estos y los previstos en el derecho común de contratos, de carácter preponderantemente dispositivo.³²²

18. El contenido normativo de las disposiciones del derecho contractual del consumo.

18.1. Derecho español.

En el derecho español, el Libro Segundo del TRLGDCU, sobre relaciones jurídicas privadas, estructurado en cinco títulos, contiene las normas generales del derecho contractual de consumo: los aspectos generales de los contratos celebrados con consumidores y el régimen común del desistimiento en aquellos contratos en que se prevé tal derecho (Título I); el régimen jurídico en materia de cláusulas contractuales no negociadas individualmente y cláusulas abusivas (Título II); los contratos con consumidores celebrados a distancia y fuera de los establecimientos mercantiles (Títulos III y IV, respectivamente); y el régimen de garantías y servicios posventa (Título V).

Ciertamente el TRLGDCU no puede calificarse como un código general del consumo a la manera, por ejemplo, del *Code de la consommation* (1º de febrero de 1995), que obedezca a un sistema unitario y armonizado, pues sólo incorpora en un único cuerpo algunas de las disposiciones que en materia de protección de los consumidores y usuarios se hallaban dispersas en varios textos legales.³²³

³²² Se trata básicamente de las normas que regulan las relaciones jurídico-privadas, como las contenidas en el Libro II del TRLGDCU sobre tipos contractuales, derechos, deberes y remedios en el contrato. Por fuera del derecho contractual de consumo se encuentran las normas jurídico-públicas que establecen mecanismos no contractuales de protección, como las que imponen sanciones administrativas por infracción de requisitos propiamente contractuales. Estos mecanismos públicos de protección, de carácter generalmente preventivo (normas administrativas de inspección y control), difieren de la naturaleza *a posteriori* de los remedios jurídico-privados o estrictamente contractuales.

Al respecto, GARCÍA VICENTE, *Contratación con consumidores*, ob. cit., p. 1445.

³²³ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *La contratación en el ámbito de las relaciones con consumidores*, ob. cit., p. 288-91.

Tampoco puede afirmarse que el TRLGDCU contiene todas las normas del derecho contractual del consumo, aunque tal vez sí las más relevantes, pues en el ordenamiento español existen otras disposiciones legales que con carácter general se aplican a los contratos celebrados con consumidores.³²⁴

18.2. Derecho colombiano.

18.2.1. Normas especiales de derecho contractual del consumo.

Por su parte, en el derecho colombiano, las siguientes disposiciones del estatuto del consumidor, contienen las normas especiales del derecho contractual del consumo:

1º El derecho a la protección contractual (art. 3º, 1.6 EC);

2º La aplicación supletoria de las normas del derecho común de contratos (civil y comercial) [(art. 4º, inc. final EC)];

3º En general, el carácter imperativo o de “*orden público*” de las normas del derecho del consumo, y, por supuesto, de las normas especiales del derecho contractual del consumo (art. 4º, inc. 1º EC);

4º La definición de términos y expresiones propios del derecho contractual del consumo (art. 5º EC);

5º Las garantías que aseguran la calidad, idoneidad, seguridad, buen estado y funcionamiento de los bienes y servicios objeto de los contratos de consumo (arts. 7º-18 EC);

6º El régimen de la responsabilidad de productores y distribuidores por productos defectuosos (arts. 19-22 EC);

7º El deber de información contractual (arts. 23-28 EC);

8º El carácter vinculante y el régimen jurídico de la publicidad y la represión de la publicidad engañosa (arts. 29-33);

9º Los mecanismos de protección contractual de los consumidores (Tít. VII, arts. 34-55 EC); y

10º Las acciones de protección judicial (Tít. VIII, arts. 56-65 EC).

³²⁴ Entre otros, la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de Contratación, LCGC; el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, sobre el Sistema Arbitral de Consumo; la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, LSSICE; y la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros destinados a los Consumidores), amén de las normas sectoriales aplicables a determinados ámbitos de tal tipo de contratación (como las leyes 7/1995, de 23 de marzo, sobre Crédito al Consumo; 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles; 42/1998, de 15 de diciembre, sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico, LATBI).

18.2.2. Mecanismos de protección contractual.

En el estatuto colombiano, las normas que establecen mecanismos de protección contractual (Tít. VII, arts. 34-55 EC), son las siguientes:

1º La protección especial que depara la regla *interpretatio pro consumatore* respecto de las condiciones generales de contratación; así como la prohibición de productos o servicios no requeridos y de ventas atadas (art. 34 EC);

2º Los deberes especiales de información para la incorporación de las condiciones negociales generales a los contratos de adhesión (arts. 37-41 EC);

3º La protección especial de los consumidores contra las cláusulas abusivas en la contratación no negociada (arts. 42-44 EC)³²⁵: la prohibición general de abuso (art. 42 EC); la lista de cláusulas *prima facie* abusivas (art. 43 EC); y los efectos y alcances de la declaratoria de abusividad (art. 44 EC);

4º El estatuto colombiano prevé también mecanismos de protección del consumidor en las operaciones adelantadas mediante sistemas de financiación (art. 45 EC); en las ventas por métodos no tradicionales o a distancia (arts. 46-49 EC), como el derecho de desistimiento o retracto (art. 47 EC); en el comercio electrónico (arts. 49-54 EC), así como medidas de protección frente a la especulación, acaparamiento y usura (art. 55 EC).

19. La transparencia como principio orientador del derecho contractual del consumo.

La transparencia es el principio central que orienta el derecho contractual del consumo. El legislador desarrolla este principio al imponer al empresario o profesional, a favor del consumidor, los deberes de información.³²⁶ El empresario tiene la obligación de proporcionar, como exigencia derivada de la buena fe objetiva, la información contractualmente relevante al consumidor.³²⁷

La información tiene una presencia transversal en el contrato, pues no se limita a asegurar el consentimiento de los contratantes en condiciones razonables, sino que se extiende también a los deberes accesorios o de protección que pueden delimitar el cumplimiento o conformidad, o a los deberes o cargas de advertencia previa o a comunicar el alcance del compromiso y de sus variaciones.

³²⁵ Al respecto, SUESCÚN MONROY, *Derecho privado*, ob. cit., t. I, p. 6.

³²⁶ VELANDIA, *Derecho de la competencia y del consumo*, ob. cit., p. 336 ss.

³²⁷ Sobre este deber de información en la Ley 1480 de 2011, v. SALGADO RAMÍREZ, Catalina, «Consideraciones sobre el deber precontractual de información y su particularidad en la relación de consumo», en *Perspectivas del derecho del consumo*, ob. cit., p. 227-354.

En otros términos, la información se extiende desde la celebración del contrato hasta su ejecución, pues en todas las fases del contrato cobra relevancia el conocimiento sobre las características o condiciones jurídicas y económicas de los bienes y servicios objeto de aquél.

Algunos deberes de información son más extensos si el tipo contractual se funda en relaciones de confianza (en general en los contratos de arrendamiento de servicios y de gestión), o según la materia a la que se refiera (como ocurre en los contratos financieros, en los que concurren los deberes de informar y asesorar), o según su duración (contratos de *tracto* sucesivo) o si está prevista o no su modificación ulterior.

Las reglas especiales sobre los deberes de información en el derecho contractual del consumo se explican por la insuficiencia de las reglas contenidas al respecto en el derecho común de contratos.

En otras palabras, los deberes de información en el derecho contractual del consumo se explican ante todo por ser remedios frente a la insuficiencia en el derecho común de contratos.

Generalmente el deber de informar pesa sobre el empresario o profesional (al cual se imponen incluso las consecuencias de las declaraciones de terceros, como típicamente sucede con la integración de las declaraciones publicitarias) y el beneficiario es el consumidor, titular del derecho a exigirlo.

En razón de su función pública y su participación necesaria en ciertos mercados (crédito hipotecario o, en general, en el mercado inmobiliario), se impone a los notarios y registradores el deber de proporcionar ciertas informaciones, con deberes también de control y advertencia sobre el alcance de los contratos.

En todo caso, si el contrato no se ha celebrado, pero tales deberes de información fueron infringidos, cabe la posibilidad de que nazca una obligación indemnizatoria en cabeza del infractor.

El fundamento o razón de ser de los deberes de información, el fin que persigue la exigencia de transparencia en el derecho de contratos, propia del sistema económico de competencia y la constatación y remedio de la asimetría informativa, es asegurar la conciencia en la libertad de decisión contractual, exigencia que en absoluto es exclusiva de las relaciones de consumo, sino que es de aplicación general e incondicionada.

La imposición a las partes contratantes de ciertos deberes de información, nacidos de fuente diversa (la ley o la buena fe), se relaciona con los vicios de la voluntad hasta el punto de que en presencia de aquellos deberes se han objetivado las nociones de imputabilidad en el error o de reticencia dolosa y se han expandido los deberes de lealtad y colaboración contractual en todas las fases del contrato.

La sede, en efecto, donde con mayor intensidad se refleja el problema de la información es en el sistema de los vicios de la voluntad (arts. 1265-1270 c.c.esp.), sistema que pretende asegurar un mínimo soportable de libertad y consciencia de las decisiones contractuales, pues en él se establecen las reglas de juego mínimas del derecho de contratos, es decir, las condiciones en que puede exigirse la vinculación o fuerza de ley de las promesas porque hay una decisión libre y razonable que las sustenta, que es la razón última de la vinculación y de las restricciones admisibles a la libertad y consciencia de las decisiones contractuales, así como de la validez de los contratos que las soportan.

Debe, por tanto, admitirse un margen de presiones negociales lícitas o de omisiones informativas que impiden tacharlas simplemente de conductas contrarias a la moral o ética imperantes.

En otras palabras, el objeto de las normas sobre vicios del consentimiento no debe ser impedir el aprovechamiento de toda situación de debilidad del prójimo, pese a su posible inmoralidad, porque la debilidad y la desigualdad en los poderes de negociación de los contratantes forman el sustrato económico del derecho contemporáneo de contratos.

La finalidad última de la información no consiste solo en asegurar una decisión contractual consciente del contratante, sino también en la transparencia del sistema de competencia en el mercado, como quiera que la libertad de decisión del consumidor, y en general de cualquier contratante, es un presupuesto del orden concurrencial.

La vinculación entre protección contractual de los consumidores y la defensa de la competencia es estrecha, todavía más cuando concierne a la información que circula o debe circular sobre los bienes y servicios que se intercambian en el mercado.

En el derecho común de contratos, los deberes de información fundamentan su justificación normativa en la buena fe en sentido objetivo, cláusula general que se concreta en la imposición de deberes de información de origen legal. Las consecuencias de su infracción, por su parte, la regulación sobre vicios de la voluntad recurre corrientemente a la responsabilidad contractual en sentido amplio.³²⁸

20. Los mecanismos de protección contractual.

Tanto en Colombia como en España, además del carácter imperativo de las normas de protección, el rasgo que singulariza al derecho contractual del consumo frente al derecho común de contratos, de carácter predominantemente dispositivo, es la previsión de instrumentos de protección, de variada tipología y alcance, orientados

³²⁸ GARCÍA VICENTE, *Contratación con consumidores*, ob. cit., p. 1457-63.

a corregir, en provecho del consumidor, el desequilibrio contractual que caracteriza las relaciones de consumo.³²⁹

Tales mecanismos de protección contractual comprenden, de manera enunciativa, las siguientes categorías:

20.1. El carácter imperativo o de “orden público” de las normas del derecho contractual de consumo.

A diferencia de las normas dispositivas y supletorias, frecuentes en el derecho común de contratos, contractual, por responder a intereses y a necesidades considerados generales y de importancia primordial, caracterizables, por tanto, como de orden público (art. 4º, inc. 1º EC),³³⁰ las normas del derecho contractual de consumo adquieren en la escala de los valores jurídicos una posición verdaderamente prevalente.³³¹

Tales normas cogentes están dotadas de una rigidez especial y no pueden ser derogadas, modificadas o sustituidas por los sujetos particulares con reglas distintas.³³²

20.2. Los deberes de información del profesional o empresario como mecanismo prevalente de protección de los consumidores.

En este mecanismo existe una mayor confluencia entre el derecho contractual del consumo y el derecho común de contratos, y en donde las insuficiencias de este justifican los remedios ideados por el primero.

La imposición de deberes de información a cargo del empresario, ya sea en la fase precontractual o durante la ejecución misma del contrato, y que persigue que el

³²⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, Tecnos, 1987.

³³⁰ El carácter de orden público de las normas del derecho contractual del consumo deriva del laudable propósito de reequilibrar las fuerzas de sujetos sustancialmente distintos, lo que justifica el dispar y diferenciado tratamiento que supone el llamado *favor debitoris*, o el principio de favor hacia al contratante débil en contratos asimétricos como los de consumo.

Al respecto, BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil*, t. I, *ob. cit.*, p. 15-6; y DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 24.

³³¹ Por el contrario, las prescripciones correspondientes a las normas dispositivas o derogables proveen, por así decirlo, la reglamentación ordinaria o no rígida de las materias a las cuales se refieren, pues pueden ser sustituidas válidamente por reglas que los particulares consideran concretamente más convenientes.

Las normas supletorias, a su vez, están llamadas a actuar únicamente a falta de reglamentación especial creada por los particulares, vale decir, cuando éstos no han dispuesto otra cosa o para suplir la inercia de ellos, ofreciendo una disciplina que llena los eventuales vacíos debidos a la improvidencia de los interesados.

Al respecto, BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil*, *ob. cit.*, p. 27.

³³² BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *ob. cit.*, p. 26-7.

consumidor tenga el conocimiento y los elementos de juicio suficientes que le permitan decidir libre y conscientemente si contrata o no lo hace.³³³

Además de los deberes de información especiales para el caso del contrato de viajes combinados (arts. 152 y 154) y en relación con las ventas a distancia (arts. 97 a 99), el TRLGDCU contiene un deber general, de carácter precontractual, que obliga al empresario a poner a disposición del consumidor la información suficiente sobre los elementos esenciales del contrato, en especial sobre sus condiciones jurídicas y económicas, así como de los bienes y servicios objeto del mismo (art. 60).

20.3. La integración contractual de las declaraciones publicitarias y la represión de la publicidad engañosa.

Dicho mecanismo está previsto para la proteger, de conformidad con la buena fe, las legítimas expectativas que dicha publicidad haya generado en el consumidor sobre el contenido del contrato y, de acuerdo con el TRLGDCU, aun cuando no figure expresamente en este, el contenido de la publicidad será exigible por los consumidores (art. 61.1).³³⁴

El artículo 29 EC, sobre la fuerza vinculante de la publicidad, señala que las declaraciones publicitarias obligan al anunciante, quien, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, deberá responder frente al consumidor por los daños y perjuicios causados en caso de que no cumpla las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad.

El anunciante sólo podrá exonerarse de responsabilidad cuando demuestre fuerza mayor, caso fortuito o que la publicidad fue adulterada o suplantada sin que se hubiere podido evitar la adulteración o suplantación (art. 32).

En la publicidad de productos que por su naturaleza o componentes sean nocivos para la salud, se advertirá claramente al público acerca de su nocividad y de la necesidad de consultar las condiciones o indicaciones para su uso correcto, así como las contraindicaciones del caso (art. 31).

Por último, el artículo 33 EC establece que los términos de las promociones y ofertas obligan a quien las realice. Las condiciones de tiempo, modo, lugar y cualquier otro requisito para acceder a la promoción y oferta, deberán ser informadas al consumidor en la publicidad.

Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, de no indicarse la fecha de inicio de la promoción u oferta, se entenderá que rige a partir del momento en que fue dada a conocer al público.

³³³ VELANDIA, *Derecho de la competencia y del consumo*, ob. cit., p. 336 ss.

³³⁴ DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, vol. II, Madrid, Tecnos, 2005, p. 72.

Señala este mismo artículo que la omisión de la fecha hasta la cual estará vigente, o de la indicación de que es válida hasta agotar inventarios, hará que la promoción u oferta se extienda hasta la fecha en que se dé a conocer su revocatoria.

Por otra parte, el artículo 3º, numeral 1.4. EC establece, en cabeza de los consumidores y usuarios, el derecho general a recibir protección contra la publicidad engañosa, definida legalmente como aquella “cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que pueda inducir a error, engaño o confusión” (art. 5º, nums.10 y 13).

A tal derecho corresponde la prohibición contenida en el artículo 30 EC, que hace responsable al anunciante de los daños que pueda causar la publicidad engañosa. El medio de comunicación será solidariamente responsable con el anunciante en caso de que se compruebe dolo o culpa grave de su parte.

20.3.1. La integración contractual de las declaraciones publicitarias.

El mencionado artículo 29 EC establece una regla de carácter general, aplicable a cualquier contrato de consumo, de acuerdo con la cual las declaraciones publicitarias integran el contenido contractual y vinculan al empresario o profesional (anunciante en este caso), previsión que constituye un remedio para la represión, en sede contractual, de la publicidad engañosa o para la afirmación del principio de veracidad.

La regla de la integración contractual de las declaraciones publicitarias asegura la protección del interés del consumidor, cuya voluntad se formó precisamente a partir de afirmaciones publicitarias inexactas o sencillamente falsas.³³⁵

Además de proteger la libertad de decisión del consumidor, la integración contractual de las declaraciones publicitarias es un mecanismo de defensa de la competencia, en la medida en que se tutela a los competidores del empresario o profesional que emplea la publicidad engañosa.³³⁶

Ahora bien, si no se fijara una regla de esta clase, tendría que recurrirse a las previsiones del derecho común de contratos, específicamente a las figuras de la anulación por error o dolo o de la indemnización de daños por responsabilidad precontractual, para afrontar las consecuencias de la publicidad engañosa, insuficiencia que explica y justifica su especialidad en el ámbito del derecho contractual de consumo como un mecanismo idóneo para afrontar la decepción o insatisfacción del consumidor en caso de publicidad engañosa.

La integración contractual de las declaraciones publicitarias, con independencia del modo como estas se manifiesten (ofertas, promociones), significa que, con el fin de defender las expectativas del consumidor e integrar contractualmente la

³³⁵ VELANDIA, *Derecho de la competencia y del consumo*, ob. cit., p. 351 ss.

³³⁶ Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, ob.cit., p. 1484-5.

representación que este se hizo de la prestación prometida, bien por el contratante o bien por un tercero, las condiciones objetivas contenidas en la publicidad son exigibles por el consumidor, aunque no se mencionen específicamente en el contrato.³³⁷

20.3.2. Fundamento de la integración contractual de las declaraciones publicitarias.

La eficacia vinculante de las declaraciones publicitarias se fundamenta en la protección de las expectativas del consumidor sobre la naturaleza y condiciones de la prestación derivadas de tales declaraciones publicitarias, pues el consumidor no tiene por qué soportar el riesgo de decepción que padecería si solo fueran exigibles las prestaciones prometidas en el contrato y no las afirmadas mediante las declaraciones publicitarias, riesgo que se asigna al empresario o profesional por la confianza creada objetivamente por el mensaje publicitario.³³⁸

20.3.3. Presupuestos de la regla de la integración.

La aplicación de la regla de la eficacia vinculante de las declaraciones publicitarias exige los siguientes presupuestos:

1º La publicidad susceptible de incorporarse al contrato debe tener genuino contenido informativo (art. 5º, num.12 EC), vale decir, capacidad de influir en las decisiones del consumidor, que es la única que puede generar expectativas concretas en este.

Por tanto, no será susceptible de incorporarse al contrato las declaraciones publicitarias de contenido puramente laudatorio o sugestivo, las meramente persuasivas, orientadas a incitar al consumo del producto, o las de carácter orientativo que no restringen la libertad de contratación.

El criterio para distinguir unas de otras ha de ser el contenido de las declaraciones publicitarias, que deberán referirse a las cualidades de la prestación o a las condiciones jurídicas o económicas del contrato, sin que sea imprescindible que estén plenamente determinadas.

Es indiferente que el mensaje publicitario sea una oferta de contrato a persona determinada o indeterminada, una invitación a formular ofertas o una simple promoción (“*toda forma y contenido de comunicación*”, dice el num.12 del art. 5º EC), formulado, entre otros, en etiquetas, anuncios, listas de precios, folletos o

³³⁷ La jurisprudencia española había ya acogido esta regla con fundamento en la buena fe como fuente de integración del contrato (art. 1258 c.c. esp.), principio este que permite extender, en razón de su función normativa, el contenido del contrato más allá de lo expresamente pactado.

Al respecto, GARCÍA VICENTE, *Contratación con consumidores*, ob. cit., p. 1485; y las SSTs indicadas en la nota 102.

³³⁸ GARCÍA VICENTE, ob. cit., p. 1486.

carteles, como formas directas o indirectas de promover la contratación con el consumidor.³³⁹

2º La vinculación surge en general sobre cualquier cualidad de la prestación o las condiciones jurídicas y económicas del contrato.

3º Si el contrato contiene unas condiciones más favorables para el consumidor respecto de las contenidas en las declaraciones publicitarias, ha de atenderse aquellas.

No obstante, con base en la prevalencia de la autonomía de la voluntad, se considera que las condiciones divergentes estipuladas en el contrato, por su carácter negociado, han de preferirse a las formuladas en las declaraciones publicitarias, así estas sean más favorables al consumidor.

En este caso, corresponderá al empresario o profesional acreditar el carácter negociado de la cláusula contractual divergente.³⁴⁰

4º En principio, a partir de la celebración del contrato produce sus efectos la integración o la fuerza vinculante de las declaraciones publicitarias, no siendo necesario que el consumidor conozca la publicidad antes de aquel momento, ni la advertencia del carácter indicativo de la publicidad o las reservas sobre modificaciones ulteriores, pues la integración es una consecuencia establecida por la ley.

Fijado legalmente el valor vinculante de la publicidad, no puede el propio declarante definir las consecuencias de su declaración, sin perjuicio de que haya fijado una duración temporal a la misma o la haya sometido a condiciones de disponibilidad o agotamiento de existencias.

5º La regla general es la irrelevancia o la inoponibilidad al consumidor de las modificaciones sobrevenidas de la publicidad o, en otros términos, el valor vinculante de las declaraciones publicitarias inicialmente formuladas.

Esta regla, como la que inadmite la privación de eficacia de la declaración mediante la afirmación de su carácter indicativo, se fundamenta de nuevo en la necesidad de proteger la confianza y las expectativas del consumidor sobre la naturaleza y condiciones de la prestación, las cuales podrían verse frustradas si se permitiera al profesional o empresario modificar las declaraciones publicitarias inicialmente formuladas.³⁴¹

³³⁹ *ob. cit.*, p. 1487.

³⁴⁰ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 328.

³⁴¹ La regla de la inmodificabilidad de las declaraciones publicitarias iniciales sufre varias excepciones que permiten la validez u oponibilidad matizada de las modificaciones sobrevenidas. En primer lugar, parece razonable que el propio anunciante limite temporalmente la vinculación de las declaraciones publicitarias, pero la omisión de tal límite no significa la vinculación indefinida de estas. En los mensajes publicitarios sin plazo establecido de vigencia, los límites de la eficacia temporal de la

20.4. El derecho legal de desistimiento o retractación del consumidor.

El derecho de desistimiento unilateral y gratuito a favor del consumidor en los casos en que el consentimiento se ha prestado en condiciones propicias a una contratación irreflexiva o impulsiva, como ocurre en los contratos a distancia y los celebrados fuera de los establecimientos de comercio (arts. 68, 69, 101 y 110 TRLGDCU), o en los supuestos en que la naturaleza del tipo contractual puede conducir a sorpresas o confusión del consumidor respecto de los derechos de este (art. 10 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias, LATBI).

El artículo 47 EC establece que, en los contratos para la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación otorgadas por el productor o proveedor, venta de tiempos compartidos o ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia, que por su naturaleza no deban consumirse o no hayan comenzado a ejecutarse antes de cinco (5) días, se entenderá pactado el derecho de retractación a favor del consumidor.

En caso de que se haga uso de esta facultad, se resolverá el contrato y se devolverá el precio que el consumidor hubiese pagado.

El consumidor, por su parte, deberá restituir el bien recibido al productor o proveedor, por los mismos medios y en las mismas condiciones en que lo recibió, debiendo cubrir los costos de transporte y los demás gastos que conlleve tal devolución.

El término máximo para el ejercicio del derecho de retractación será de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la entrega del bien o de la celebración del contrato, en caso de prestación de servicios.³⁴²

publicidad podrán ser definidos atendiendo la naturaleza de la declaración, su objeto, las cualidades de los bienes o las condiciones jurídicas y económicas del contrato, así como del mercado en el que se producen.

En segundo término, la publicidad no será vinculante siempre que los cambios sobrevinientes en dicha información, introducidos en virtud de una reserva expresa de modificaciones ulteriores, hayan sido comunicados claramente al consumidor antes de la celebración del contrato, pero también las novaciones modificatorias de la publicidad introducidas con posterioridad a dicha celebración, exigen el consentimiento previo, expreso y por escrito del consumidor.

La destrucción de la confianza creada que supone la modificación de las declaraciones publicitarias, justifican las exigencias de comunicación y consentimiento expreso, antes o después de la celebración del contrato, como quiera que la información previa y expresa de la modificación y su aceptación explícita, con mención de la declaración prometida y la finalmente estipulada, evita que se defraude la confianza del consumidor y, con fundamento en la autonomía de la voluntad, reconduce la modificación de la publicidad a la regla de la prevalencia de la negociación de las partes, situación que deberá ser acreditada por el empresario o profesional.

De todas formas, la reserva expresa de modificaciones ulteriores, como excepción al carácter vinculante de la publicidad, no puede extenderse incondicionadamente, pues ello supondría negar valor vinculante a las declaraciones publicitarias y consagrar en la práctica su carácter indicativo.

Al respecto, GARCÍA VICENTE, *Contratación con consumidores*, ob. cit., p. 1489.

³⁴² HINESTROSA, *Tratado*, ob. cit., t. II, p. 468.

Este mecanismo, que disfruta de una posición preeminente en el derecho contractual del consumo, y que representa el remedio más radical sobre la subsistencia del contrato, consiste en atribuir al consumidor la facultad de desvincularse de él.³⁴³

Su eficacia será mayor si, como en el caso colombiano, se opta por atribuir dicha facultad de manera incondicionada o *ad nutum* (a voluntad), esto es, sin sujetar su ejercicio a alegación o acreditación de causa alguna.

La radicalidad del remedio y el sacrificio que el mismo supone para el interés del empresario explican, precisamente, que no se atribuya en todos los casos, como sucede en los eventos exceptuados en el propio artículo 47 EC, numerales 1 a 7, y que la atribución legal de facultades unilaterales de desvinculación y el modo de su ejercicio (sujeto a condiciones, limitación temporal y a la asignación de consecuencias indemnizatorias o simplemente restitutorias) sea legalmente diferenciado, con fundamento en razones que de manera suficiente justifiquen la confrontación de este mecanismo con la prohibición de discrecionalidad unilateral, que asegura la fuerza vinculante de las promesas (art. 1256 c.c.esp.).

El principio *pacta sunt servanda* (la sujeción a la palabra empeñada), si bien es uno de los fundamentos del sistema contractual, no impide que haya casos en que proceda su limitación o excepción, pero las limitaciones y excepciones deben estar sustentadas en razones que justifiquen de manera suficiente el sacrificio de los intereses de los contratantes que lo soportan.³⁴⁴

³⁴³ La facultad de desvinculación unilateral no es extraña al derecho común de contratos, que la prevé en múltiples ocasiones y con denominaciones diferentes, como sucede, por ejemplo, con el mandato regulado en el derecho civil colombiano, según el cual la "renuncia del mandatario no pondrá fin a sus obligaciones, sino después de transcurrido el tiempo razonable para que el mandante pueda proveer a los negocios encomendados" (art. 2193 c.civ.col.). También en el caso del transporte de personas, el pasajero podrá desistir del contrato, con derecho a la devolución del pasaje, dando aviso previo al transportador (art. 1002 c.com.col.).

Ahora bien, a pesar de su variada denominación legal (desistimiento, revocación, renuncia, retractación, "retracto" o "destrate"), la facultad de desvinculación alude a las herramientas contractuales que buscan como efecto la pérdida de vigencia del contrato y la unilateralidad y discrecionalidad de su ejercicio.

Se trata, en todo caso, del aniquilamiento del contrato ya celebrado, no obstante la tenaz oposición de algunos que insisten en considerar la retractación como una declaración de arrepentimiento que impide el perfeccionamiento del negocio (MENGONI, Luigi, «*Le obbligazioni*», en AA.VV., *I cinquant'anni del codice civile, Atti del Convegno di Milano 4-6 giugno 1992*, vol. I, Milán, 1993, p. 241), antes que un genuino poder unilateral de resolución de un contrato (HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, ob. cit., t. II, p. 469, nota 4931).

En razón de la frecuencia con que lo usa el legislador, la doctrina española prefiere el término "desistimiento", que denota el carácter unilateral y el efecto extintivo de esta facultad de desvinculación contractual (GARCÍA VICENTE, *Contratación con consumidores*, ob. cit., p. 1495). Al integrar el derecho del consumo al BGB (§356), el derecho alemán optó por los términos revocación o retractación.

Al respecto, WITZ, Claude, *Droit privé allemand*, París, Litec, 1992, p. 184; y PÉDAMON, Michel, *Le contrat en droit allemand*, París, LGDJ, 2004.

Por último, en ciertos sectores del tráfico, a falta de previsión legal y como valor añadido a la prestación principal, se atribuye convencionalmente esta facultad de desvinculación o se mejoran las condiciones para su ejercicio respecto de las legalmente previstas. En todo caso, la atribución generalizada del desistimiento como mecanismo de protección contractual de los intereses de los consumidores no provoca una inseguridad insalvable para los empresarios o profesionales, quienes puede prever y asignar los costos de los desistimientos en el marco de su actividad económica organizada (GARCÍA VICENTE, *Contratación con consumidores*, ob. cit., p. 1495-6).

³⁴⁴ GARCÍA VICENTE, ob. cit., p. 1493-4.

El consumidor titular de la facultad de desvinculación contractual sin duda goza de una posición ventajosa que le permite reconsiderar su decisión de contratar, sopesar la razonabilidad y la conveniencia económica del contrato y de someter a este a un juicio posterior de oportunidad, que puede justificarse en razón de la relativa falta de libertad que padeció al tiempo de la celebración del contrato, compelido por una presión negocial excesiva, o por la falta de conocimiento o la insuficiente información sobre la carga económica del contrato, de sus condiciones jurídicas o de las características de los mismos bienes en el mercado o, en fin, cuando haya motivos para suponer que el consumidor actuó bajo un impulso irreflexivo o por sorpresa.

En estos supuestos, la asignación legal del derecho de retractación se justifica por la necesidad de compensar la desventaja que para el consumidor supone el hecho de no poder examinar y ensayar el bien objeto de su compra.

Cuando dicha facultad de desvinculación se atribuye de manera incondicionada o *ad nutum*, puede decirse que la misma sirve a su titular para limitar la discusión sobre el cumplimiento del contrato, en la medida en que se prescinde de los remedios que frente al incumplimiento prevé el derecho común de contratos, en concreto de los requisitos propios de la resolución contractual.

El derecho de retracto o desistimiento mantiene también, a lo largo de la vigencia del contrato, el poder de decisión del consumidor sobre su propio interés, en especial en el caso de prestaciones de tracto sucesivo que suponen una importante carga económica hacia el futuro.³⁴⁵

20.5. La forma del contrato como mecanismo de protección contractual del consumidor.

Como garantía de una cabal prestación del consentimiento por parte del consumidor, el TRLGDCU, contenido del mínimo legal de protección, establece la imposición de requisitos formales para la celebración de determinados contratos, tales como el deber, a cargo del empresario, de entregar el recibo, justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales en el caso de contratos de adhesión, aceptadas y firmadas por el consumidor (art. 63).³⁴⁶

Otras normas legales en materia de derecho contractual del consumo establecen imperativamente exigencias para que el contrato se incorpore a una forma determinada, típicamente escrita, o la equivalencia de ésta y la forma electrónica para los contratos celebrados por medios electrónicos, como sucede con el artículo

³⁴⁵ *ob. cit.*, p. 1494.

³⁴⁶ DíEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de derecho civil, ob. cit.*, p. 47; y SANTOS MORÓN, María José, *La forma de los contratos en el Código Civil*, Madrid, Universidad Carlos III/Boletín Oficial del Estado, BOE, 1996, p. 44-5.

23.3 de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, LSSICE.³⁴⁷

20.6. Las reglas especiales de interpretación.³⁴⁸

En especial este mecanismo opera en los contratos de adhesión a condiciones generales en donde, por reducirse al mínimo la libertad contractual del consumidor, se justifica con mayor razón la aplicación del principio de derecho común *in ambiguis contra stipulatorem* (art. 1624 c.c.), así como las reglas especiales de interpretación del derecho contractual del consumo *in dubio pro consumatore* (art. 4º, inc. 3º EC), que matiza el postulado del *favor debitoris* establecido en el mismo artículo 1624 c.c.col., así como las que ordenan que las condiciones generales de los contratos sean interpretadas de la manera más favorable al consumidor (art. 34 EC) y la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales de los contratos.³⁴⁹

La prevalencia, también en el caso de cláusulas predispuestas unilateralmente por el empresario, del criterio de interpretación más favorable al consumidor. En este sentido, el TRLGDCU establece que cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor (art. 80.2).

20.7. Mecanismos especiales de protección contractual relacionados con la contratación a distancia y la celebrada fuera de los establecimientos mercantiles.

Ciertas modalidades de contratación que se identifican por el modo de celebración de los contratos o las circunstancias en que se desarrolla la perfección o ejecución del mismo (contratos a distancia y contratos celebrados por fuera de los establecimientos mercantiles).³⁵⁰

La razón de este mecanismo de protección, propio del derecho contractual del consumo, es que por concurrir circunstancias de iniciativa del propio empresario y de imposibilidad de comparación de la calidad y precio de la oferta, es fácil que puedan generarse prácticas comerciales abusivas.

³⁴⁷ El derecho contractual del consumo es esencialmente formal, en el sentido de que impone, para la eficacia, validez u oponibilidad del contrato que se cumpla una determinada forma. Por el contrario, el sistema de contratación mercantil se inspira, como el civil, en el principio de libertad de forma, aunque también es cierto que en el primero dicho principio resulta afectado por el intervencionismo estatal que obliga a realizar buen número de operaciones mercantiles con arreglo a formas rígidamente preestablecidas, en contra, acaso, de la rapidez del comercio, pero dirigidas a proteger el interés de terceros y del público en general.

³⁴⁸ Al respecto, v. *infra* Cap. VI.

³⁴⁹ URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo, *Derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 568; y JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos*, Bogotá, Ibáñez/Universidad Javeriana, 2016.

³⁵⁰ LOIS CABALLÉ, Ana Isabel, «Los métodos comerciales», en REYES LÓPEZ, *Derecho privado de consumo*, ob. cit., p. 44.

En estos casos, el contrato deberá formalizarse necesariamente por escrito, informar sobre el derecho de retracto y el término para el ejercicio del mismo y permitir que el consumidor haga reclamaciones y devoluciones en los mismos términos y por los mismos medios de la transacción original (arts. 5º, nums.15 y 16; y 46 EC).³⁵¹

20.8. Acciones de tutela colectiva de los derechos de los consumidores y usuarios.

El reconocimiento de acciones de tutela colectiva de los derechos de los consumidores y usuarios, bien se trate de acciones de resarcimiento de intereses colectivos o difusos lesionados (art. 11 LEC), o de acciones de cesación de las conductas que sean contrarias a las normas de defensa de los consumidores (arts. 53 a 56 TRLGDCU); así como la previsión de un sistema extrajudicial de resolución, a través del cual, sin formalidades especiales y con carácter vinculante, se resuelven los conflictos entre consumidores y empresarios (arts. 57 y 58 TRLGDCU).³⁵²

20.9. La responsabilidad contractual en sentido amplio.

Tal mecanismo se refiere al conjunto de remedios puestos a disposición de los contratantes para afrontar el incumplimiento, lo que incluye a los consumidores en los contratos que estos celebran con los profesionales o empresarios, bien se trate de la contratación predispuesta o negociada, dado el propósito que motiva a todo contratante de ver satisfecho su interés en el cumplimiento del contrato.³⁵³

21. El control material de abusividad como mecanismo de protección en la contratación predispuesta.

Respecto de la contratación predispuesta, el derecho contractual del consumo establece el sometimiento de las condiciones generales a controles especiales de transparencia y de contenido (arts. 5, 7 y 8 LCGC y 82 a 91 TRLGDCU), así como la nulidad parcial de las cláusulas que contravengan normas imperativas, o que no superen el control de contenido de las condiciones generales de contratación (arts. 8, 9 y 10 LCGC).

Por la necesidad de las condiciones generales en el tráfico en masa de bienes y servicios, el ordenamiento jurídico reconoce a los empresarios un poder de predisposición del contenido contractual, en virtud del cual, sin el concurso de la otra parte, las condiciones generales pasan a ser parte del contrato.

³⁵¹ URÍA GONZÁLEZ, *Derecho mercantil*, ob. cit., p. 573; y CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 88.

³⁵² PERTÍÑEZ VILCHEZ, *La contratación en el ámbito de las relaciones con consumidores*, ob. cit., p. 287-8.

³⁵³ MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIU, *La responsabilidad civil por daños causados por bienes y servicios*, ob. cit., p. 88; e *Id*, *La responsabilidad civil por productos defectuosos*, ob. cit., p. 88.

Sin embargo, este poder de predisposición no es absoluto, sino que está sometido a una serie de restricciones que van más allá de los simples límites a la autonomía de la voluntad que impone el código civil: la ley imperativa, la moral y el orden público (arts. 1255 c.c.esp. y 1524, inc. 2º c.c.col.).

En primer lugar, el poder del predisponente se halla restringido por una serie de requisitos formales o de transparencia, llamados requisitos de incorporación, que condicionan la validez de la inclusión de las condiciones generales al contenido del contrato (arts. 5 y 7 LCGC).

En el caso de los contratos con consumidores, tales condiciones generales pueden también ser sometidas a un ulterior control material o de contenido, y declaradas nulas en la medida en que, siendo contrarias a las exigencias de la buena fe, causen un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor (arts. 8.2 LCGC y 82 y ss. TRLGDCU).

Como puede verse, este control material o de contenido, pieza angular de la tutela de los consumidores frente a las cláusulas no negociadas individualmente, se articula a través de una cláusula general, estructurada, a su vez, en los conceptos de buena fe y desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se deriven del contrato (art. 82.1 TRLGDCU).

Esta cláusula general se completa con una lista de supuestos específicos de cláusulas abusivas (arts. 85 a 90 TRLGDCU).

Según la doctrina, una cláusula no negociada individualmente será abusiva “cuando se separe del régimen equilibrado previsto por el derecho dispositivo”, causando de manera injustificada un perjuicio significativo al consumidor. La contradicción con la buena fe consiste en apartarse de la regulación legal sin otra razón que el interés exclusivo del predisponente.

Ahora bien, en la valoración de la abusividad de la cláusula, o cuando esta se separe injustificadamente del derecho dispositivo en perjuicio del consumidor, se tendrá en cuenta “*la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato*”, y se han de considerar todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como “todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa” (art. 82.3 TRLGDCU).

En este juicio circunstanciado, más que en la desviación del derecho dispositivo, radica el carácter abusivo de la cláusula en examen.

Por otra parte, la lista de cláusulas abusivas que complementa la cláusula general de abusividad y que, como tal, ostenta un carácter meramente indicativo, útil para concretar el concepto de cláusula abusiva sin ninguna pretensión de exhaustividad, comprende los siguientes supuestos:

1º Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario (art. 85);

2º Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor o usuario (art. 86);

3º Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad (art. 87);

4º Cláusulas abusivas en materia de garantías [desproporción e inversión de la carga de la prueba (art. 88)];

5º Cláusulas abusivas que afectan el perfeccionamiento y ejecución del contrato (art. 89); y

6º Cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable (art. 90).

Del anterior catálogo se derivan dos listas, una negra y otra gris, en función de si el supuesto descrito admita una valoración de las circunstancias del caso concreto o comporte su declaración automática como cláusula abusiva.

La lista negra supone, en efecto, una proyección del derecho imperativo sobre las cláusulas no negociadas, en tanto que la lista gris estaría integrada por la serie de supuestos que describen hipótesis de cláusulas presuntamente abusivas, pero que podrían no serlo de acuerdo con las circunstancias concurrentes al momento de la celebración del contrato, la naturaleza del bien o servicio objeto de este o las demás cláusulas del contrato o de otro con el que este dependa.

La consecuencia jurídica de la declaratoria de abusividad será la nulidad parcial de la cláusula en examen, quedando incólume el resto del contrato o su integración por lo dispuesto por el derecho dispositivo.

De acuerdo con el principio de conservación del contrato, la nulidad total de este será excepcional, procediendo sólo en los casos en que la nulidad de la cláusula afecte los elementos esenciales del contrato, de manera que este no pueda subsistir sin la cláusula declarada nula, o cuando conlleve a una situación inequitativa de la posición de las partes (arts. 83 TRLGDCU y 10 LCGC).

Por último, el control material de las cláusulas abusivas no se extiende ni al precio ni a la contraprestación, como quiera que los elementos esenciales del contrato no hacen parte, en sentido estricto, del contenido predispuesto de éste, si se tiene en cuenta que el consumidor, por regla general, adopta la decisión de contratar consintiendo sobre tales extremos.³⁵⁴

³⁵⁴ En el derecho colombiano, el control judicial de las cláusulas abusivas, tanto formal como material, está previsto de manera exclusiva respecto de los contratos de adhesión (art. 3º, num. 1.6 EC). El control formal se refiere a los requisitos de transparencia e información que debe cumplir el predisponente para incorporar válidamente tales condiciones generales al contenido del contrato (art. 37 EC).

El control material o de contenido, por su parte, tiene por propósito definir si una cláusula o condición es o no abusiva, es decir, si teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto, el predisponente produjo, en detrimento del consumidor, un desequilibrio injustificado en los derechos y obligaciones derivados del contrato (art. 42 EC).

22. Contratos de consumo y tipos contractuales de consumo.

22.1. Concepto.

Desde un punto de vista subjetivo, son contratos de consumo los celebrados entre los consumidores, por una parte, y los empresarios y profesionales, por otra.

De esta manera, el derecho contractual del consumo encuentra en la delimitación subjetiva su principal señal de identidad, pues es un derecho especial en la medida que regula las relaciones contractuales entre los consumidores y los empresarios o profesionales.

Desde el punto de vista objetivo, el derecho contractual de consumo regula cierto tipo de relaciones contractuales.³⁵⁵

22.2. Tipos contractuales de consumo.

Los contratos pueden clasificarse teniendo en cuenta múltiples criterios. Atendiendo el número de partes que quedan obligadas: unilaterales y bilaterales; a la utilidad que reportan a las partes: gratuitos y onerosos; a la equivalencia de las prestaciones de las partes: conmutativos y aleatorios; a su grado de autonomía: principales y accesorios; a su perfeccionamiento: reales, consensuales y solemnes; a su denominación y regulación por la ley: nominados e innominados, típicos y atípicos; a la manera como se produce el acuerdo de las partes (legitimación negocial): libre discusión y de adhesión; a los que, por extensión quedan vinculados por el contrato: individuales y colectivos (excepción al principio de relatividad); a su ejecución: contratos de ejecución instantánea y de ejecución o tracto sucesivo.³⁵⁶

Al igual que los contratos civiles o comerciales, los de consumo pueden ser contratos negociados o contratos de adhesión, siendo estos últimos la regla general.³⁵⁷

El resultado del control material o de contenido determinará que las cláusulas abusivas, por producir un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, sean declaradas nulas, es decir, excluidas del contenido del contrato (art. 44 EC). Tal control material de abusividad se articula en torno a una prohibición general de abuso (art. 42 EC) y una lista de cláusulas *prima facie* abusivas (art. 43 EC). La noción legal de cláusula abusiva, a su turno, gira en rededor del concepto de "desequilibrio injustificado", el cual ha de ser definido por el juez mediante la valoración circunstanciada de las condiciones particulares del contrato (juicio de abusividad).

Al respecto, CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad como criterio de concreción normativa del mandato de tratamiento igual*, ob. cit., p. 88; e *Id.*, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 88.

³⁵⁵ GARCÍA VICENTE, *Contratación con consumidores*, ob. cit., p.1452-3.

³⁵⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De los contratos*, Bogotá/Santiago, Temis/Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 17; y VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro, *Derecho civil*, t. III, Bogotá, Temis, 2010, p. 57.

³⁵⁷ Para CALAIS-AULOY, casi todos los contratos de consumo son contratos de adhesión, pues su contenido está predeterminado por el profesional, prestando el consumidor una adhesión global o en bloque, sin la posibilidad de negociar tal contenido. De ahí que el contrato de consumo sea frecuentemente desequilibrado a favor del profesional y en detrimento del consumidor (CALAIS-AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, ob. cit., p. 239).

Los contratos de adhesión, a su vez, pueden ser a condiciones generales, si su contenido es predispuesto para ser aplicado a un número plural de contratos, o a condiciones particulares en el caso contrario.

Los contratos de adhesión a condiciones generales constituyen la principal categoría de contratos de consumo, no sólo por su frecuencia en el tráfico sino también por su marcada importancia económica y social.³⁵⁸

22.3. La distinción básica entre contratos de libre negociación y de adhesión.³⁵⁹

Los contratos paritarios o de libre negociación son aquellos en que las partes pueden debatir o discutir su contenido.³⁶⁰ Los contratos por adhesión, por el contrario, son aquellos en que una de las partes define o predispone unilateralmente las cláusulas o condiciones del contrato, permitiéndosele a la otra aceptar o rechazar en bloque dicho contenido.³⁶¹

Los contratos de libre negociación constituyen el prototipo de los contratos civiles; los de adhesión, por su parte, lo son de los contratos de consumo.³⁶²

Según DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, la expresión “contrato de adhesión”, acuñada por SALEILLES a principios del siglo XX, designa aquellos supuestos en los cuales una de las partes, generalmente un empresario mercantil o industrial que celebra contratos en masa, fija el contenido de los mismos en modelos y formularios, que impone a la otra parte, quien simplemente lo acepta o lo rechaza sin posibilidad de discusión alguna (DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de derecho civil, ob. cit.*, p. 37).

³⁵⁸ Con independencia de su correcta denominación (contrato de o por adhesión), en realidad se trata de un modo especial de formación del contrato, más que de un tipo contractual específico (compraventa, suministro, arrendamiento, prestación de servicio), opuesto como tal a la libre discusión que caracteriza la manera como se forma la mayoría de contratos por negociación civiles y mercantiles.

Al respecto, DEREUX, Georges, “*De la nature juridique des «contrats d’adhésion»*”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil, RTDC*, 1910, París, Sirey, p. 504; y REZZONICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predispuestas*, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 32; e *ID.*, «*Cláusulas abusivas en condiciones contractuales generales: panorama y soluciones*», en ANAYA, Jaime y ALEGRÍA, Héctor (dirs.); CHOMER, Héctor y SICOLI, Jorge (coords.), *Derecho comercial, contratos comerciales (parte general y especial), Doctrinas esenciales 1936-2009*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 103-21.

³⁵⁹ BIANCA, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 363 ss; GIORDANO, Alessandro, *Contratti per adesione*, Milán, Giuffrè, 1951; y BESSONE, Mario, «*Contratti per adesione e natura ideologica del principio di libertà contrattuale*», en *Saggi di diritto civile*, Milán, Giuffrè, 1979, p. 127.

³⁶⁰ SUESCÚN MONROY, *Derecho privado, ob. cit.*, t. I, p. 6 y 25.

³⁶¹ DE BUEN LOZANO, Néstor, *La decadencia del contrato*, México, Porrúa, 2004.

³⁶² Para DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, son contratos de libre discusión aquellos en que las partes están en la posibilidad de debatir o discutir su contenido. Es el prototipo de los contratos civiles. Los contratos por adhesión son aquellos en que una de las partes define unilateralmente el contenido del contrato, permitiéndosele a la otra tan solo aceptar o rechazar en bloque dicho contenido (DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de derecho civil, ob. cit.*, p. 28).

Son contratos por negociación aquellos en que las partes debaten o discuten el contenido del contrato. Constituyen la regla general. Los contratos por adhesión, en cambio, son aquellos en que el contenido normativo del contrato es predispuesto de manera unilateral por una de las partes, quedando a la otra únicamente la opción de aceptar o rechazar en bloque dicho contenido (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial, ob. cit.*, p. 166).

Frente a los contratos por negociación, es decir, aquellos en que las partes debaten o discuten su contenido, se encuentran los contratos por adhesión en los que existe una previa predisposición unilateral de tal contenido, plasmado en formularios, impresos o pólizas y en los que al adherente solo le es permitido declarar su aceptación o su rechazo.

Contrato de libre discusión es aquel en que las partes debaten y estipulan libremente sus diversas cláusulas (*gré a gré*, como lo llaman los franceses). Constituye el tipo normal de contrato, en donde este es el resultado de la libre discusión de las partes, de sus ofertas y contraofertas recíprocas, del regateo en que una pide una cosa y la otra ofrece otra.

Contrato de adhesión es el que se forma sin discusión previa, mediante la aceptación lisa y llana que una de las partes hace de las condiciones señaladas por la otra. En ellos no hay negociaciones preliminares entre los contratantes, uno de los cuales impone la “ley del contrato”, limitándose el otro a aceptarla o rechazarla (“o lo toma o lo deja”).³⁶³

El contratante a quien se impone el contrato se limita, en efecto, a adherir a las condiciones ofrecidas (adherente), que de ordinario se hayan consignadas en formularios impresos de tipo uniforme, como ocurre en los contratos de seguro, de transporte y de servicios públicos domiciliarios. En ellos los empresarios ofrecen al público sus condiciones y quien quiera utilizar sus servicios se deben someter a ellas sin posibilidad de discusión alguna.³⁶⁴

El rasgo característico de los contratos de adhesión se encuentra en el desequilibrio del poder negociador de las partes, pues en ellos es evidente la asimetría en que se halla el predisponente frente al adherente respecto del conocimiento profesional que el primero tiene de su actividad económica y de su superior poder de negociación como consecuencia de su posición económica en el mercado.³⁶⁵

Precisamente esta asimetría en la posición contractual de las partes, proclive y propicia a los abusos de la parte predisponente, justifica los límites a la autonomía

Véase también las similares definiciones de KESSLER, Friedrich, “*Contracts of Adhesion-Some Thoughts about Freedom of Contract*”, *Columbia Law Review*, CLR, 43, 5, 1943, p. 629-42; BERLIOZ, Georges, *Le contrat d’adhésion*, París, LGDJ, 1976, p. 88; RAKKOF, Todd, “*Contracts of Adhesion: an Essay in Reconstruction*”, *Harvard Law Review*, HarvLawRev, 96, 1983, p. 1174-284; y CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, ob. cit.*, t. III, p. 579.

³⁶³ NORDMANN, Philippe, *Le contrat d’adhésion*, Lausana, Thonney-Dupraz, 1974, p. 30. Contrato de libre discusión es aquel en que ambas partes acuerdan libremente las mutuas obligaciones que contraen. En estos casos, ambas voluntades se manifiestan con libertad plena.

Por el contrario, en los contratos de adhesión se elimina toda discusión. Una parte anuncia a la otra las condiciones del contrato, sin permitir sobre ellas discusión alguna. Existe la libertad de celebrar el contrato o abstenerse de celebrarlo, sin proponer cambios o condiciones, ya que o se adhiere al contrato o este no se celebra (o lo toma o lo deja).

Este tipo de contratos son comunes en el transporte aéreo, en los contratos de servicios públicos domiciliarios, entre otros. En los contratos de adhesión no cabe hablar de vicios de la voluntad ni de lesión enorme.

Al respecto, LARROUMET, Christian, *Teoría general del contrato* (Jorge GUERRERO, trad.), Bogotá, Temis, 1993, p. 207; y VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 61.

³⁶⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De los contratos, ob. cit.*, p. 39-40; y STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel, *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección del consumidor*, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 1-15 y 19-30.

³⁶⁵ ROPPO, “*Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo*”, *ob. cit.*, p. 177-223; SALAZAR, Diego, “*Asimetrías de información y análisis económico de los contratos de adhesión: Una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual*”, *Revista de Derecho Privado*, 37, Bogotá, Universidad de los Andes, 2006, p. 3-56; y LÓPEZ SANTA-MARÍA, Jorge, *Contratos*, Parte general, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2010, p. 88.

privada que suponen las cargas y deberes de información impuestos a éste por la ley y el control material de las cláusulas abusivas.³⁶⁶

23. Contratos de adhesión.

23.1. Origen y evolución del concepto.

En 1901, Raymond SALLEILES, con ocasión del recién promulgado código civil alemán (BGB), escribió un estudio sobre la declaración de voluntad y el negocio jurídico, en el que acuñó por primera vez la expresión “*contratos de adhesión*”, bastante celebrada en los años siguientes.³⁶⁷

Con ella se hacía alusión a la práctica de grandes empresas, como las compañías de seguros o los bancos, que redactaban y predisponían las cláusulas de los contratos que celebraban con sus clientes, fenómeno que al mismo tiempo favorecía la posición de dominio de aquéllas y ciertas formas de abuso, especialmente de la clientela cautiva de los monopolios de hecho, así el sistema de contratación predispuesta ofreciese algunas ventajas para la propia empresa o para los consumidores, en la medida en que permite la reducción de costos, el abaratamiento de precios y en general mejorar las condiciones en las que los empresarios pueden competir en el mercado.³⁶⁸

La figura de los contratos de adhesión, sin embargo, no guarda ninguna semejanza con el arquetipo de los contratos tradicionales (el contrato por negociación, sea civil o mercantil), en el que las partes, hallándose en igualdad de condiciones, discuten, hacen y rehacen el contenido del contrato sobre el que libremente expresan su consentimiento.³⁶⁹

En los contratos de adhesión, por el contrario, el contenido contractual se halla predispuesto por una de las partes, al que por ello se llama precisamente predisponente, en tanto que la otra, llamada adherente, colocada en una situación de imposibilidad de negociar, no tiene más alternativa que tomar o dejar el contenido que el primero le propone.

Si lo deja, no hay contrato, y si lo toma ha aceptado su adhesión a las cláusulas impuestas por la otra parte, sin que dicha aceptación pueda considerarse como un auténtico consentimiento.³⁷⁰

³⁶⁶ RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 189-90; e *ID.*, *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, Bogotá, Legis, 2017, p. 91.

³⁶⁷ DíEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de derecho civil, ob. cit.*, p. 73.

³⁶⁸ DíEZ-PICAZO/GULLÓN, *ob. cit.*, p. 73.

³⁶⁹ *ob. cit.*, p. 73.

³⁷⁰ PUIG BRUTAU, José, *Compendio de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1987, p. 288.

En la práctica el propio SALLEILES no concedió para los contratos de adhesión una consecuencia distinta a la regla *contra proferentem*, según la cual la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no debe favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad (arts. 1624 c.c.col. y 1288 c.c.esp.).

23.2. Naturaleza jurídica.

Sobre la naturaleza jurídica de la adhesión la mayor parte de los privatistas se inclina por la tesis contractualista, según la cual la desigualdad económica entre las partes no elimina el carácter contractual de la relación trabada entre ellas.

El consentimiento contractual se halla en el núcleo formado por las prestaciones centrales, al lado del cual aparece un contenido periférico sobre el que no recae propiamente el consentimiento.³⁷¹

Antes de la expedición de normas especiales, tanto nacionales como europeas, a propósito de los contratos de adhesión la doctrina española se planteó la cuestión de si las condiciones generales constituían una fuente formal de derecho y un poder reglamentario autónomo de los empresarios, así como si tales condiciones tenían valor jurídico como derecho consuetudinario por la vía de los usos de comercio.³⁷²

³⁷¹ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 61-3.

³⁷² Frente a las cláusulas de exoneración de responsabilidad, un sector importante de la doctrina consideraba que el derecho privado español establecía medios adecuados para obligar al contratante que no cumple amparado en una cláusula de exoneración, como podía ser el principio de buena fe y la prohibición de abuso del derecho, que imponen límites a la libertad de contratación y sancionan con su ineficacia las condiciones generales abusivas.

El derecho dispositivo, frente a la tesis tradicional que lo concibe como un derecho supletorio, que regula sólo las materias en que no ha habido disposiciones, pactos o estipulaciones de las partes, constituye la regulación corriente en materia de contratos, en la medida en que el legislador ha ponderado la situación normal de los intereses de las partes y, por lo mismo, cumplen una función ordenadora, imperativa en cierto sentido, de manera que sus normas no pueden ser desplazadas sin una razón que de manera suficiente lo justifique.

Don Federico DE CASTRO, por ejemplo, afirma que, en el derecho español, cabe la exclusión de esta o aquella obligación propia del contrato, su aligeramiento o agravación, pero el abandono de facultades, acciones o excepciones sin reciprocidad, contraprestación o justificación alguna, es ineficaz en cuanto implica una renuncia de ley así se trate de una norma aparentemente dispositiva (DE CASTRO Y BRAVO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, ob. cit., p. 295).

Las estipulaciones introducidas unilateralmente por una parte serán ineficaces cuando disminuyan inequitativamente los derechos de la otra. En igual sentido, las condiciones generales de los contratos serán ineficaces sólo en cuanto las desviaciones en ellas contenidas respecto de la regulación legal estén justificadas por la índole especial de la situación.

La superioridad de algunos grupos y empresas amenaza la concurrencia económica en el mercado, y para evitar abusos el derecho actúa, con fundamento en el principio de buena fe y la prohibición de abuso, imponiendo límites a la libertad contractual de aquellos, prohibiendo los pactos restrictivos de la competencia o imponiendo controles a las condiciones generales de contratación y la invalidez de las cláusulas abusivas contenidas en éstas.

Al respecto, DíEZ-PICAZO, Luis, «*Condiciones generales de la contratación (esbozo de una evolución)*», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ/DÍEZ-PICAZO, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, ob. cit., p. 66.

24. La coordinación normativa entre el derecho contractual del consumo y el derecho común de contratos.³⁷³

El problema básico del derecho contractual del consumo es su relación con el derecho común de contratos, contenido en el código civil, del cual procede y al cual también permanentemente regresa, como quiera que la especialidad del primero se explica por las insuficiencias del segundo para regular de manera adecuada las relaciones de intercambio entre profesionales y consumidores y para asegurar la debida protección de estos en el mercado.³⁷⁴

El derecho contractual del consumo, en efecto, mediante normas de derecho privado, regula los diferentes mecanismos de protección contractual del consumidor, los tipos contractuales, los derechos, deberes y remedios derivados de los contratos de consumo, así como la coordinación que debe existir entre tales mecanismos de protección (incluidos los que proceden del derecho público de consumo, como las normas administrativas de inspección y control que imponen deberes y sanciones en caso de infracción de requisitos propiamente contractuales) con los mecanismos propios del derecho común de contratos.³⁷⁵

A pesar de la especialidad de las normas del derecho contractual de consumo, el legislador, mediante normas de remisión como el inciso final del artículo 4º EC, formula la coordinación y acomodación de aquéllas con el derecho común de contratos (códigos civil y de comercio).

Los remedios especiales son compatibles con los del derecho común cuando se trata de un mismo supuesto de hecho, o al menos cuando existe identidad de sus circunstancias relevantes, o satisfagan un fin análogo. A falta de norma expresa, la compatibilidad o no de los remedios debe resolverse a través de las siguientes reglas y principios:

1º No redundancia, que exige dotar de algún contenido a las normas especiales;

2º El principio de especialidad;

³⁷³ Sobre las relaciones entre el derecho contractual de consumo y el derecho común de contratos, v. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Curso de derecho civil*, t. II, *ob. cit.*, p. 314-5.

³⁷⁴ El derecho contractual del consumo se explica y justifica, en efecto, en el derecho común de contratos, en el que debe enraizarse, y a pesar de que se trata de conjuntos normativos diferentes, no deben concebirse de manera separada e incomunicada, sino como dos formas diferentes de organizar las relaciones contractuales.

Por otra parte, la proximidad entre la tutela de la competencia y la protección de los consumidores es insoslayable, bien en la coincidencia de sus fines propios, en concreto la tutela de la libertad de decisión del consumidor, la transparencia y la lealtad en el mercado, ya que no se puede explicar la competencia como principio ordenador de la economía de mercado sin referirse a la protección de los consumidores, bien porque la mejor respuesta a la conducta inapropiada de los contratantes no se logra a través de los mecanismos contractuales, sino a través de las acciones de competencia desleal o de publicidad engañosa, que disfrutan de una legitimación procesal activa más amplia que la de aquellos.

Al respecto, PAYET, Marie-Stéphane, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, París, Dalloz, 2001; y GARCÍA VICENTE, *Contratación con consumidores*, *ob. cit.*, p. 1445-47.

³⁷⁵ GARCÍA VICENTE, *ob. cit.*, p. 1445-4

3º El principio de interpretación favorable al consumidor (inc. 3º del art. 4º EC), que, en caso de duda, obliga a adoptar la solución que suponga mayor tutela;

4º El principio de protección de los consumidores, que obliga a elegir, entre las interpretaciones posibles de una norma, aquella que conduzca a una posición más favorable para el consumidor.³⁷⁶

24.1. Derecho del consumo y derecho civil.

La integración de las normas del derecho del consumo al código civil responde a la necesidad de dar un tratamiento sistemático al derecho de obligaciones y contratos, reconociendo ciertos aspectos de la relación de consumo como una variedad del régimen común.³⁷⁷

En el derecho comparado la principal experiencia de esta integración la hallamos en Alemania, donde la ley de modernización del derecho de obligaciones, en vigor desde el 1º de febrero de 2002, derogó algunas leyes que regulaban el derecho de consumo de manera sectorial para incorporarlas al BGB.

El código civil alemán define al consumidor como “*toda persona natural que celebra un negocio jurídico con una finalidad que no guarda relación con su actividad profesional, empresarial o autónoma*” (§13).³⁷⁸

24.2. Derecho contractual del consumo y derecho común de contratos.

En Colombia, las normas de derecho contractual del consumo se hallan dispersas en varias disposiciones legales. Al lado de las contenidas en el estatuto del consumidor, que constituyen el núcleo básico del derecho contractual del consumo, coexisten las normas contenidas en regulaciones sectoriales especiales como la Ley 142 de 1994, sobre servicios públicos domiciliarios, o la Ley 1328 de 2009 sobre consumidor financiero.

Tanto las normas generales del estatuto como las especiales de las regulaciones sectoriales se aplican a las relaciones contractuales surgidas entre consumidores y usuarios, por una parte, y productores, proveedores o expendedores, por la otra (arts. 2º; 5º, 3,5 y 11 EC).

El criterio principal para distinguir los contratos de consumo de los mercantiles y civiles, concebidos estos como relaciones entre iguales, es la existencia de un consumidor como parte débil de la relación y la ajenidad del consumo a todo acto de empresa.

³⁷⁶ Al respecto, SAUPHANOR-BROUILLAUD, Nathalie, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, París, LGDJ, 2000; GARCÍA VICENTE, *Contratación con consumidores*, ob. cit., p. 1449-51; y STOFFEL-MUNCK, *L'abuse dans le contrat*, ob. cit., p. 57-79.

³⁷⁷ CALAIS-AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats*, ob. cit., p. 37.

³⁷⁸ CAMACHO LÓPEZ, *Modelos legislativos en materia de consumo en el derecho comparado*, ob. cit., p. 64.

Por consumidor y usuario se entiende, en efecto, la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, directa o indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros (art. 5º, 3 EC).

Según el estatuto del consumidor, las normas contenidas en el mismo son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual se aplicará esta y suplementariamente las normas establecidas en el estatuto (art. 2º, inc. 2º EC).

EXCURSUS SOBRE LA LLAMADA “CONTRATACIÓN ADHESIVA”

24.bis. Los contratos de adhesión en Colombia.

24bis.1. Los contratos de adhesión en la doctrina colombiana.

El contrato de adhesión constituye un límite a la autonomía de los particulares en la medida en que una parte, no necesariamente la más débil desde el punto de vista económico, ha de plegarse a los términos y condiciones que le impone la otra, sin posibilidad de discutirlos, negociarlos o modificarlos, quedando de esta manera sustituida la determinación bilateral del contenido del contrato por el simple acto de aceptación del adherente.³⁷⁹

La doctrina colombiana ha fijado, como rasgos de los contratos de adhesión, los siguientes:

1º En este tipo de contratos la oferta, dirigida a personas indeterminadas, tiene un carácter general y permanente, presentándose frecuentemente impresa, en forma de contrato-tipo, para que sea aceptada o rechazada en bloque.³⁸⁰

2º Tal oferta emana generalmente de una persona natural o jurídica que goza de un monopolio de hecho o de derecho, o al menos de un gran poder económico, ya en razón de sus propias fuerzas, ya por su unión con otras empresas análogas.³⁸¹

3º Los contratos de adhesión constan de numerosas cláusulas, de difícil lectura, cuidadosamente redactadas en interés de quien hace la oferta, cuya trascendencia no puede ser en la mayor parte de los casos debidamente apreciada por el adherente.³⁸²

4º A diferencia de lo que sucede en los contratos comunes y corrientes, en que las cláusulas y condiciones se discuten, pesan y miden por ambas partes, en los contratos de adhesión se excluye toda discusión entre estas, con evidente menoscabo de la autonomía de la voluntad, pues una de ella elabora, para formular la oferta, un reglamento o estatuto, limitándose la otra a someterse a las condiciones de éste si desea adquirir el bien o servicio que el predisponente está en capacidad de procurar.³⁸³

³⁷⁹ SUESCÚN MONROY, *ob. cit.*, t. I, p. 6.

³⁸⁰ HINESTROSA, *Tratado, ob. cit.*, t. II, p. 427; URIBE HOLGUÍN, Ricardo, *Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos*, Bogotá, Temis, 1970, p. 171.

³⁸¹ HINESTROSA, *Tratado, ob. cit.*, t. II, p. 427.

³⁸² HINESTROSA, *ob. cit.*, t. II, p. 427; URIBE HOLGUÍN, *Ensayos sobre obligaciones y contratos, ob. cit.*, p. 171.

³⁸³ CSJ, Casación del 12 de diciembre de 1936, XLIV, p. 674-84, citada por HINESTROSA, *Tratado, ob. cit.*, t. II, p. 427, nota 4824. El contrato de adhesión se distingue del que se celebra mediante libre discusión en que en aquel una de las partes tiene preparada una oferta inmodificable, que la otra ha de aceptar o rechazar sin posibilidad de contraposición, mientras que en este último el acuerdo de voluntades se forma previa discusión de todas las estipulaciones o de las más importantes.

Ahora bien, la imposición unilateral del contenido del contrato puede dar lugar a distorsiones, abusos e injusticias que exigen la implementación de mecanismos que sirvan para paliar los excesos y restablecer el desequilibrio, y que pueden llegar a restringir y aún suprimir la libertad de contratar a fin de preservar los intereses de la parte débil.³⁸⁴

Los contratos de adhesión, en consecuencia, afectan la autonomía privada en dos sentidos: por una parte porque impiden que el adherente discuta o negocie libremente el contenido del contrato; por la otra, porque los abusos que puede producir este tipo de contratación exigen remedios que restringen o aún suprimen la libertad contractual del predisponente.³⁸⁵

Tales remedios, que suponen una restricción de la autonomía privada, en especial de la libertad para definir el contenido del contrato, y que atenúan las situaciones de desequilibrio o los abusos de los contratos de adhesión, pueden ser establecidos por la ley o ser de carácter administrativo o judicial.³⁸⁶

24.bis.2. Los contratos de adhesión en la jurisprudencia colombiana.

Para la Corte Constitucional, en los contratos de adhesión las partes se obligan mutuamente a través de cláusulas y condiciones que no son discutidas previa y libremente, sino preestablecidas e impuestas por una de ellas y sobre las cuales la otra expresa su aceptación o su rechazo absoluto.³⁸⁷

La tesis de que “cuando no puede discutirse no hay contrato”, es una exageración de ciertos expositores franceses, pues hay contrato porque hay consentimiento, y el consentimiento no supone necesariamente el derecho de discutir. Mientras la oferta pueda aceptarse o rechazarse, la voluntad obra regularmente, lo que no obsta para que obre mejor cuando haya habido discusión.

Al respecto, URIBE HOLGUÍN, *Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos*, ob. cit. p. 171-3. Sin embargo, para este autor, con arreglo a los principios establecidos en los artículos 1618 y 1620 c.c.col., las cláusulas no ambiguas no pueden interpretarse en beneficio de la parte adherente, por desfavorables u odiosas que le resulten (URIBE HOLGUÍN, ob. cit., p. 173).

³⁸⁴ SUESCÚN MONROY, *Derecho privado*, ob. cit., t. I, p. 8.

³⁸⁵ SUESCÚN MONROY, ob. cit., p. 9.

³⁸⁶ Las desigualdades que el contrato de adhesión genera provienen de la sustitución que la parte fuerte hace de las disposiciones supletivas del derecho privado por una reglamentación unilateral que contiene ventajas para dicha parte en detrimento de la otra. Dentro de los remedios legislativos se encuentran los contratos imperativamente regulados por la ley, en la que se fija el precio de bienes o servicios, se establece un régimen mínimo o se prohíben las cláusulas de atenuación o exoneración de responsabilidad del predisponente. El régimen mínimo de responsabilidad sólo puede modificarse para mejorar la situación jurídica de la parte débil, mediante la renuncia, por el prediponente, de defensas o exoneraciones, limitando la libertad de éste en la fijación del contenido del contrato, o haciendo más estricto el grado de su cuidado.

También dentro de los remedios legislativos se encuentra la prohibición de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en general o en los contratos de consumo en particular, bien mediante el establecimiento de una prohibición general de abuso contractual (España y Colombia), bien de una lista legal de cláusulas abusivas, negra o gris.

Al respecto, HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, ob. cit., t. II, p. 185. También los jueces, mediante la interpretación de las normas legales y contractuales, y su aplicación a los casos concretos, pueden evitar o atenuar los desequilibrios y las cláusulas lesivas de los contratos de adhesión. Sobre los remedios administrativos y judiciales, v. SUESCÚN MONROY, *Derecho privado*, ob. cit., t. II, p. 10-22.

³⁸⁷ Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-125 de 1999. Al respecto, SUESCÚN MONROY, *Derecho privado*, ob. cit., t. I, p. 6-8.

Antes de la Ley 1480 de 2011, a falta de una definición legal en los códigos civil o de comercio, la jurisprudencia colombiana señaló las siguientes características de los contratos de adhesión:

1º La imposición unilateral del contenido del contrato;

2º El papel pasivo del adherente, reducido a la simple aceptación o rechazo en bloque de la oferta; y

3º La imposibilidad de discutir sus estipulaciones, expresadas la mayoría de las veces en un formato tipo.³⁸⁸

La jurisprudencia colombiana no ha sido uniforme en cuanto a los alcances de la interpretación judicial de los contratos de adhesión.³⁸⁹

No obstante esta adhesión al esquema predeterminado unilateralmente, la jurisprudencia colombiana ha admitido la existencia de un verdadero contrato, pues, según ella, a pesar de existir un mínimo de voluntad y, por tanto, de consentimiento, el adherente conserva al menos la libertad para contratar o no, para aceptar o rechazar las condiciones impuestas unilateralmente y para escoger a su cocontratante.³⁹⁰

En algunos casos ha precisado el deber de investigar si la cláusula impuesta unilateralmente ha sido verdaderamente aceptada por el adherente, en defecto de lo cual puede el juez descartar la autoridad o validez de la estipulación, sobre todo si ella no guarda armonía con las cláusulas esenciales, que han sido conocidas por los contratantes y aceptadas por éstos.³⁹¹

Respecto de las cláusulas de exoneración de responsabilidad, la jurisprudencia colombiana ha considerado que las mismas son eficaces sólo en la medida en que fueron efectivamente aceptadas por el adherente, sin que pueda presumirse dicha aceptación.³⁹²

³⁸⁸ Casación Civil del 8 de mayo de 1974, citada por SUESCÚN MONROY, *Derecho privado, ob. cit.*, t. I, p. 6, n. 9.

³⁸⁹ SUESCÚN MONROY, *ob. cit.*, t. II, p. 13.

³⁹⁰ Según la Corte Suprema de Justicia, el contrato de adhesión constituye un verdadero contrato pues la ley no exige la previa discusión entre las partes (Casación Civil del 12 de diciembre de 1936 y 15 de diciembre de 1970); y "*mientras el cliente pueda rechazar la oferta, su voluntad actúa a tal punto que al acogerla presta voluntariamente su consentimiento*" (Casación Civil del 29 de agosto de 1980).

Al respecto, SUESCÚN MONROY, *Derecho privado, ob. cit.*, t. I, p. 6, n. 7 y 8.

³⁹¹ Sentencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de 12 de diciembre de 1936, 12 de junio de 1973 y 6 de marzo de 1972. En esta última se sostiene que, respecto de las cláusulas de exoneración de responsabilidad, el juez ha de constatar que las mismas hayan sido efectivamente aceptadas por el adherente, sin que pueda presumirse dicha aceptación.

Al respecto, SUESCÚN MONROY, *Derecho privado, ob. cit.*, t. II, p. 13.

³⁹² SUESCÚN MONROY, *ob. cit.*, t. II, p. 10-1, y las sentencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia citadas en la n. 13.

Aparte de la aceptación de las cláusulas esenciales, extremo al que en principio se limita el control, la jurisprudencia colombiana ha sostenido que para los contratos de adhesión existe un sistema especial de interpretación, caracterizado por los siguientes principios:³⁹³

1º Las cláusulas ambiguas se interpretan en contra de quien las haya redactado, predispuesto o extendido.³⁹⁴

2º La intención de las partes prevalece sobre su tenor literal; y

3º Entre dos cláusulas incompatibles, el juez ha de preferir la que mejor exprese la intención del adherente.³⁹⁵

En conclusión, salvo el tratamiento de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo (art. 42 EC), y los casos expresamente establecidos en la ley en que los jueces pueden modificar una estipulación contractual para ajustarla a la equidad³⁹⁶, la jurisprudencia y doctrina colombianas en general reconocen que un acuerdo particular es válido si no quebranta una norma imperativa en la que esté comprometido el orden público (art. 16 c.c.col.), de manera que si la estipulación contractual no viola disposición imperativa, el juez debe reconocerle validez y fuerza vinculante, declarando su nulidad sin más miramientos en caso contrario.³⁹⁷

El juez debe respetar el acuerdo válidamente celebrado por las partes, el cual no puede alterar, pues es a los contratantes, y no a aquél, a quienes el legislador ha

³⁹³ SUESCÚN MONROY, *Derecho privado, ob. cit.*, t. II, p. 13.

³⁹⁴ El artículo 1624 c.c.col., única disposición de esta obra que que toca con la interpretación del contrato por adhesión, se limita a disponer sobre el particular que "*las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que ha debido darse por ella*".

Sobre la base de que hay consentimiento, jurisprudencia y doctrina parecen estar de acuerdo en que los contratos de adhesión deber ser interpretados a favor de quien ha dado el consentimiento por adhesión, y fundan el concepto en la circunstancia de que la parte adherente debe ser protegida de los abusos de la otra, que ha impuesto condiciones indiscutibles.

Al respecto, URIBE HOLGUÍN, *Ensayos sobre obligaciones y contratos, ob. cit.*, p. 171-3; y SUESCÚN MONROY, *Derecho privado, ob. cit.*, t. II, p. 14.

³⁹⁵ SS CSJ, Sala de Casación Civil de 15 de diciembre de 1970 y 8 de mayo de 1973. En contra de que el contrato de adhesión ha de interpretarse siempre a favor del adherente por hallarse éste en situación de inferioridad, limitando dicho principio al caso de cláusulas ambiguas u oscuras, v. la S CSJ, Sala de Casación Civil de 9 de septiembre de 1977.

Según la Corte, el código civil colombiano no permite que las cláusulas claras sean interpretadas en favor del adherente, debiéndose aceptar como aparecen por ser fiel reflejo de la voluntad de los contratantes, lo que impediría que el juez las modifique (Casación Civil de 29 de agosto de 1980).

Al respecto, SUESCÚN MONROY, *Derecho privado, ob. cit.*, t. II, p. 14; URIBE HOLGUÍN, *Ensayos sobre obligaciones y contratos, ob. cit.*, p. 172; e *infra* Cap. VI.

³⁹⁶ SUESCÚN MONROY, *Derecho privado, ob. cit.*, t. II, p. 15-8.

³⁹⁷ SUESCÚN MONROY, *ob. cit.*, t. II, p. 15.

reconocido un poder creador de derecho, regulador de sus propias relaciones negociales.³⁹⁸

24.bis.3. La definición legal de los contratos de adhesión.

La Ley 1480 de 2011 define el contrato de adhesión como aquel en el que “*las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas ni hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas*” (art. 5º, num.4 EC).

La misma ley establece un mecanismo de protección judicial contra las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (num.1.6 del art. 3º EC), que puede hacerse efectivo ante las Superintendencias Financiera o de Industria y Comercio, según el caso, mediante el ejercicio de la acción prevista en el num.3 del artículo 56 EC.³⁹⁹

Tales procesos, que siguen el trámite del procedimiento verbal sumario (art. 57 EC), suponen un control material o de contenido sobre las cláusulas o condiciones de los contratos de adhesión, como quiera que se trata de definir si las mismas son o no abusivas, de acuerdo con la valoración circunstanciada que se haga de todas las condiciones particulares del contrato (arts. 42 y 43 EC).⁴⁰⁰

En los contratos de adhesión se distinguen dos partes o sujetos: el predisponente, persona natural o jurídica, que ostenta la calidad de profesional o empresario, situado en una posición de superioridad que le permite diseñar e imponer de manera unilateral el contenido de los contratos que celebra individual o masivamente en el mercado, con el propósito de desarrollar su actividad económica.⁴⁰¹

En el otro extremo de la relación se halla el adherente, persona natural o jurídica que pretende la adquisición de bienes o la prestación de los servicios ofrecidos por el predisponente para la satisfacción de sus necesidades personales, familiares o domésticas, bien como destinatario final de los mismos o para incorporarlos en su proceso de producción, transformación o comercialización.⁴⁰²

De esta manera, el adherente, como parte débil de la relación contractual, puede ser un consumidor o un no consumidor (empresario débil), como ocurre en los llamados contratos “*business to business*” (B2B), situación que determina el régimen legal aplicable, pues en el primer caso los contratos quedarán sometidos a las normas especiales contenidas en el estatuto del consumidor, en tanto que en el

³⁹⁸ *ob. cit.*, t. II, p. 15.

³⁹⁹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas*, *ob. cit.*, p. 83-5.

⁴⁰⁰ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 83-5.

⁴⁰¹ POSADA TORRES, Camilo, “*Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano*”, Revista de Derecho Privado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 29, 2015, p. 149.

⁴⁰² POSADA TORRES, *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano*, p. 149; y CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 83-5.

segundo, es decir, cuando se adquieren bienes y servicios con el propósito de incorporarlos a los procesos de producción, transformación o comercialización de los mismos, quedan sometidos al régimen contractual común, civil o comercial.⁴⁰³

⁴⁰³ POSADA TORRES, *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*, ob. cit., 149.

TÍTULO SEGUNDO CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

25. Introducción.⁴⁰⁴

Si bien el empleo de condiciones generales permite el abaratamiento de los costos de transacción al evitar que quien produzca y distribuya en masa bienes y servicios tenga que acudir a la negociación individual del contenido de cada contrato, conlleva, no obstante, el peligro de que tal contenido sea el reflejo exclusivo de los intereses negociales de la parte que detenta el poder de predisposición.⁴⁰⁵

El derecho español establece un punto de equilibrio entre la necesidad del empleo de condiciones generales y la posibilidad de contrarrestar el peligro de un contenido contractual desequilibrado que conlleva esa utilización.⁴⁰⁶

El punto de equilibrio se alcanza otorgando al predisponente la facultad de integrar unilateralmente el contenido del contrato mediante condiciones generales, que se irán incorporando a cada uno de los contratos que se celebren, sin el concurso o el consentimiento del adherente sobre tal contenido predispuesto, en la medida en que se cumplan ciertos requisitos de carácter formal.⁴⁰⁷

Correlativamente a este poder de predisposición, especialmente en los contratos de consumo, una incorporación no transparente de las condiciones generales, o un contenido predispuesto que cause un desequilibrio en perjuicio del consumidor, podrá dar lugar a su control, formal o material, respectivamente, y a la nulidad de las condiciones generales que infrinjan los deberes formales de información o que sean materialmente abusivas.⁴⁰⁸

⁴⁰⁴ BIANCA, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 363 ss; GHESTIN, Jacques, *Traité de Droit Civil, Les Obligations, Le contrat*, París, LGDJ, 1993, num. 75 ss; GENOVESE, Anteo, *Le condizioni generali di contratto*, Padua, Cedam, 1954; ROPPO, Vincenzo, *Contratti standard*, Milán, Giuffrè, 1975; REALMONTE, Francesco, *Condizioni generali di contratto*, Milán, Giuffrè, 1975; NUZZO, Mario, «*Condizioni generali di contratto*», en IRTI, Natalino (ed.), *Dizionario del diritto privato*, Milán, Giuffrè, 1980, p. 157.

v. también, RAISER, Ludwig, *Das Recht der Geschäftsbedingungen*, Bad Hamburg, Gentner, 1961, p. 19; SCHMIDT-SALZER, Joachim, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, Múnich, Beck, 1971; REHBINDER, Manfred, *Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts*, Berlín, Schweitzer Verlag, 1972; SCHULER, Alois, *Über Grund und Grenzen der Geltung von Geschäftsbedingungen*, Berna, 1978; y FEHL, Norbert, «*Systematik des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*», en *Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht*, Band 33, Heidelberg, Verlagsgesellschaft und Wirtschaft mbH, 1979.

⁴⁰⁵ PERTÍÑEZ VILCHEZ, *Contratos de adhesión, ob. cit.*, p. 1585-7. Sobre las función económica y empresarial de las condiciones generales de contratación (racionalización, seguridad jurídica y previsión de costes), v. GARCÍA AMIGO, Manuel, *Condiciones generales de los contratos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, «*Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor*», ADC, 1983, p. 1191-206; y ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, *Las condiciones generales de contratación*, Madrid, Civitas, 1991.

⁴⁰⁶ ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, «*Comentario. Cap. I (Disposiciones generales); Art. 1º (Ámbito objetivo)*», en ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio y MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge (coords.), *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de contratación*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 9-21.

⁴⁰⁷ CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, *Comentarios a la ley de condiciones generales de la contratación, ob. cit.*, p. 88; y PERTÍÑEZ VILCHEZ, *Contratos de adhesión, ob. cit.*, p. 1585-7.

⁴⁰⁸ Con esto el legislador reconoce una fuente de legitimación negocial diferente del consentimiento, pues las condiciones generales, en tanto contenido del contrato, no son fruto del acuerdo de las partes sino de la imposición unilateral de una de ellas, sólo que la validez de ese contenido predispuesto se halla condicionado a la transparencia de su incorporación y a que refleje un equilibrio material de los intereses de ambas partes del contrato.

Fue también en Alemania donde inicialmente el legislador abordó el problema de las condiciones generales de contratación (*Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, AGBG, del 9 de diciembre de 1976), la que, a su vez, sirvió de base a la normativa comunitaria sobre la materia, especialmente a partir de la Directiva del 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.⁴⁰⁹

El anterior hecho fue aprovechado por el legislador español, al trasponer dicha directiva, para expedir la Ley de Condiciones de los Contratos, LCGC, del 13 de abril de 1998, que se aplica, en general, a todos los contratos, no sólo a aquellos en que intervienen consumidores, razón por la que existe, sobre el particular, una concurrencia de regímenes, exceptuándose únicamente los contratos de trabajo, los de constitución de sociedad y los de carácter familiar o sucesorio, así como las condiciones generales cuyo contenido derive de convenios internacionales o de disposiciones legales o administrativas de aplicación obligatoria (art. 4º).⁴¹⁰

La debilidad de los requisitos de incorporación como fuente de legitimación del contenido contractual frente al consentimiento, explica el tratamiento normativo diferenciado de las condiciones generales respecto de la regulación tradicional del contrato, pues la contratación estandarizada supone una quiebra del principio de autonomía de la voluntad.

El derecho general de contratos, y en particular el principio *pacta sunt servanda*, asentado en la libertad y conocimiento de los individuos, eleva a estos en los mejores árbitros de sus propios intereses, por lo que le está vedado al derecho intervenir en la regulación contractual que libre y conscientemente han querido las partes.

En los contratos de adhesión, cuyo contenido no es producto de la voluntad de ambas partes, sino de una de ellas, existe un desequilibrio estructural porque, aparte de las condiciones económicas, es decir, el precio y su relación con el bien o servicio, el adherente no elige libremente la reglamentación del contrato, la que es impuesta exclusivamente por el predisponente.

Por diversas razones, en la contratación estandarizada quien pretende un determinado bien o servicio solo compara el precio y las características de estos entre los ofrecidos en el mercado, pero no las diferentes condiciones generales de contratación empleadas por los distintos empresarios que ofrecen el mismo bien o servicio.

En los contratos de adhesión el precio y su relación con el objeto del contrato resultan plenamente consentidos, aun cuando no hayan sido negociados, toda vez que la decisión de contratar se adopta atendiendo a ellos, en tanto que la reglamentación jurídica del contrato, contenida en las condiciones generales, resulta impuesta porque la selección del adherente no atiende a estos aspectos.

El segmento estrictamente económico del contrato de adhesión, relativo a sus elementos esenciales (el precio y su relación con la contraprestación), es consentido por el adherente, como quiera que la decisión de contratar o no la ha adoptado teniendo en cuenta tales elementos, en tanto que el segmento normativo, expresado en las condiciones generales de contratación, no es el resultado de la autonomía de la voluntad, pues ni siquiera son conocidas por el adherente antes de la celebración del contrato, sino que son impuestas exclusivamente por el predisponente.

En los contratos de adhesión se distinguen dos elementos: uno contractual, que se regula por la teoría de los contratos; el otro no contractual, que se presenta como el reglamento, al que se somete el adherente mediante su aceptación. La fuerza obligatoria del contrato se explica por el acuerdo de voluntades; en tanto que la del reglamento es independiente de este acuerdo.

Faltando el consentimiento del adherente sobre las condiciones generales, no es lógico que se aplique a los contratos de adhesión, sobre todo en los celebrados con consumidores, las normas del derecho general de contratos, asentado en la autonomía de la voluntad y en el principio *pacta sunt servanda*.

Sobre estos aspectos, GAUDEMET, Eugène, *Théorie générale des obligations (Teoría general de la obligaciones*, trad. castellana de Pablo MACEDO, Mexico, Porrúa, 3ª edic., 2000, p. 43 ss), París, Dalloz, 2004 (MAZEAU, Denis, presentador), p. 55; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1585-7.

⁴⁰⁹ DE LOS MOZOS, *El contrato y sus transformaciones*, ob. cit., p. 377-9.

⁴¹⁰ DE LOS MOZOS, ob. cit., p. 378.

Para la eficacia de las condiciones generales se exige no sólo su aceptación, sino también que sean formuladas en términos claros y sencillos, de manera que las ambiguas, oscuras o incomprensibles no quedan incorporadas al contrato (arts. 5º y 7º).

Por otra parte, cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares, prevalecerán éstas sobre aquéllas (art. 6º), siendo nulas las condiciones que contravengan lo dispuesto en la ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva (art. 8º), pudiendo el adherente instar en tales supuestos la declaración judicial de no incorporación al contrato, o de nulidad de las condiciones generales (art. 9º).⁴¹¹

25.1. Plan de exposición.

El siguiente tratamiento de la materia se divide en cinco capítulos: después de repasar los antecedentes foráneos y nacionales de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación, LCGC, en el Capítulo III se analiza el objeto, ámbito de aplicación y contenido de la ley, luego de lo cual, con fundamento en las distintas teorías elaboradas por la doctrina, se indaga por la noción legal, la naturaleza jurídica, las características y los requisitos de las condiciones generales de contratación (Capítulo IV).

Como expresión de los límites y restricciones del principio de intangibilidad del contrato, en el Capítulo V son expuestos los tipos y consecuencias del control de que son objeto las condiciones generales de contratación en los derechos español y colombiano (Capítulo VII), con especial énfasis en el control material o de abusividad, y la nulidad que se deriva de la cláusula o condición declarada abusiva.

Por último, después de los principios de la interpretación jurídica y contractual, en el Capítulo VI se exponen las reglas especiales de interpretación de las condiciones de contratación.

⁴¹¹ En aplicación del principio *favor voluntatis*, la nulidad de la condición general no redundará en la validez del contrato mismo, a no ser que su falta afecte algún elemento esencial de éste, o que el propio contrato no pueda subsistir sin la condición declarada nula (arts. 9º y 10º LCGC).

Al respecto, DE LOS MOZOS, *El contrato y sus transformaciones*, ob. cit., p. 378.

CAPITULO III

LA REGULACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

26. Antecedentes del régimen español vigente sobre condiciones generales de contratación.⁴¹²

Siguiendo una vía intermedia, que tiene en cuenta tanto las particularidades del acto de adhesión como la protección de los consumidores, en España el fenómeno de la contratación no negociada se encuentra regulada en la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de Contratación, LCGC, cuyo ámbito de aplicación son las cláusulas contractuales predispuestas para ser incorporadas a una pluralidad de contratos (art. 1º), con independencia de que el adherente sea un consumidor o un empresario (art. 2º), y en la que se prevé, a modo de cláusula general, una definición de cláusula abusiva, centrada, a su vez, en los conceptos de desequilibrio importante del contrato y buena fe (art. 10 bis), así como una lista de 29 cláusulas abusivas (Disposición adicional primera), que sigue las directrices del Anexo de la Directiva 13/93.⁴¹³

Tanto la cláusula general de abusividad como la lista de cláusulas abusivas de la Ley 7/1998, fueron recogidas por el TRLGDCU (arts. 82 y 83; y 85 a 90, respectivamente), de manera que en el derecho español coexiste una regulación general de las condiciones generales que, como hemos dicho, hace abstracción de que el adherente sea un consumidor o un empresario, al lado de una regulación especial para los contratos celebrados con consumidores, en la que la protección contractual contra cláusulas abusivas se extiende a toda la contratación no negociada (ámbito objetivo de aplicación), es decir, no solo a las condiciones generales previstas para ser incorporadas a una pluralidad de contratos, sino también a las cláusulas no negociadas individualmente (art. 80 TRLGDCU).⁴¹⁴

⁴¹² Sobre la evolución normativa en materia de condiciones generales de contratación en el derecho español, v. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis María, *Comentarios a la ley de condiciones generales de la contratación*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1998; PAGADOR LÓPEZ, Javier, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas, La ley de condiciones generales de contratación*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 1999; Díez-PICAZO/MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, ob. cit.

v. también, ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, «Comentario (Cap. I, Disposiciones generales; Artículo 1º, Ámbito objetivo)», en ARROYO MARTÍNEZ/MIQUEL RODRÍGUEZ, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, ob. cit., p. 19-21; y PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, ob. cit., p. 88.

⁴¹³ ARROYO MARTÍNEZ, *Comentario (Cap. I, Disposiciones generales; Artículo 1º, Ámbito objetivo)*, ob. cit., p. 19-32.

⁴¹⁴ La contratación no negociada puede ser abordada desde la perspectiva de las condiciones generales o desde la óptica de la protección al consumidor: desde la primera perspectiva se toman en cuenta las particularidades de la adhesión como fuente de legitimación negocial frente al consentimiento y, más concretamente, la falta de conocimiento y libertad del adherente respecto de las condiciones generales de contratación.

Dichas particularidades justifican un régimen especial de incorporación, interpretación y validez de las condiciones generales. Es la condición de adherente, más que la de consumidor, la que explica dicho régimen especial, si bien se pueden establecer distintos niveles de protección, según sea el adherente un consumidor o un empresario.

Desde el segundo punto de vista, la reglamentación especial de las cláusulas no negociadas se justifica por la condición de consumidor de una de las partes, más que por las particularidades negociales de la adhesión frente al consentimiento. Esta es la perspectiva seguida por la Directiva 13/1993 sobre cláusulas abusivas, que circunscribe su ámbito objetivo de aplicación a las cláusulas no negociadas individualmente en los contratos celebrados con consumidores, con independencia de que se trate de condiciones que se hayan previsto para ser incorporadas a una pluralidad de contratos (condiciones generales), o sólo a un caso particular (condiciones particulares).

En síntesis, el régimen aplicable a una condición general cuando el adherente sea un empresario será exclusivamente la de la LCGC. Por su parte, el régimen aplicable a una cláusula no negociada individualmente, es decir, que no sea una condición general porque no se haya predispuesto para ser incorporada a una pluralidad de contratos sino a uno solo, en la medida en que el adherente sea un consumidor, será exclusivamente el TRLGDCU.⁴¹⁵

Ahora bien, en los casos de condiciones generales cuyo adherente sea un consumidor, se aplicará tanto la LCGC como el TRLGDCU, según el artículo 59.3 de este último.⁴¹⁶

Ambas normativas legales coinciden en puntos importantes como el control de inclusión, la regla de la interpretación más favorable al adherente, la nulidad de las cláusulas declaradas abusivas y la integración de los vacíos contractuales, el deber de información de notarios y registradores y las acciones de cesación.⁴¹⁷

Sin embargo, el rasgo más importante del sistema español de regulación de la contratación no negociada es la ausencia del control de abusividad para los casos en que el adherente sea un empresario, de modo que el concepto de cláusula abusiva tiene su ámbito propio en la contratación con consumidores.⁴¹⁸

Los contratos con condiciones generales entre empresarios sólo quedan sujetos a las normas sobre incorporación al contrato e interpretación de las condiciones generales.⁴¹⁹

Al respecto, v. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Contratos de adhesión*, *ob. cit.*, p. 1587-8.

⁴¹⁵ Díez-PICAZO/MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, *ob. cit.*, p. 88; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de contratación*, Cizur Menor, Aranzadi, 1999; PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, *ob. cit.*, p. 88; ESPIAU ESPIAU, Santiago (coord.), *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Madrid, Marcial Pons, 1999; y NIETO CAROL, Ubaldo (dir.), *Condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, Lex Nova, 2000.

⁴¹⁶ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Contratos de adhesión*, *ob. cit.*, p. 1588-9.

⁴¹⁷ CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, *Comentarios a la ley de condiciones generales de la contratación*, *ob. cit.*, p. 88; y Díez-PICAZO/MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, *ob. cit.*, p. 22.

⁴¹⁸ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Contratos de adhesión*, *ob. cit.*, p. 1588-9.

⁴¹⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *ob. cit.*, p. 1589.

26.1. Ley alemana sobre condiciones negociales generales (*Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, AGBG), del 9 de diciembre de 1976.⁴²⁰

La Ley del 9 de diciembre de 1976 (AGBG), modificada luego por la de 29 de marzo de 1983, inspiró los dos borradores de Anteproyectos de Ley que, hasta 1989, elaboró la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación e influyó decididamente en los desarrollos legislativos y doctrinales que tuvieron lugar en España hasta la expedición del TRLGDCU.⁴²¹

En su Cap. I, la AGBG definía lo que debe entenderse por condiciones generales de contratación, excluyendo de tal concepto las estipulaciones individualmente negociadas.⁴²²

Para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato, o para que sean parte constitutiva de él, la AGBG exigía del predisponente el cumplimiento de una serie de requisitos relacionados con la transparencia, información y conocimiento del contenido contractual, llamados genéricamente “requisitos de inclusión o incorporación” (*Einbeziehung in den Vertrag*).⁴²³

De esta manera, para que queden incorporadas al contrato, las condiciones generales han de ser conocidas previamente por el adherente, o por lo menos que sobre las mismas este haya tenido la oportunidad real de conocerlas sin una dificultad especial.⁴²⁴

En este sentido, no forman parte del contrato o no se incorporan a él las llamadas cláusulas sorpresivas (*Überraschungsklauseln*), es decir, aquellas cláusulas con las que el adherente no podía razonablemente contar por ser desacostumbradas de acuerdo con las circunstancias particulares de la celebración del contrato.⁴²⁵

⁴²⁰ GARCÍA AMIGO, Manuel, “La ley alemana occidental sobre condiciones generales”, Revista de Derecho Privado, vol. 62, núm. 5, 1978; REHBINDER, *Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts*, ob. cit., p. 88; RAISER, *Das Recht der Geschäftsbedingungen*, ob. cit., p. 19 y 109; SCHMIDT-SALZER, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, ob. cit., p. 88; SCHULER, *Über Grund und Grenzen der Geltung von Geschäftsbedingungen*, ob. cit., p. 58; y FEHL, *Systematik des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, ob. cit., p. 88.

⁴²¹ Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 67. Desde finales del siglo XIX, con sucesivas leyes entre las que sobresale la AGBG de 1976, el derecho alemán tomó la delantera en el propósito de “remediar los abusos de la libertad contractual en las situaciones de desequilibrio económico” [KULL, Annette, «L’intégration du droit de la consommation dans le BGB», en WITZ, Claude y RANIERI, Filippo (dirs.), *La réforme du droit allemand des obligations*, París, Société de Législation Comparée, 2005, p. 121 ss, citada por HINESTROSA, *Tratado*, ob. cit., t. II, p. 194, nota 4199).

⁴²² Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 67; y RAISER, *Das Recht der Geschäftsbedingungen*, ob. cit., p. 19 y 109; y SCHULER, *Über Grund und Grenzen der Geltung von Geschäftsbedingungen*, ob. cit., p. 58.

⁴²³ GARCÍA AMIGO, *La ley alemana occidental sobre condiciones generales*, ob. cit., p. 384; y REHBINDER, *Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts*, ob. cit., p. 88.

⁴²⁴ Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 67; RAISER, *Das Recht der Geschäftsbedingungen*, ob. cit., p. 19 y 109; y SCHULER, *Über Grund und Grenzen der Geltung von Geschäftsbedingungen*, ob. cit., p. 58.

⁴²⁵ Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 67.

La AGBG, por otra parte, formulaba la regla de la prevalencia de las condiciones particulares o especialmente convenidas sobre las generales, así como la regla de la interpretación en perjuicio del predisponente en caso de duda u oscuridad de las cláusulas o condiciones impuestas por este (§ 4 y 5).⁴²⁶

Igualmente, dicha ley establecía, como desarrollo del principio de conservación del contrato, la nulidad o ineficacia de las condiciones generales declaradas abusivas, dejando incólumes las demás cláusulas que no fueran objeto de tal declaración, así como una regla de integración de la parte nula o ineficaz, que dejaba de operar en los casos en que la integración fuera insostenible para cualquiera de las partes o para ambas.⁴²⁷

En el Cap. II, la AGBG regulaba lo que se conoce como “control de contenido” (*Inhaltskontrolle*), aplicable a las condiciones generales que supusieran, en contra de la buena fe, un perjuicio desproporcionado o inequitativo al adherente.⁴²⁸

Tal desproporción o inequidad era presumida por la ley en los casos en que el contenido derivado de las condiciones generales fuera incompatible con los principios de la regulación legal de la que aquellas se desviaran, o limitaran de tal modo los derechos y deberes esenciales del contrato, resultantes de su propia naturaleza, que pongan en peligro el logro de la finalidad de éste.⁴²⁹

Por último, la AGBG establecía una lista de cláusulas consideradas abusivas.⁴³⁰

26.2. La Ley 50 de 8 de octubre de 1980, sobre el contrato de seguro, LCS.

De manera especial, el artículo 3º de esta ley reguló lo relacionado con la “interdicción de la abusividad” de las condiciones generales de los contratos de seguros, en virtud de la cual estas en “ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados”, aunque sin indicar ningún criterio que permitiera precisar lo que debía entenderse por lesividad de las condiciones generales, concepto éste que la jurisprudencia española redujo al principio de la interpretación *contra stipulatorem* con base en el artículo 1288 c.c.esp.⁴³¹

La LCS estableció, además, un mandato de inclusión de las condiciones generales en el texto contractual, en la póliza del contrato o en un documento complementario,

⁴²⁶ RAISER, *Das Recht der Geschäftsbedingungen*, ob. cit., p. 19 y 109; y SCHULER, *Über Grund und Grenzen der Geltung von Geschäftsbedingungen*, ob. cit., p. 58.

⁴²⁷ *Fundamentos*, ob. cit., p. 67.

⁴²⁸ REHBINDER, *Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts*, ob. cit., p. 10.

⁴²⁹ Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 66-7; RAISER, *Das Recht der Geschäftsbedingungen*, ob. cit., p. 19 y 109; y SCHULER, *Über Grund und Grenzen der Geltung von Geschäftsbedingungen*, ob. cit., p. 58.

⁴³⁰ SCHMIDT-SALZER, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, ob. cit., p. 88; y FEHL, *Systematik des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, ob. cit., p. 88.

⁴³¹ Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 67.

aunque sin establecer especiales requisitos de incorporación, así como que ese texto debía estar suscrito por el asegurado en la copia que se le debía entregar.⁴³²

Por otra parte, las condiciones del contrato, tanto las generales como las particulares, debían redactarse de forma clara y precisa y aceptarse de manera especial por el asegurado cuando limitaran sus derechos.⁴³³

En síntesis, eran requisitos de incorporación o inclusión en el seguro la suscripción por el asegurado del texto del contrato, la entrega de una copia de éste, su redacción de forma clara y precisa y la necesidad de destacar las limitaciones que el asegurador estableciera de los derechos del adherente.

Por último, la ley sometía las condiciones generales de los contratos de seguro a la vigilancia de la administración pública, la que podía obligar a los aseguradores a modificar las cláusulas contenidas en sus pólizas cuando el Tribunal Supremo hubiere declarado la nulidad de alguna de ellas.⁴³⁴

26.3. La Ley General para la Defensa de los Derechos de los Consumidores y Usuarios de 1984, LGDCU.

La regulación contenida en esta ley sólo era aplicable a los contratos celebrados con consumidores.⁴³⁵

Establecía la regla de la nulidad parcial de las condiciones generales y de la interpretación *contra proferentem* y un control abstracto de contenido en manos de las asociaciones de consumidores y usuarios.⁴³⁶

Había también en esta ley normas relativas a la inclusión o incorporación, sujeta a la comprensión, claridad y sencillez de la redacción de las condiciones generales y a la entrega de copia o documento acreditativo de la operación.⁴³⁷

La LGDCU contenía, además, normas sobre control de contenido y abusividad contractual, así como una definición de cláusulas abusivas, concebidas como aquellas estipulaciones que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores y usuarios, combinada con la idea de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones del contrato.⁴³⁸

⁴³²DÍEZ-PICAZO, *ob. cit.*, p. 67.

⁴³³ *ob. cit.*, p. 67.

⁴³⁴ *ob. cit.*, p. 68.

⁴³⁵ ARROYO MARTÍNEZ, *Comentario (Cap. I, Disposiciones generales; Artículo 1º, Ámbito objetivo)*, *ob. cit.*, p. 20-1.

⁴³⁶ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 68-9.

⁴³⁷ DÍEZ-PICAZO, *ob. cit.*, p. 68-9.

26.4. Las condiciones generales en la Directiva 93/13/CEE.⁴³⁹

Por la necesidad de adoptar normas para establecer progresivamente el mercado europeo y la libre circulación de mercaderías y servicios, dada la disparidad entre las legislaciones de los Estados miembros, en especial en lo relativo a cláusulas de contratos celebrados entre vendedores de bienes y prestadores de servicios, por una parte, y los adquirentes y usuarios de los mismos, por la otra, lo que daba lugar a que los mercados nacionales fueran diferentes y se produjeran distorsiones en la competencia, el Consejo de la Comunidad Europea expidió esta norma de armonización parcial, limitada a las cláusulas contractuales que no hubieran sido objeto de negociación individual, dejando a los Estados miembros la posibilidad, dentro del marco de cada legislación, de ampliar el contenido de protección del consumidor respecto de la contenida en esta Directiva.⁴⁴⁰

La Directiva 93/13/CEE contiene una regulación sucinta de las condiciones generales, a pesar de que su objeto de regulación no fueran estas, sino las cláusulas abusivas establecidas por el empresario predisponente en los contratos celebrados con consumidores, así como los criterios de acuerdo con los cuales debe enjuiciarse la abusividad en cada caso concreto, concepto aquél más amplio como quiera que comprende también las estipulaciones contenidas en la contratación predispuesta celebrada con consumidores sin que existan condiciones generales.⁴⁴¹

Respecto del ámbito subjetivo de aplicación, la Directiva se dirige a las cláusulas de contratos celebrados entre profesionales y consumidores, excluyendo de dicho ámbito al adquirente de bienes y servicios cuando este no es un consumidor, así como a quien los transfiere sin ser profesional.⁴⁴²

Por profesional entiende la Directiva a la persona física o jurídica que en los contratos de consumo actúa dentro del marco de su actividad empresarial, ya sea esta pública o privada.⁴⁴³

El ámbito objetivo de aplicación de la Directiva, por otra parte, lo constituyen las cláusulas de los contratos de consumo que no se hayan negociado individualmente, es decir, aquellas cuyo contenido haya sido predispuesto por el profesional y que el

⁴³⁸ *ob. cit.*, p. 69

⁴³⁹ Sobre los rasgos característicos de esta Directiva, su ámbito de aplicación y los controles de inclusión y contenido establecidos en la misma, v. PAGADOR LÓPEZ, Javier, *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 1998; e *Id.*, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, *ob. cit.*, p. 65-83.

⁴⁴⁰ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, *ob. cit.*, p. 68-9; y ARROYO MARTÍNEZ, *Comentario (Cap. I, Disposiciones generales; Artículo 1º, Ámbito objetivo)*, *ob. cit.*, p. 21.

⁴⁴¹ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 70.

⁴⁴² DíEZ-PICAZO, *ob. cit.*, p. 70.

⁴⁴³ *ob. cit.*, p. 70-1.

consumidor no haya influido en él, idea que se remite al momento de preparación del contrato y que la Directiva refuerza con una serie de presunciones como la que se establece cuando el profesional afirme que una cláusula concreta ha sido negociada individualmente, en cuyo caso aquél soportará la carga de probar tal negociación, so pena de presumirse que esta jamás existió; así como la que entiende que no ha habido negociación individual cuando la pre-redacción de las cláusulas del contrato ha sido efectuada por el profesional.⁴⁴⁴

Por otra parte, el hecho de que existan cláusulas negociadas individualmente no supone la negociación de todo el contrato, lo que, en consecuencia, no excluye la aplicación de la Directiva.⁴⁴⁵

Al igual que la AGBG de 1976, la Directiva 93/13/CEE establece la regla de la ineficacia o no vinculación de las cláusulas abusivas, definidas estas por los conceptos desequilibrio significativo y violación de la buena fe: son abusivas las cláusulas no negociadas individualmente que produzcan, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones derivados del contrato, que constituya, además, una contravención de la buena fe.⁴⁴⁶

En cuanto a la coordinación de los requisitos de equilibrio contractual y buena fe, debe entenderse que un desequilibrio contractual, por más importante que sea, no conduce por sí mismo a la abusividad de la cláusula o condición que lo produce si, al mismo tiempo, no es contrario a la buena fe.⁴⁴⁷

En referencia a la norma de decisión que se puede obtener en el proceso de su concreción normativa, la buena fe ha de apreciarse en sentido objetivo. Para el profesional es objetivo un modelo de comportamiento leal y, para el consumidor, el conjunto de expectativas que los consumidores, de forma razonable, se puedan formar del tipo contractual propuesto.⁴⁴⁸

La Directiva, por lo demás, no trata de corregir los déficits económicos de los contratos, pues parte de la idea de que la libre competencia es suficiente para que los consumidores, adecuadamente informados, evalúen correctamente las propuestas del mercado, por lo que la apreciación del carácter abusivo de sus cláusulas no se refiere al objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre el precio y la retribución, por una parte, y los bienes y servicios que han de proporcionarse como contrapartida, por la otra.

⁴⁴⁴ *ob. cit.*, p. 71; y ARROYO MARTÍNEZ, *Comentario*, *ob. cit.*, p. 21.

⁴⁴⁵ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 71.

⁴⁴⁶ PAGADOR LÓPEZ, *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, *ob. cit.*, p. 88; y DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, *ob. cit.*, p. 71.

⁴⁴⁷ DíEZ-PICAZO, *ob. cit.*, p. 71.

⁴⁴⁸ PAGADOR LÓPEZ, *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, *ob. cit.*, p. 88; y DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 71.

No existe, por tanto, abusividad en materia de precios ni tampoco respecto de la calidad de los bienes y servicios objeto del contrato, pues la Directiva se dirige exclusivamente a corregir el déficit jurídico o normativo del mismo, es decir, al conjunto de derechos y obligaciones de las partes.⁴⁴⁹

Por otra parte, el juicio de abusividad no puede hacerse tomando aisladamente la cláusula de que se trate, con abstracción del resto del contenido del contrato, pues la propia Directiva establece que el carácter abusivo se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias que concurran en el momento de su celebración, así como las demás cláusulas del mismo, o las de otros contratos con los cuales aquel guarde alguna conexión.

Una consideración conjunta del contrato, en efecto, puede conducir a un resultado distinto de aquel a que se llega si se considera cada una de sus cláusulas de manera aislada, pues el déficit de derechos del consumidor en un punto concreto puede hallarse compensado mediante la atribución de derechos paralelos en otros aspectos del contrato; o bien porque la relación entre el objeto del contrato y el precio en la economía de aquél justifica que ciertas exoneraciones de responsabilidad del predisponente puedan considerarse no abusivas.⁴⁵⁰

La Directiva acoge la regla de la *interpretatio contra stipulatorem* (art. 1288 c.c. esp.), así como la de la ineficacia de las cláusulas abusivas, sin que este efecto alcance, siempre que ello sea posible, al contrato considerado como unidad.

La Directiva recoge también tanto el control concreto como el denominado control abstracto. En el primero, el consumidor pone en marcha la acción cuando la cláusula contractual ha de ser aplicada a un supuesto en el que él se vea involucrado. El control abstracto, en cambio, se lleva a cabo por personas o entidades especialmente legitimadas para ello sin tener en consideración su aplicación a un determinado supuesto concreto.⁴⁵¹

Tal medio permite que personas y organizaciones que tengan interés legítimo en la protección de los consumidores acudan a los órganos judiciales o administrativos con el fin de que estos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, son abusivas y se apliquen los medios adecuados para cesar los efectos de las mismas.

La Directiva se cierra, además, con una lista indicativa de supuestos que, atendidas las circunstancias del caso concreto, pueden ser considerados abusivos. En otras palabras, se trata, no de un elenco de cláusulas irremediabilmente abusivas (lista

⁴⁴⁹ DíEZ-PICAZO, *ob. cit.*, p. 71-2.

⁴⁵⁰ *ob. cit.*, p. 71-2.

⁴⁵¹ PAGADOR LÓPEZ, *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, *ob. cit.*, p. 88; y DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 72.

negra), sino de un índice de casos que pueden ser abusivos una vez aplicados los criterios de abusividad señalados en la propia Directiva (lista gris).⁴⁵²

Las cláusulas que conforman tal elenco tienen un carácter meramente indicativo o no exhaustivo, de modo que los jueces pueden declarar la abusividad de otros supuestos no contemplados en la lista.⁴⁵³

27. Objeto, ámbito objetivo de aplicación y contenido de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación, LCGC.

Como hemos dicho, el objeto de esta ley fue transponer, al derecho interno español, la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como dotar a las condiciones generales de una regulación propia como fenómeno global y autónomo, por fuera del estricto marco de la protección contractual de los consumidores.⁴⁵⁴

En consonancia con lo anterior, el articulado de la ley se destina a regular las condiciones generales en todo tipo de convenios, entendiéndose por tales las cláusulas predispuestas e incorporadas exclusivamente por una de las partes a una pluralidad de contratos (art. 1.1.).

Para la aplicación de la ley basta que el predisponente sea un profesional, siendo irrelevante la condición personal del adherente, de modo que comprende la contratación entre profesionales (B2B), como la contratación entre un profesional y un consumidor (B2C).

La ley, sin embargo, no establece un sistema general de control del contenido contractual, limitando la fiscalización de la abusividad al ámbito exclusivo de la contratación con consumidores (art. 8º).⁴⁵⁵

El artículo 8.2, en efecto, sanciona en particular la nulidad de las condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, con la consiguiente inaplicación de la sanción de nulidad a las posibles cláusulas abusivas de los contratos celebrados entre profesionales, que no tendrán más protección que la prevista por el derecho común (art. 6.3 c.c.esp.).

Acotado de esta forma su ámbito de aplicación, la ley se centra en establecer los requisitos que han de cumplir las condiciones generales para reputarse válidamente incorporadas al contrato (arts. 5º y 7º), las reglas de interpretación a que han de

⁴⁵² DíEZ-PICAZO, *ob. cit.*, p. 72.

⁴⁵³ *ob. cit.*, p. 72-3.

⁴⁵⁴ DíEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de derecho civil, ob. cit.*, p. 74-7; y ARROYO MARTÍNEZ, *Comentario (Cap. I, Disposiciones generales; Artículo 1º, Ambito objetivo)*, *ob. cit.*, p. 21-3.

⁴⁵⁵ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor, ob. cit.*, p. 42.

someterse (art. 6º), así como los efectos negociales que se derivan de lo dispuesto en la propia ley (arts. 8º a 10º).⁴⁵⁶

La finalidad de estas normas es garantizar al adherente la posibilidad efectiva de conocer la existencia y el contenido del clausulado antes de la conclusión del contrato, para lo cual se exige su entrega o facilitación física y su comprensibilidad intelectual, salvando la validez de las cláusulas ambiguas cuando sean susceptibles de una interpretación favorable al adherente.⁴⁵⁷

La LCGC, por otra parte, regula las consecuencias de su incumplimiento, estableciendo su régimen de ineficacia (no incorporación y nulidad) y los diversos mecanismos de tutela abstracta y preventiva, tanto judicial (acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa), como extrajudicial (Registro de Condiciones Generales de Contratación, RCGC, y la labor de información encomendada a notarios y registradores).

Por último, tras su articulado, la LCGC dedicó sus disposiciones adicionales a la reforma de la LGDCU, con el propósito de adaptarla a las exigencias de la Directiva 93/13/CEE.⁴⁵⁸

⁴⁵⁶ CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 42.

⁴⁵⁷ PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales*, *ob. cit.*, p. 88.

⁴⁵⁸ ARROYO MARTÍNEZ, *Comentario (Cap. I, Disposiciones generales; Artículo 1º, Ámbito objetivo)*, *ob. cit.*, p. 21-3.

CAPÍTULO IV

CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

28. Concepto.

Las condiciones generales de contratación son las cláusulas, estipulaciones o disposiciones uniformes (*rectius*: el contenido del contrato), que un sujeto, llamado predisponente, impone unilateralmente a otros, llamados adherentes, destinadas a regular la serie indefinida de sus relaciones contractuales.⁴⁵⁹

28.1. La noción legal de condiciones generales de contratación.⁴⁶⁰

En el derecho español, por condiciones generales se entienden las cláusulas predispuestas, es decir, no negociadas individualmente, cuya incorporación al contrato es impuesta por una de las partes (llamada predisponente), con independencia de la autoría material de las mismas, pues pueden provenir de un tercero, redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos (LGDCU, art. 1º).⁴⁶¹

29. Naturaleza jurídica de las condiciones generales de contratación.

Se trata en este punto de saber cuál es el fundamento jurídico de las condiciones generales de contratación, es decir, cuál es la base de su validez o por qué razón las cláusulas que un contratante impone a su contraparte son vinculantes como contenido normativo del contrato.⁴⁶²

Al respecto, existen dos explicaciones alternativas: una que fundamenta la validez de las condiciones generales en su carácter normativo (las condiciones generales vinculan porque son normas); y otra que fundamenta dicha obligatoriedad en su carácter contractual como cualquiera otra cláusula del contrato.⁴⁶³

⁴⁵⁹ GENOVESE, Andrea, *Le condizioni generali di contratto*, Padua, Cedam, 1954; BIANCA, Cesare Massimo, *Derecho civil*, 3, *El Contrato* (HINESTROSA, Fernando y CORTÉS Edgar, trads.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 363-5; *Id.* (a cura di), *Le condizioni di contratto*, Milán, I, 1979; y II, 1981; PATTI, Salvatore., *Le condizioni generali di contratto*, Padua, Cedam, 1996; DE NOVA, Giorgio, «*Le condizioni generali di contratto*», en RESCIGNO, Pietro, *Trattato di diritto privato*, X, *Obbligazioni e contratti*, t. 2, Turín, Utet, 1997, p. 127; y CESARO, Ernesto (a cura di), *Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza*, Padua, Cedam, I, 1989; II, 1993; y III, 1997.

⁴⁶⁰ ARROYO MARTÍNEZ, *Comentario (Cap. I, Disposiciones generales; Artículo 1º, Ámbito objetivo)*, *ob. cit.*, p. 23-4; y PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales*, *ob. cit.*, p. 88.

⁴⁶¹ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus-Jochen, «*Las cláusulas individuales no negociadas y la teoría de las condiciones de la contratación*», en GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel y MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Murcia, Universidad de Murcia, 2004, p. 75-96; e *Id.*, *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales, Una perspectiva española y europea*, Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2009.

⁴⁶² PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales*, *ob. cit.*, p. 88.

⁴⁶³ Díez-PICAZO, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 88; ARROYO MARTÍNEZ, *Comentario (Cap. I, Disposiciones generales; Artículo 1º, Ámbito objetivo)*, *ob. cit.*, p. 24-5; PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales*, *ob. cit.*, p. 88; y CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de contratos*, Pamplona, Aranzadi, 2010, p. 771-2

29.1. Teorías normativistas.⁴⁶⁴

Las teorías normativistas afirman que las condiciones generales son normas, independientemente de que hayan sido consentidas por el adherente, de la misma manera como son vinculantes las normas jurídicas supletorias (derecho dispositivo), que pasan a formar parte del contrato o integran el contenido de éste si las partes no han excluido su aplicación (art. 1258 c.c. esp.).⁴⁶⁵

Las más antiguas teorías normativistas consideran a las condiciones generales como usos o normas de derecho consuetudinario (GARRIGUES,⁴⁶⁶ por ejemplo), en tanto que las concepciones más elaboradas las asimilan a otras regulaciones propias del derecho corporativo, como los estatutos de organizaciones sociales (sociedades mercantiles, asociaciones, entre otras).⁴⁶⁷

A pesar de que el predisponente carece de un poder normativo, en la práctica actúa como si lo tuviera (*private Lawmaking power*).⁴⁶⁸

Además de su función racionalizadora de los procesos negociales, la eliminación de riesgos y la disminución de costos, con la formulación abstracta e impersonal de las condiciones generales, el predisponente aspira a conservar y ampliar su poder de negociación, lo que supone una innegable similitud entre las condiciones generales y el derecho legislado;⁴⁶⁹ entre el predisponente y el legislador, que permite al

⁴⁶⁴ En general, sobre el problema del carácter normativo de los actos de autonomía privada, v. FERRI, *La autonomía privada*, ob. cit., p. 10 ss.

⁴⁶⁵ A propósito de la responsabilidad contractual por incumplimiento, sostiene KELSEN que una conducta puede considerarse contraria a lo convenido sólo en tanto el sentido subjetivo del acto que configura un negocio jurídico es una norma. La expresión "negocio jurídico", agrega, sirve para designar tanto el acto productor de la norma, como la norma producida por el acto.

En un contrato acuerdan las partes el deber de comportarse recíprocamente de determinada manera, y este deber es el sentido subjetivo del acto en que se da el negocio jurídico, pero también ese acto es un hecho productor de normas jurídicas (sentido objetivo), en tanto y en cuanto el orden jurídico otorgue a ese hecho esa calidad, y se la otorga en tanto hace de la realización del hecho del negocio, junto con una conducta contraria a él, condición de una sanción civil.

Al establecer el orden jurídico al negocio como un hecho productor de derecho, autoriza a los individuos sujetos a éste a regular sus relaciones recíprocas, en el marco de las normas jurídicas generales producidas por vía de legislación o costumbre, por las normas que son producidas mediante el negocio jurídico.

Estas normas convencionalmente producidas, no estatuyen sanciones, sino una conducta cuyo opuesto es la condición de la sanción estatuida por las normas jurídicas generales [KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* (Roberto VERNENGO, trad.), México, Porrúa, 2009, p. 264-6].

⁴⁶⁶ GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, t. I, Bogotá, Temis, 1987, p. 88.

⁴⁶⁷ VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Buenos Aires, Universidad, 1984, p. 36; y PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge, "Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas", *Revista de Derecho Privado*, 17, Bogotá, Universidad de los Andes, 1986, p. 73-124.

⁴⁶⁸ Al respecto, SNYDER, David, "Private Lawmaking", *Ohio State Law Journal*, vol. 64, 2003, p. 404. SRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.397301>. v. también, sobre este aspecto, BIANCA, Cesare Massimo, *Le autorità private*, Nápoles, Jovene, 1977; y RIZZO, Vito, *Condizioni generali di contratto e predisposizioni normativa*, Nápoles, Esi, 1983.

⁴⁶⁹ Para los problemas que, desde el punto de vista de su legitimidad democrática y constitucional, supone la consideración del predisponente como "legislador privado", y a las condiciones generales de contratación como "derecho paralelo", v.

primero, por medio de las condiciones generales, crear, como legislador privado (*privater Gesetzgeber*), una especie de derecho paralelo.⁴⁷⁰

29.2. Teorías contractualistas.

Las doctrinas contractualistas, por su parte, consideran que las condiciones generales vinculan, al igual que las demás cláusulas del contrato, porque han sido aceptadas por el adherente.

Sin embargo, la adhesión a cláusulas predisuestas no tiene el mismo valor que el consentimiento contractual, ni de la aceptación de los elementos esenciales, precio y prestación, se sigue necesariamente el consentimiento del clausulado predispuesto.

La aceptación sin reserva de los elementos esenciales del contrato normalmente constituye un consentimiento válido, pero no la adhesión a las condiciones predisuestas, la cual no es por sí misma suficiente para considerar que el adherente quiso real y libremente las cláusulas y condiciones a las que adhiere.

Cuando un consumidor celebra un contrato con un empresario para la adquisición de un bien o servicio, puede afirmarse que toma una decisión libre o realiza un acto de autodeterminación respecto de los elementos esenciales del contrato, precio y contraprestación pactados, pero no consiente realmente cuando se adhiere a las demás condiciones predisuestas que acompañan a los elementos esenciales. Se trata de un acto meramente voluntario, no de un acto de auto-determinación.⁴⁷¹

KESSLER, *Contracts of Adhesion-Some Thoughts about Freedom of Contract*, *ob. cit.*, p. 640; SLAWSON, W. David, "Standard Form Contracts and Democratic Control of Power", *Harvard Law Review*, vol. 84, 3, 1971, p. 530; y RAKOFF, *Contracts of Adhesion: an essay in reconstruction*, *ob. cit.*, p. 1210.

⁴⁷⁰ A este respecto, RAISER, *Das Recht der Geschäftsbedingungen*, *ob. cit.*, p. 19; SCHMIDT-SALZER, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, *ob. cit.*, p. 13; y FEHL, *Systematik des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, *ob. cit.*, p. 67.

⁴⁷¹ Cuando un consumidor contrata un producto o un servicio, existe autodeterminación y verdadero consentimiento respecto del producto y el precio, pero existe un acto meramente voluntario o no libre respecto de la aceptación de las condiciones predisuestas. La celebración voluntaria del intercambio debe calificarse como un acto de autodeterminación en cuanto a que los contratantes tenían otras alternativas a su disposición y, al contratar, han optado por una determinada.

Un contrato constituye un acto de libre determinación cuando el sujeto celebra voluntariamente el contrato siempre que tuviera como alternativa razonablemente disponible la de no contratar. La existencia de competencia garantiza que la renuncia a contratar sea una alternativa razonablemente disponible.

Al respecto, ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación», en Díez-PICAZO/MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, *ob. cit.*, p. 79-83.

30. Características de las condiciones generales de contratación.⁴⁷²

30.1. Obligatoriedad de las condiciones generales.

Las condiciones generales sólo pueden adquirir fuerza obligatoria como contenido de cada contrato particular y concreto. No tienen otro valor que el que les confiere el contrato de cuyo contenido forman parte.

De esta manera, en los casos en que las condiciones generales no se incorporan al documento contractual, el predisponente que pretenda su aplicación deberá probar que el adherente las conoció y aceptó expresamente.⁴⁷³

En otros términos, las condiciones generales vinculan a los adherentes si se demuestra su conocimiento y su aceptación, circunstancia que, por tanto, no puede ser ni supuesta ni presumida.⁴⁷⁴

30.1.1. Empresario predisponente.

Para que una cláusula predispuesta tenga el carácter de condición general, el predisponente ha de tener la condición de empresario o profesional, es decir, de persona física o jurídica, que actúe en el marco de una actividad empresarial o profesional, sea pública o privada.

30.1.2. Límites a la facultad de predisposición e imposición de condiciones generales.

Las condiciones generales, como contenido contractual uniforme, preestablecido o predispuesto por una de las partes, sin que exista posibilidad de discusión o modificación, aunque cumplen una función económica plausible (la racionalización de las operaciones comerciales y la reducción de costos, favorable en algunos casos al propio adherente), por el abuso que ellas potencialmente propician, requieren de los correspondientes límites, como sucede con el control formal de incorporación y el control material de abusividad.

Los contratos de adhesión a condiciones generales, como puede ocurrir con los celebrados con consumidores mediante la supresión o disminución de sus

⁴⁷² GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, ob. cit., p. 88; ROPPO, *Contratti standard*, ob. cit., p. 88; REALMONTE, *Condizioni generali di contratto*, ob. cit., p. 3-49; NUZZO, *Condizioni generali di contratto*, ob. cit., p. 157; y NIEMEYER, Karl-Heinz, *Les contrats d'adhésion dans les pays industrialisés*, Ginebra, Librairie Droz, 1999.

⁴⁷³ NIEMEYER, *Les contrats d'adhésion dans les pays industrialisés*, ob. cit., p. 88.

⁴⁷⁴ Algunos autores atribuyen valor normativo a las condiciones generales partiendo de que las mismas constituyen usos mercantiles y en el carácter normativo que a tales usos la ley reconoce, lo que explicaría que los adherentes queden sometidos a las condiciones generales aunque no las hayan conocido.

Sin embargo, el problema de la obligatoriedad de las condiciones generales ha sido resuelto desde el momento en que el legislador ha optado por proteger los derechos de los consumidores y adherentes (requisitos de incorporación, control de contenido, entre otros), de modo que sólo las condiciones generales que cumplen los requisitos de ley, pasan a integrar el contenido del contrato o a formar parte de él (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 450).

derechos, colocan a estos en una situación de inferioridad respecto del predisponente, lo que justifica la intervención tuitiva del legislador a través de interdicciones de abuso o lesividad (arts. 1º; 3º, 1.6 EC,) y, en general, de normas indisponibles de orden público (art. 4º EC), singularizadas por el juez en cada caso concreto, atendiendo la naturaleza del bien o servicio objeto del contrato, las circunstancias de su celebración, las demás cláusulas del mismo o los demás contratos del que aquel dependa.

La facultad de configuración unilateral del contenido del contrato en cabeza del predisponente se corresponde, como contrapartida, con las reglas de interpretación *contra stipulatorem* (*interpretatio contra proferentem*), la prevalencia de la interpretación más favorable al adherente (o consumidor, según el art. 4º, inc. 3º EC), los deberes de claridad, información y demás requisitos de incorporación, la revisión administrativa de las condiciones generales, el control de su contenido y el registro público de las cláusulas consideradas abusivas o la ineficacia de éstas.

31. Requisitos de las condiciones generales.

De acuerdo con lo anterior, los requisitos para calificar una cláusula predispuesta como condición general de contratación son, cumulativamente, los siguientes:⁴⁷⁵

31.1. Contractualidad de las condiciones generales.

La validez de las condiciones generales es contractual y no normativa en el sentido de que proviene de las declaraciones de voluntad de las partes del contrato: el acto de predisposición del profesional o empresario (preparación e imposición), y el de adhesión del adherente (rechazo o aceptación).⁴⁷⁶

En ese sentido, las condiciones generales tienen carácter contractual y valen como declaración de las partes, al margen de las fuentes de integración normativa.

Sin embargo, la fuente de legitimación negocial de los contratos de adhesión a condiciones generales no es el consentimiento, sino el cumplimiento de los requisitos formales de incorporación establecidos en la ley.⁴⁷⁷

En otras palabras, la contractualidad de las condiciones generales (como parte integrante del contenido del contrato), no permite afirmar que la obligatoriedad de las mismas derive del consentimiento de las partes, sino del cumplimiento de los requisitos de incorporación previstos en la ley.⁴⁷⁸

⁴⁷⁵ ARROYO MARTÍNEZ, *Comentario (Cap. I, Disposiciones generales; Artículo 1º, Ámbito objetivo)*, ob. cit., p. 24.

⁴⁷⁶ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 83-8.

⁴⁷⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1590.

⁴⁷⁸ Las condiciones generales están llamadas a ser parte, como segmento predispuesto, del contenido del contrato perfeccionado por el consentimiento de las partes sobre un objeto y su contraprestación (causa). La función de las condiciones generales es dotar al contrato de un programa normativo (reglamentario), aunque dicho programa no brote de las fuentes

31.2. Predisposición (preparación unilateral).⁴⁷⁹

Este requisito se refiere a la necesidad de que las condiciones generales hayan sido preparadas con anterioridad a la conclusión del contrato al que se incorporan, ya sea por el propio predisponente o por un tercero.⁴⁸⁰

Lo relevante para que una cláusula sea considerada predispuesta es que la misma haya sido preparada o formulada antes de la celebración del contrato, es decir, que no haya habido negociación entre las partes en la fase precontractual.⁴⁸¹

Por tanto, no son cláusulas predispuestas (y, en consecuencia, no son condiciones generales), aquellas cláusulas redactadas unilateralmente antes de la celebración del contrato, tras una fase de negociación entre las partes.⁴⁸²

Para efectos de la predisposición es indiferente la autoría material de las condiciones, pues pueden ser redactadas por el predisponente o por un tercero (otros empresarios, organizaciones o asociaciones empresariales, o simplemente encargada su elaboración a abogados, o copiado su texto de formularios o modelos pre-impresos), con independencia también de su apariencia externa o de su extensión.⁴⁸³

formales previstas por el legislador (ley, reglamento, uso o costumbre), sino de la voluntad de una de las partes (predisponente) y de la adhesión de la otra.

Al respecto, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1590.

⁴⁷⁹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 83-8.

⁴⁸⁰ PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, ob. cit., p. 255 ss.

⁴⁸¹ ARROYO MARTÍNEZ, *Comentario (Cap. I, Disposiciones generales; Artículo 1º, Ámbito objetivo)*, ob. cit., p. 25-6.

⁴⁸² CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 83-8.

⁴⁸³ A la potestad del predisponente de preparar unilateralmente el contenido normativo del contrato, corresponde también el deber de transparencia a su cargo, deber que se concreta en la obligación de garantizar que el adherente conozca efectivamente los derechos y deberes que se derivan del contrato, mediante una redacción clara y comprensible de las condiciones generales, en especial de las que establecen el monto total del precio y su relación con el bien o servicio objeto de la contraprestación.

Por otra parte, la ley española presume la falta de negociación de las condiciones generales en los contratos celebrados con consumidores, presunción *iuris tantum* en virtud de la cual corresponde al predisponente la carga de la prueba cuando pretenda beneficiarse de los efectos de una cláusula negociada de forma individual. Por aplicación del principio *contra proferentem*, corresponde a este probar, si pretende excluir el carácter general de las condiciones, la existencia de negociación individual. El adherente, en otros términos, no tiene que probar la imposibilidad de negociación o la falta efectiva de esta.

En los contratos entre empresarios, el nivel de dicha presunción será más o menos fuerte en la medida en que tales contratos se aproximen a las características propias de los contratos celebrados con consumidores. Igual regla se aplica a los bienes y servicios que se ofrezcan indistintamente a consumidores y empresarios, pues no hay una razón de peso para deducir que cuando se trate de estos últimos deba presumirse la previa negociación entre las partes del contrato. Al respecto, v. la definición de condiciones generales que trae la ley española 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación, LGCG (art. 1º); y la ley colombiana 1480 de 2011 (art. 37, sobre “condiciones negociales generales y contratos de adhesión”).

Al respecto, v. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 446.

31.3. Imposición (predisposición unilateral).

Lo que distingue el carácter de condición general de una cláusula contractual no es sólo su preparación unilateral, sino principalmente su imposición, es decir, la ausencia de consentimiento.⁴⁸⁴

En efecto, son condiciones generales las cláusulas relativas a los aspectos normativos del contrato que no hayan sido objeto de elección entre las diferentes ofertas del mercado, como ocurre con el bien o servicio y su contraprestación, susceptibles de consentimiento (*Hauptkonditionen*).⁴⁸⁵

Las condiciones generales son preparadas previamente, como hemos dicho, por el predisponente o por un tercero, con el propósito de ser aplicadas a los contratos suscritos con el adherente.

La nota clave de las condiciones generales, sin embargo, es que las mismas son impuestas por el predisponente de manera unilateral al adherente (un consumidor, por ejemplo), sin que este tenga ocasión de discutir el contenido de dichas condiciones, limitándose simplemente a rechazar o aceptar la celebración del contrato.⁴⁸⁶

Para que existan condiciones generales es necesario que la incorporación de las mismas a cada contrato concreto sea impuesta por una de las partes, el predisponente, a la otra, que por esta razón se llama adherente.

La imposición unilateral de las condiciones generales significa que, si el adherente quiere el contrato, lo ha de querer, necesariamente, con ese contenido, si pretende obtener el bien o servicio al que el contrato se refiere.⁴⁸⁷

También significa falta de negociación individual de las condiciones generales, no porque dicha negociación sea imposible, sino porque ella, de *facto*, no existe, o porque la negociación no conduce a resultado alguno.⁴⁸⁸

⁴⁸⁴ ARROYO MARTÍNEZ, *Comentario (Cap. I, Disposiciones generales; Artículo 1º, Ámbito objetivo)*, ob. cit., p. 26-7.

⁴⁸⁵ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas en los contratos de consumo*, ob. cit., p. 83-8.

⁴⁸⁶ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 83-8.

⁴⁸⁷ ob. cit., p. 83-8.

⁴⁸⁸ Puede haber, como ocurre en el contrato de seguro, condiciones particulares negociadas libremente entre las partes que sustituyen determinadas condiciones generales. El hecho de haber existido negociación respecto de algunas cláusulas, y de haberse insertado una condición particular en el contrato, no significa, sin embargo, que quede excluido el carácter de condiciones generales del conjunto o del resto de ellas.

Más que a la preparación de las condiciones generales, la predisposición se refiere en estricto sentido a la imposición unilateral de las mismas al adherente, sin la posibilidad para este de discutir su contenido. Las condiciones generales exigen que su incorporación al contrato sea impuesta en cada contrato concreto por una de las partes, el predisponente, a la otra, el adherente.

En consecuencia, las condiciones generales se corresponden con la idea general de adhesión: si el adherente quiere el contrato, o el bien o servicio que constituye su objeto, lo tiene que querer en los términos fijados unilateralmente por el predisponente, con el contenido precisamente definido por éste.

31.4. Uniformidad o generalidad.

Dicho requisito hace alusión a la posibilidad de que las condiciones generales sean incorporadas al contenido de una pluralidad de contratos, o mejor, que hayan sido preparadas con el propósito de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.⁴⁸⁹

Por tanto, no se trata de que sean uniformes o iguales las condiciones generales de todos los contratos del mismo tipo que celebre el empresario, sino de que exista la intención o el propósito de incorporar al contenido de una pluralidad de contratos tales condiciones generales.⁴⁹⁰

La Ley 1480 de 2011, define el contrato de adhesión como “*aquel en que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no pueda modificarlas o hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas*” (art. 5º, num. 4). La adhesión en este caso equivale a falta de negociación o la negación de efectos a cualquier negociación.

Las condiciones generales, entendidas como cláusulas impuestas por el predisponente para ser incorporadas a una pluralidad de contratos, son distintas a las condiciones particulares de los contratos de adhesión a condiciones generales, caracterizadas por su negociación individual, la que corresponde probar en todo caso al predisponente.

Al respecto, CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas en los contratos de consumo*, ob. cit., p. 83-8

⁴⁸⁹ ARROYO MARTÍNEZ, *Comentario (Cap. I, Disposiciones generales; Artículo 1º, Ámbito objetivo)*, ob. cit., p. 28-9.

⁴⁹⁰ Prueba de dicha generalidad podría ser la demostración de que el bien o servicio que constituye el objeto del contrato se produce o distribuye en forma masiva, sin que sea necesario probar que dicha condición general se encuentra incorporada en otro contrato que tiene por objeto el mismo bien o servicio.

CAPITULO V EL CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES

32. La crisis del dogma de la intangibilidad del contrato.⁴⁹¹

Para la escuela clásica, la libertad contractual es la condición necesaria de la justicia, lo que explica su rechazo a cualquier tipo de intervención o control judicial del contrato, concepción que se plasmó en casi todos los códigos civiles liberales, en los que el contrato era el instrumento idóneo para disponer y conservar la propiedad.⁴⁹²

En este contexto, en el que el contrato era considerado “justo” como expresión de la libre voluntad de los contratantes, el Estado se debía inhibir de controlar su contenido, limitando su actuación a los casos en que las partes no hubiesen expresado un consentimiento exento de vicios.⁴⁹³

Los contratantes satisfacen sus necesidades valorando ventajas e inconvenientes y pactando libremente lo que consideren más ajustado a sus fines e intereses. Todo contrato libremente discutido y arreglado por las partes es necesariamente equilibrado y justo, y toda ingerencia y traba del legislador desestabiliza ese equilibrio e implica una injusticia.

El contrato obliga simplemente por ser el acuerdo libre de dos voluntades, y es tenido por justo, independientemente de su contenido, por el sólo hecho de ser querido por ambas partes.⁴⁹⁴

Para la teoría contractual clásica, en resumen, el control era meramente procedimental, centrado en la etapa de formación del contrato y en el intercambio libre de consentimientos, dejando la corrección de su contenido a la autoregulación de la concurrencia en el mercado.⁴⁹⁵

⁴⁹¹ Sobre el sentido de las expresiones “crisis” o “declinación” del contrato y, en especial, el fenómeno de la restricción o limitación del papel del acuerdo, el consentimiento o la voluntad frente a la disciplina unilateral del predisponente en los contratos masivos, v. BIANCA, *Derecho civil, El contrato, ob. cit.*, p. 55-7; y ATIYAH, Patrick, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Oxford University Press, 1979, en especial la tercera parte, referida al cambio histórico del concepto de libertad contractual (*freedom of contract*), durante el periodo comprendido entre los años 1870 a 1970.

En la bibliografía anglosajona se habla de declive, caída, decadencia (*fall*) o muerte (*death*) del contrato como instrumento confiado a la determinación libre de los individuos.

Al respecto, GILMORE, Grant, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio University Press, 1974.

⁴⁹² DíEZ-PICAZO, *Fundamentos, ob. cit.*, p. 157-8.

⁴⁹³ BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía privada*, Barcelona, J.M. Bosch, 1999, p. 20; y CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos, ob. cit.*, p. 774-84.

⁴⁹⁴ GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, ob. cit.*, p. 84.

⁴⁹⁵ MAZZONI, Cosimo Marco, *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, Nápoles, Jovene, 1996, p. 12; y GRYNBAUM, Luc, *Le contrat contingent, L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, Paris, LGDJ, 2004, p. 35.

La estandarización y masificación contractual a que da lugar el uso frecuente de los contratos de adhesión a condiciones generales, en los cuales el predisponente define de manera unilateral el contenido del contrato, aunque necesarios para la organización y racionalización de las empresas, pusieron en evidencia la fragilidad de la doctrina tradicional del contrato como obra común de las partes y la necesidad de controlar su contenido, en defensa de los consumidores o los empresarios débiles, ante el riesgo de desequilibrios injustificados en perjuicio de la parte débil de la relación.⁴⁹⁶

La tesis de la intangibilidad del contrato y de la pasividad del Estado y del derecho frente a su contenido, pregonada por la teoría clásica del contrato, se muestra actualmente insostenible en la medida en que el contrato negociado y de libre discusión, típico instrumento de intercambio del derecho civil, ha sido reemplazado por el contrato de adhesión a condiciones generales como prototípica forma de contratación masiva con consumidores, en la que la autonomía de las partes cede paso a la facultad del predisponente de configurar de manera unilateral el contenido del contrato, proclive a abusos y necesitada, por tanto, de un control que corrija los desequilibrios y restituya la igualdad y justicia del contrato.⁴⁹⁷

33. El control formal de incorporación.

Se llama incorporación o inclusión los requisitos bajo los cuales se entiende que las condiciones generales pasan a formar parte del contrato o a ser parte de su contenido.⁴⁹⁸

En primer lugar, son requisitos de inclusión en los contratos escritos la expresa información que el predisponente debe facilitar o proporcionar al adherente sobre la

⁴⁹⁶ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 157-8.

⁴⁹⁷ ULMER, Peter, «*La protección contra cláusulas contractuales abusivas preformuladas unilateralmente, La armonización del derecho europeo y las experiencias alemana con la ley sobre CGC de 1976*», en WALTRAUD BALL, Santiago (trad./ed.), *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 36; GRABA, Hans-Ulrich, «*Generalklausel*», en SCHLOSSER, Peter/COESTER-WALTJEN, Dagmar/GRABA, Hans Ulrich, *Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Bielefeld, Giesecking, 1977, p. 185; y WEBER, Wilhelm, «*Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Eine Rechtliche Gesamtdarstellung*», en *Staudingers Kommentar zum BGB*, 11. Aufl., Band II, Teil 1^a, Berlín, Beck, 1967, p. 226.

En contra de la necesidad de control judicial del contrato, v. VON BRUNN, Johann-Heinrich, *Die formalmässigen Vertragsbedingungen der Deutschen Wirtschaft, Der Beitrag der Rechtspraxis zur Rationalisierung*, Berlín, Heymann, 1956, p. 6.

⁴⁹⁸ La Ley 1480 de 2011 estableció tal tipo de control sobre las condiciones generales de los contratos de adhesión celebrados con consumidores (Cap. II, arts. 37-41).

Las condiciones generales, en efecto, deberán cumplir como mínimo, so pena de ser tenidas por ineficaces o no escritas, los siguientes requisitos (art. 37 EC): haber informado suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia, efectos y alcance de las condiciones generales (num.1); ser las condiciones generales concretas, claras y completas (num.2); en los contratos escritos, sus caracteres deberán ser legibles a simple vista y no incluir espacios en blanco.

En los contratos de seguros, el asegurador hará entrega anticipada del clausulado, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones y de las garantías.

existencia de las condiciones generales, entregándole un ejemplar de las mismas.⁴⁹⁹

Además, para que las condiciones queden incorporadas al contrato se requiere que el adherente acepte la incorporación, que el escrito del contrato sea firmado por todos los contratantes y haga expresa referencia a las condiciones generales incorporadas.⁵⁰⁰

En todo caso, se debe comprobar que los adherentes tengan conocimiento íntegro y efectivo de las condiciones generales y que las acepten expresamente.⁵⁰¹

Al igual que en el caso de la posibilidad o imposibilidad de negociación, la carga de la prueba del conocimiento o de la posibilidad de conocimiento de las condiciones generales corresponde al predisponente.⁵⁰²

Es decir, en caso de que el adherente niegue el conocimiento de las condiciones generales, corresponderá al predisponente demostrar que aquél tuvo conocimiento efectivo de las condiciones generales de contratación, o que por lo menos procuró o facilitó dicho conocimiento, según los niveles de exigencia previstos en la ley.

Además, la redacción de las condiciones generales ha de ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. En consecuencia, no se entenderán incorporadas al contrato aquellas condiciones generales ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. La protección de los adherentes exige que, además de tener acceso y conocer las condiciones generales, puedan comprender fácilmente su contenido.⁵⁰³

Por otra parte, no se entienden incorporadas al contrato aquellas cláusulas introducidas de forma sorpresiva o, dicho de otro modo, aquellas cuyo contenido un adherente normal y de buena fe no pueda razonablemente esperar en un contrato del tipo de que se trate (cláusulas insólitas o sorpresivas).⁵⁰⁴

⁴⁹⁹ PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, ob. cit., p. 345. Sobre los antecedentes del control formal de incorporación, v. GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «Comentario, Artículo 7º, No incorporación», en ARROYO MARTÍNEZ/MIQUEL RODRÍGUEZ, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, ob. cit., p. 71-3.

⁵⁰⁰ FELIU REY, Manuel Ignacio, «Comentario, Artículo 1º, Requisitos de incorporación», en ARROYO MARTÍNEZ/MIQUEL RODRÍGUEZ, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, ob. cit., p. 55-6; y GETE-ALONSO Y CALERA, *Comentario. Artículo 7º, No incorporación*, ob. cit., p. 74-5.

⁵⁰¹ El fundamento de las normas que regulan la integración contractual de las condiciones generales son las máximas *voluntas non fertur ad incognitum* o *voluntas non extenditur ad incognitum*, según las cuales la voluntad manifestada en el contrato no se extiende a aquello que, por ser ignorado, no pudo ser objeto de sus determinaciones.

Al respecto, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956, p. 323; y TERRAZA MARTORELL, José, *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución, Teoría de la cláusula rebus sic stantibus*, Barcelona, Bosch, 1951, p. 58.

⁵⁰² GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, «El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación», ADC, 54, 2001, p. 1105 ss.

⁵⁰³ GUILARTE GUTIÉRREZ, *El control de inclusión*, ob. cit., p. 1105 ss.

Las condiciones generales que cumplen los requisitos de admisión integran el contenido del contrato celebrado entre el predisponente y el adherente, y regulan la relación contractual a partir del nacimiento de la misma y hasta su extinción.⁵⁰⁵

33.1. Concepto jurídico de incorporación.

Los requisitos de incorporación son una serie de exigencias formales, de cuyo cumplimiento la ley hace depender la validez de las condiciones generales. Tales requisitos no constituyen un control de equilibrio, como sí sucede con el juicio de abusividad en los contratos celebrados con consumidores, y establecen las condiciones formales de la integración de las condiciones generales al contenido normativo del contrato.⁵⁰⁶

La finalidad de dichos requisitos [aunque no garantizan la correcta formación de la voluntad (la decisión consciente del adherente sobre su aceptación)] es lograr que este conozca y comprenda dichas condiciones, bien porque el predisponente las haya puesto a su disposición antes de la celebración del contrato, o bien mediante una redacción clara, comprensible y completa de las mismas. La redacción de las condiciones generales ha de ser clara, concreta y sencilla en cumplimiento del principio de transparencia.⁵⁰⁷

En otros términos, no se entenderán incorporadas al contrato las condiciones que sean incomprensibles, salvo que hayan sido aceptadas por escrito por el adherente, a cuyo favor han de interpretarse las cláusulas ilegibles, ambiguas u oscuras.

La legibilidad (o perceptibilidad visual) es un presupuesto de la comprensibilidad de las cláusulas, pues en este caso sólo es intelectualmente comprensible lo que es físicamente perceptible (legible). En este sentido, normalmente se exige que las cláusulas puedan ser leídas por una persona normal sin un esfuerzo extraordinario.⁵⁰⁸

La comprensibilidad es entendida como la posibilidad de aprehender o entender intelectualmente la regulación contenida en las condiciones generales, directa e inmediatamente, es decir, sin acudir a terceros ni a ulteriores explicaciones de dicho contenido.⁵⁰⁹

⁵⁰⁴ GUILARTE GUTIÉRREZ, *ob. cit.*, p. 1105 ss.

⁵⁰⁵ *ob. cit.*, p. 1105 ss

⁵⁰⁶ FELIU REY, *Comentario, Artículo 1º, Requisitos de incorporación, ob. cit.*, p. 62.

⁵⁰⁷ GETE-ALONSO Y CALERA, *Comentario, Artículo 7º, No incorporación, ob. cit.*, p. 75-7.

⁵⁰⁸ GUILARTE GUTIÉRREZ, *El control de inclusión, ob. cit.*, p. 1105 ss; y FELIU REY, *Comentario, Artículo 1º, Requisitos de incorporación, ob. cit.*, p. 62.

⁵⁰⁹ GUILARTE GUTIÉRREZ, *El control de inclusión, ob. cit.*, p. 1105 ss.

Una cláusula oscura, por ejemplo, es incomprensible cuando no puede ser entendida fácilmente por el adherente (o no le permite a éste conocer el límite de sus derechos y obligaciones), o cuando la cláusula es entendible fácilmente pero susceptible de varias interpretaciones, sentidos o significados (ambigua). En ambos casos, la ambigüedad u oscuridad de la cláusula debe resolverse a favor del adherente.

El estándar objetivo de comprensibilidad debe ser el contratante medio (el hombre honrado de inteligencia y nivel cultural medio y jurídicamente lego), y no el nivel cognoscitivo de cada contratante concreto, pues el predisponente no puede conocer a priori las condiciones cognoscitivas de cada uno de los futuros contratantes que se van a adherir a las condiciones generales.⁵¹⁰

En todo caso, el requisito de transparencia debe adaptarse a las características del contratante medio según el sector del tráfico al que estén dirigidas las condiciones generales.

La concreción, por otra parte, exige la completa descripción del aspecto concreto a que la cláusula se refiera, a la definición clara y completa de los derechos y deberes que corresponden tanto al adherente como al predisponente.⁵¹¹

Son cláusulas inconcretas las de formulan de manera indeterminada o genérica su supuesto de hecho, de manera que el mismo englobe una pluralidad de hipótesis distintas.⁵¹²

El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del adherente, por ejemplo, constituye un supuesto de hecho indeterminado que en un caso concreto no sólo puede impedir la incorporación de una cláusula al contrato, sino también, una vez incorporada, ser calificada de abusiva.⁵¹³

⁵¹⁰ GUILARTE GUTIÉRREZ, *ob. cit.*, p. 1105 ss.

⁵¹¹ FELIU REY, *Comentario, Artículo 1º, Requisitos de incorporación*, *ob. cit.*, p. 62; y GUILARTE GUTIÉRREZ, *El control de inclusión*, *ob. cit.*, p. 1105 ss.

⁵¹² GUILARTE GUTIÉRREZ, *El control de inclusión*, *ob. cit.*, p. 1105 ss.

⁵¹³ GUILARTE GUTIÉRREZ, *ob. cit.*, p. 1105 ss.

34. El control material o juicio de abusividad.⁵¹⁴

El control material o de fondo es el que se aplica al contenido de las condiciones generales con el propósito de comprobar que las mismas no contengan cláusulas abusivas.⁵¹⁵

Como fue señalado, la utilización de condiciones generales en la contratación masiva es propicia al abuso del predisponente, razón por la cual se han diseñado controles del fondo o contenido de dichas condiciones, por fuera de los controles puramente formales, como pueden ser los requisitos previos de su incorporación al contrato.⁵¹⁶

El control de abusividad sólo se aplica a las cláusulas impuestas por los profesionales en los contratos celebrados con consumidores. Sin embargo, hay quienes sostienen que la protección contra las cláusulas abusivas no sólo debe existir en las relaciones de consumo, sino en cualquier situación en que haya necesidad de proteger al contratante débil, cualquiera que sea su condición económica, como puede suceder en la contratación entre profesionales.⁵¹⁷

Dicho control se lleva a cabo a través del test o juicio de abusividad que supone un proceso de concreción normativa mediante el cual se establece en cada situación concreta la norma aplicable con fundamento en la cual se defina el carácter abusivo de una cláusula específica.⁵¹⁸

El proceso de concreción en que consiste el test o juicio de abusividad se basa en principios como la buena fe, equilibrio contractual e interdicción de la arbitrariedad, según el cual el contenido del contrato no puede quedar al arbitrio exclusivo de una de las partes sin una razón suficiente que lo justifique, en especial el precio, el cumplimiento o incumplimiento del contrato, o la modificación o resolución sin justa causa del mismo, así como el establecimiento de exoneraciones de responsabilidad

⁵¹⁴ BIANCA, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 401-9. Según PAGADOR LÓPEZ, el control material o de contenido se articula en torno a una "cláusula general prohibitiva" (art. 3.1), para cuya aplicación se establecen varios criterios instrumentales (art. 4.1), y un catálogo ejemplificativo de cláusulas que se consideran abusivas (interpretación circunstanciada, art. 3.3) [PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas, ob. cit.*, p. 73-4].

De acuerdo con lo anterior, son abusivas las cláusulas no negociadas que, en contra de la buena fe, producen un grave desequilibrio en perjuicio del consumidor. Los supuestos previstos en el Anexo de la Directiva pueden ser abusivos, pues lo son sólo en principio (o sospechosos de abusividad en el contexto de un sistema de lista gris), pero pueden también no serlo en un caso concreto si, interpretados armónicamente los arts. 3.1 y 4.1, no producen un desequilibrio en perjuicio del consumidor.

En sentido contrario, un supuesto no previsto en el Anexo puede ser abusivo si reúne los requisitos previstos en el artículo 3.1 de la Directiva.

⁵¹⁵ Al respecto, Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de derecho civil, ob. cit.*, p. 76-7.

⁵¹⁶ Díez-PICAZO/GULLÓN, *ob. cit.*, p. 76-7.

⁵¹⁷ *ob. cit.*, p. 76-7.

⁵¹⁸ PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas, ob. cit.*, p. 73-4

en que pueda incurrir el predisponente por dolo, culpa o mora (prohibición de condonar el dolo futuro, art. 1522 c.c.col.).⁵¹⁹

También por la idea según la cual las normas legales que prohíben la abusividad en los contratos tienen validez *prima facie*, de manera que sólo pueden ser consideradas abusivas aquellas cláusulas que generan en perjuicio del adherente o consumidor un desequilibrio importante e injustificado, es decir, carente de razones que, atendiendo la naturaleza del contrato, su objeto y las circunstancias de su celebración, no lo puedan justificar de manera aceptable o suficiente.⁵²⁰

En general se consideran abusivas las estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe (España y Alemania), causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de los derechos y obligaciones que se derivan del contrato.⁵²¹

35. Efectos del control.⁵²²

En España son nulas de pleno derecho las condiciones generales que incumplan, en perjuicio del adherente, los requisitos de incorporación.⁵²³ Además, la ley

⁵¹⁹ PAGADOR LÓPEZ, *ob. cit.*, p. 73-4.

⁵²⁰ *ob. cit.*, p. 73-4.

⁵²¹ Se discute, por una parte, si la contravención a la que alude la ley se refiere a la buena fe subjetiva o a la buena fe objetiva, inclinándose mayoritariamente la doctrina por esta última tesis, es decir, por un modelo contractual acorde con las normas éticas impuestas por la buena fe según el tipo de contrato. Por otra parte, se discute si el desequilibrio en los derechos y obligaciones derivados del contrato puede concretarse teniendo en cuenta separadamente los derechos y facultades, de un lado, y las cargas y las obligaciones, del otro.

En el primer caso, las cláusulas serían abusivas si atribuyen facultades al predisponente de carácter exorbitante, o si introducen limitaciones o restricciones injustificadas en los derechos y facultades de los consumidores. En el segundo, las cláusulas serán abusivas cuando supriman o reduzcan obligaciones o responsabilidades del profesional y cuando aumenten las cargas y obligaciones del adherente.

Se distingue, entonces, entre condiciones generales y cláusulas abusivas, lo que significa que en contratos con consumidores donde se hayan impuesto condiciones generales, algunas de estas pueden ser abusivas después de un juicio de abusividad que así lo establezca. También puede haber en un contrato cláusulas abusivas aun cuando tales estipulaciones no merezcan la calificación de condiciones generales.

La ley española de consumidores y usuarios exige para considerar una cláusula como abusiva el que no haya sido negociada individualmente, es decir, que en el período precontractual entre el profesional y el consumidor no haya habido discusión en relación con tal cláusula. La carga de la prueba de la existencia de negociación individual de una cláusula, como fue dicho, pesa sobre el profesional como aplicación del principio *in dubio pro consumatore*.

⁵²² En general, sobre el problema de la ineficacia de los negocios jurídicos, por mucho tiempo reducido al análisis de la nulidad absoluta y de la nulidad relativa (y su efecto común de ablación o destrucción total del negocio: *quod nullum est nullum producit effectum*), rico en matices en el derecho privado moderno, v. LUTZESCO, Georges, *Teoría y práctica de las nulidades* (Manuel ROMERO SÁNCHEZ y Julio LÓPEZ DE LA CERDA, trads.), México, Porrúa, 1993; VATTIER FUENZALIDA, Carlos, «Inexistencia y nulidad del contrato», en *Código Europeo de Contratos, Comentarios en homenaje al profesor Don José Luis de los Mozos y de los Mozos*, vol. II, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Madrid, Dykinson, 2003; VENOSTA, Francesco, *Le nullità contrattuali nelle evoluzioni del sistema*, Milán, Giuffrè, 2004; y GIL, Jorge Hernán, *Teoría general de la ineficacia*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 2007.

v. también, MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Algunos aspectos del control de contenido de las condiciones generales de la contratación en la ley española de 1998», en *Estudios de derecho civil, Obligaciones y contratos, Libro homenaje a Fernando Hinestrosa*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 425-63.

⁵²³ RUIZ MUÑOZ, Miguel, *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Valladolid, Lex Nova, 1993, p. 88.

española considera nulas las condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor (control de contenido).⁵²⁴

Dicha nulidad es de pleno derecho y en interés del adherente, como sanción a las condiciones generales que contravienen normas de carácter imperativo.⁵²⁵

Diferente de la nulidad es la declaración de no incorporación, que tiene por objeto proscribir del contrato aquellas condiciones generales incorporadas de manera ilegal, o incorporadas en contravención de los requisitos señalados en la ley al respecto.⁵²⁶

Los efectos de la nulidad y de la declaratoria de no incorporación son parciales, lo que quiere decir que no producen la ineficacia total del contrato si este puede subsistir sin tales cláusulas, y que aquella parte del contrato no afectada por la nulidad se debe integrar de acuerdo con las normas generales.⁵²⁷

35.1. La nulidad parcial de las condiciones generales.⁵²⁸

En materia de derecho contractual del consumo, cabe mencionar la nulidad parcial del contrato por contener cláusulas abusivas y la revocación a instancia del consumidor o *ius poenitendi*.⁵²⁹

⁵²⁴ PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, ob. cit., p. 80.

⁵²⁵ GUILARTE GUTIÉRREZ, *El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación*, ob. cit., p. 1105 ss.

⁵²⁶ Sobre los antecedentes del régimen de nulidad en la LCGC, v. GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «Comentario. Artículo 8º, Nulidad», en ARROYO MARTÍNEZ/MIQUEL RODRÍGUEZ, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, ob. cit., p. 80-7.

⁵²⁷ Además de las acciones dirigidas a obtener la nulidad o la declaración de no incorporación de determinadas condiciones generales, el derecho español prevé una especial protección de los adherentes a través de acciones colectivas en cabeza de entidades o corporaciones que representan los intereses de aquéllos.

Las acciones de cesación se dirigen a que se condene al demandado a excluir del contenido normativo del contrato las condiciones generales que se declaren nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contrato que ha de considerarse válido y eficaz. A dicha pretensión podrá acumularse la devolución de las cantidades que se hubiesen cobrado indebidamente en virtud de la contratación a que afecta la sentencia, y la indemnización de los perjuicios que hubiese causado la aplicación de las condiciones declaradas nulas.

Las acciones de retractación persiguen una sentencia que declare e imponga al demandado, sea el predisponente o un tercero, el deber de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las condiciones generales que se declaren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro. Las acciones declarativas se dirigen a obtener una sentencia que reconozca una cláusula como condición general y a obtener su inscripción cuando esta proceda.

Todas las anteriores acciones son colectivas y, por consiguiente, su titularidad se radica en cabeza de entidades o corporaciones que representen los intereses de los adherentes o de posibles afectados con las condiciones generales.

Al respecto, Díez-Picazo, *Fundamentos*, ob. cit., p. 457-8.

⁵²⁸ DIANA, Antonio Gerardo, *La nullità parziale del contratto*, Milán, Giuffrè, 2004; GAUDEMET, Sophie, *La clause réputée non écrite*, París, Economica, 2006; y ALARCÓN ROJAS, Fernando, *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

⁵²⁹ GETE-ALONSO Y CALERA, *Comentario, Artículo 8º, Nulidad*, ob. cit., p. 82-5.

35.1.1. La nulidad parcial.⁵³⁰

La nulidad parcial de los contratos que contienen cláusulas abusivas es una modalidad especial de ineficacia mediante la cual se sancionan las infracciones a normas imperativas contenidas en las leyes especiales de protección de consumidores y usuarios, entendiéndose que las cláusulas nulas han de ser sustituidas por las legales, sin que haya de atenderse a la voluntad hipotética de los contratantes para mantener en vida el contrato rectificado.⁵³¹

Sólo en caso de producirse una situación no equitativa de las posiciones de las partes, habrá lugar a la nulidad total del contrato. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas en el contrato, integrándose la parte de éste, afectada por la nulidad, con arreglo al principio de buena fe.⁵³²

En caso de que subsista el contrato, el juez que declare la nulidad dispondrá de facultades moderadoras respecto de las obligaciones y derechos de las partes (art. 44 EC), y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

El aforismo *utile per inutile non vitiatur* (D. 45.1.1.5),⁵³³ constituye el antecedente romano más elaborado de la nulidad parcial, que persigue la conservación del negocio jurídico: sólo se afecta de invalidez aquella parte del negocio que esté viciada, resultando la restante válida si razonadamente aparece que las partes lo hubieran celebrado sin la parte nula.⁵³⁴

⁵³⁰ AZARRI, Federico, "Nulità de la clausola abusiva e integrazione del contratto", Osservatorio del Diritto Civile e Commerciale, ODCC, 1, 2017, p. 37-90.

⁵³¹ BIANCA, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 410.

⁵³² BIANCA, *ob. cit.*, p. 410-1. En el *Code* de 1804 se matizaba ya la extensión del efecto aniquilador de la nulidad, y cuando de manera excepcional se disponía que una cláusula o condición se reputaba no escrita (véase, por ejemplo, el supuesto del art. 900 sobre condiciones imposibles o contrarias a las leyes o a las buenas costumbres en las donaciones o en las disposiciones testamentarias), la nulidad de esa estipulación no arrasaba con el contrato. En otras palabras, las condiciones ilícitas en los actos a título gratuito, que establecían la fórmula *pro non scripta* del derecho romano, condujo a la construcción de la figura de la nulidad parcial.

A partir del famoso fallo de la *Chambre de Requête*s del 3 de junio de 1863, en Francia, con independencia de si el acto es a título gratuito u oneroso, los jueces, en aplicación del principio de conservación del negocio jurídico, o *favor negotii*, sólo anulan la cláusula ilícita, manteniendo el resto del acto, cuando ella no ha sido la causa o el motivo determinante de la celebración del negocio jurídico, o cuando ella es apenas un elemento accesorio dentro de la economía general del mismo. Pero en todas las hipótesis de nulidad total o de nulidad parcial, la sanción debe ser impuesta por el juez, es decir, no opera de pleno derecho.

Al respecto, NAVIA ARROYO, Felipe, «Prólogo», en ALARCÓN ROJAS, *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos, ob. cit.*, p. 13-4; y GAUDEMET, *La clause réputée non écrite, ob. cit.*, p. 29-37.

⁵³³ ULPIANO, *Comentarios a Sabino*, Libro XLVIII: si hay dos estipulaciones, una útil y otra inútil, no se vicia la útil por la inútil (*neque vitiatur utilis per hanc inutilem*).

Al respecto, ALARCÓN ROJAS, *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos, ob. cit.*, p. 255.

⁵³⁴ ALARCÓN ROJAS, *ob. cit.*, p. 255; y DIANA, *La nullità parziale del contratto, ob. cit.*, p. 23.

En consecuencia, la nulidad parcial exige la concurrencia de los siguientes requisitos (BGB, 139; *codice civil*, art. 1419; y art. 902 c. com. col.): la nulidad de una parte del negocio jurídico; que éste pueda subsistir sin la parte nula; y que haya querer expreso, *ficto* o hipotético de las partes, en el sentido de que aún sin la parte nula, habrían celebrado el negocio.⁵³⁵

Esta última circunstancia es esencial en la configuración de la nulidad parcial, pues por regla general la nulidad socava la validez de todo el contrato, razón por la cual, si una parte del negocio es nula, es lógico que se requiera el querer negocial de las partes para perseverar en él sin la parte nula.⁵³⁶

Ahora bien, la calificación de parcial agregada a la nulidad, no le hace mudar su naturaleza, la que seguirá siendo tal. Es decir, el adjetivo “parcial” sólo determina la extensión de la invalidez, en el sentido de que no se extiende a la totalidad del negocio, como es el caso normal, sino a una parte del mismo.⁵³⁷

35.1.2. Revocación, derecho de desistimiento o de retractación.

Respecto de la revocación a instancia del consumidor (derecho de desistimiento o de retractación), el titular podrá revocar su declaración de voluntad sin necesidad de alegar causa alguna, dentro del plazo establecido por la ley, el cual es irrenunciable.⁵³⁸

El ejercicio de esta facultad excepcional no está sujeto a forma y se configura en la ley española como una causa de anulabilidad con un régimen especial. Las partes deberán, en consecuencia, restituirse recíprocamente las prestaciones, y el consumidor no reembolsará cantidad alguna por disminución del valor de la cosa por su uso normal, y se le reembolsarán los gastos necesarios y útiles.⁵³⁹

35.1.3. Nulidad parcial y la fórmula *pro non scripta*.

En la nulidad parcial es necesario determinar, como hemos dicho, si las partes habrían de celebrar el negocio sin la parte nula; en tanto que en la fórmula *pro non scripta* se prescinde de valorar la importancia de la parte del contrato declarada nula.⁵⁴⁰

⁵³⁵ DIANA, *ob. cit.*, p. 23.

⁵³⁶ ALARCÓN ROJAS, *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, *ob. cit.*, p. 256. v. también ENNECERUS/KIPP/WOLFF, *Derecho civil*, t.I, vol. II, *ob. cit.*, p. 361; LEHMANN, *Tratado de derecho civil*, vol. I., *ob. cit.*, p. 406; VON THUR, *Derecho civil*, vol. III, *ob. cit.*, p. 253 y FLUME, *El negocio jurídico*, *ob. cit.*, p. 810.

⁵³⁷ ALARCÓN ROJAS, *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, *ob. cit.*, p. 258.

⁵³⁸ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español*, *ob. cit.*, t. III, p. 808-9.

⁵³⁹ CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, t. III, p. 808-9.

⁵⁴⁰ ALARCÓN ROJAS, *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, *ob. cit.*, p. 259.

Por otra parte, la nulidad parcial puede salvar o no el negocio dependiendo de si aparece demostrado que las partes lo hubieran celebrado sin la parte nula; en tanto que la fórmula *pro non scripta* necesariamente salva el negocio porque sólo destruye la parte ineficaz de éste.⁵⁴¹

35.2. El principio de conservación del contrato.⁵⁴²

La conservación del contrato es una regla de interpretación objetiva y un principio general que se aplica, en materia de nulidad, a todos los actos o negocios jurídicos.

De conformidad con tal principio, el contrato, o sus cláusulas y estipulaciones en particular, se deben interpretar en el sentido de que puedan tener algún efecto, y no en aquel en que no puedan tener ninguno (interpretación útil).⁵⁴³

El principio de conservación impide optar por la interpretación que dé un efecto a la cláusula cuando con ello se comprometa la validez de todo el contrato o, en otros términos, el de conservación es un principio que permite la máxima expansión posible de la disposición negocial.⁵⁴⁴

De acuerdo con el inciso final del artículo 44 EC, cuando el contrato subsista, la autoridad competente aclarará cuáles serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente.

En España son nulas de pleno derecho las condiciones generales que incumplan, en perjuicio del adherente, los requisitos de incorporación. Además, la ley española considera nulas las condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor (control de contenido). Dicha nulidad es de pleno derecho y en interés del adherente, como sanción a las condiciones generales que contravienen normas de carácter imperativo.⁵⁴⁵

Diferente de la nulidad es la declaración de no incorporación, que tiene por objeto proscribir del contrato aquellas condiciones generales incorporadas de manera ilegal, o incorporadas en contravención de los requisitos señalados en la ley al respecto.⁵⁴⁶

⁵⁴¹ ALARCÓN ROJAS, *ob. cit.*, p. 259; y GAUDEMET, *La clause réputée non écrite, ob. cit.*, p. 59.

⁵⁴² Al respecto, v. BIANCA, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 457; GRASSETTI, Cesare, voz «*Conservazione (principio di)*», en *Enciclopedia del diritto*, IX, 173; y MARÍN PADILLA, María Luisa, *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos, "Utile per inutile non vitiatur"*, Barcelona, Bosch, 1990.

⁵⁴³ Esta regla interpretativa responde a una antigua tradición, como ocurre, por ejemplo, con el pasaje, atribuido a JULIANO, en D. 34.5.21.1: "*res magis valeat quam pereat*".

Al respecto, v. BIANCA, *Derecho civil, El contrato, ob. cit.*, p. 457; y MARÍN PADILLA, María Luisa, *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos, "Utile per inutile non vitiatur"*, Barcelona, Bosch, 1990.

⁵⁴⁴ Al respecto, v. BIANCA, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 457; y GRASSETTI, Cesare, voz «*Conservazione (principio di)*», en *Enciclopedia del diritto*, IX, 17

⁵⁴⁵ GETE-ALONSO Y CALERA, *Comentario, Artículo 8º, Nulidad, ob. cit.*, p. 85-6.

⁵⁴⁶ RUIZ MUÑOZ, *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores, ob. cit.*, p. 8

Los efectos de la nulidad y de la declaratoria de no incorporación son parciales, lo que quiere decir que no producen la ineficacia total del contrato si éste puede subsistir sin tales cláusulas, y que aquella parte del contrato no afectada por la nulidad se debe integrar de acuerdo con las normas generales.⁵⁴⁷

⁵⁴⁷ REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, "Régimen de ineficacia de las condiciones generales de la contratación, Cláusulas no incorporadas y cláusulas abusivas: conceptos y tipología", *Aranzadi Civil*, 3, mayo 1999, p. 13-44.

CAPÍTULO VI LA INTERPRETACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES

36. De la interpretación o hermeneútica general.⁵⁴⁸

La interpretación jurídica es una forma *sui generis* de interpretación, pues no sólo se pueden interpretar las normas jurídicas sino, en general, toda expresión que encierre un sentido.⁵⁴⁹

En otras palabras, la búsqueda del significado de los textos jurídicos o, en general, de los preceptos de determinado ordenamiento, es uno de los tantos problemas interpretativos que el hombre se plantea.⁵⁵⁰

La interpretación consiste en desentrañar el significado o sentido de una expresión, entendida ésta como un conjunto de signos cargados de significado: se interpretan las expresiones para descubrir su significado o su sentido.⁵⁵¹

De acuerdo con lo anterior, en la interpretación han de distinguirse los siguientes elementos, a pesar de que estos no se hallan siempre, o necesariamente, unidos:

1º La expresión en su aspecto físico: el signo sensible, la articulación de sonidos en el lenguaje hablado o los signos escritos.

2º La significación, vale decir, lo que la expresión significa o el sentido de la misma.

3º Por último, un objeto, al que la expresión casi siempre se refiere.⁵⁵²

⁵⁴⁸ Desde el punto de vista filosófico, la obra contemporánea más importante sobre hermeneútica es, sin lugar a dudas, la de GADAMER, Hans-Georg, *Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik (Verdad y método, Fundamentos de una hermenéutica filosófica)*, Ana AGUD APARICIO y Rafael DE AGAPITO, Salamanca, Sígueme, 1993), Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1990. Para una iniciación en la teoría hermeneútica de GADAMER, v. GRONDIN, Jean, *Einführung in die philosophische Hermeneutik*, Darmstadt, Wiss. Buchges, 1991; y ALFLEN DA SILVA, Kelly Susane, *Hermenéutica jurídica y concreción judicial*, Bogotá, Temis, 2006, p. 149 ss.

v. también, BETTI, Emilio, *Teoria generale della interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1955; LARENZ, *Metodología, ob. cit.*, p. 308 ss; RÜTHERS, Bernd, *Teoría general del derecho, ob. cit.*, p. 341 ss; ESSER, Joseph, *La interpretación* (Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO, trad., correspondiente al Cap. V. de *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a. Main, 1970), AFD, t. III, 1986, p. 41-73; y COING, Helmut, *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, Berlín, Springer, 1959.

De la importantísima obra de BETTI (*Teoria generale della interpretazione*, que recogiendo la tradición idealística-romántica y en polémica con la nueva hermeneútica de HEIDEGGER y GADAMER, subraya la exigencia de una objetividad metodológica del comprender), existe una edición corregida y ampliada al cuidado de Giuliano CRIFO, Milán, Giuffrè, 1990.

Al respecto, v. VIOLA, Francesco y ZACCARIA, Giuseppe, *Diritto e interpretazione, Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 198.

⁵⁴⁹ LARENZ, *ob. cit.*, p. 308 ss; y RÜTHERS, *ob. cit.*, p. 341 ss.

⁵⁵⁰ KALINOWSKI, Georges, "Interprétation juridique et logique des propositions normatives", *Logique et Analyse, Nouvelle Série*, 2e. Année, 6-7, Avril 1959, p. 128-43.

⁵⁵¹ Al respecto, HUSSERL, Edmund, *Investigaciones lógicas (Logische Untersuchungen)*, Manuel GARCÍA MORENTE y José GAOS, trads.), t. I, Barcelona, Altaya, p. 233 ss.

⁵⁵² HUSSERL, *Investigaciones lógicas, ob. cit.*, p. 232 ss.

Puede decirse que la significación es el elemento intermedio entre la expresión y el objeto. Ahora bien, varias expresiones pueden tener la misma significación, pero referirse a objetos distintos; así como también es posible que varias expresiones tengan una significación diferente, pero referirse a un mismo objeto.⁵⁵³

En el caso de la interpretación jurídica, la ley, en sentido general, constituye una forma de expresión (el conjunto de signos contenidos en las disposiciones legales), e interpretarla consiste en descubrir el sentido que ella encierra. Lo que se interpreta, sin embargo, no es la materialidad de los signos, sino el sentido de los mismos, su significación.⁵⁵⁴

Por otra parte, la significación de los preceptos legales no ha de confundirse con el objeto a que estos se refieren. Ahora bien, el principal problema de la interpretación jurídica será saber qué debe entenderse por sentido de la ley. Al respecto se ha propuesto que el sentido de la ley no puede ser sino la voluntad del legislador. De esta manera, habrá que investigar lo que el legislador quiso decir, ya que la ley, como expresión suya, debe tener el sentido que su autor pretendió darle.⁵⁵⁵

Dicha teoría, sin embargo, no advierte que lo querido por el legislador no coincide en todo caso con lo expresado en la ley. Lo que un sujeto expresa no es, *a fortiori*, lo que pretendía expresar, pues puede haber una inadecuación entre la intención de aquél y los medios de que se vale para formular su pensamiento.⁵⁵⁶

Lo susceptible de interpretación no es la intención real del sujeto, sino las formas expresivas que éste emplea; lo que cabe interpretar no es la voluntad del legislador, sino el texto de la ley, lo que no significa que la interpretación haya de ser puramente gramatical, pues la significación de las palabras que el legislador utiliza no se agota en su sentido lingüístico.⁵⁵⁷

En resumen, frente a la interpretación lógica-histórica, que busca la interpretación puramente subjetiva del legislador, existe la interpretación lógica-sistémica, que busca el sentido lógico objetivo de la ley como expresión del derecho. De acuerdo con esta segunda postura, los textos legales tienen una significación propia, implícita en los signos que la constituyen, e independiente de la voluntad real o presunta de sus autores.⁵⁵⁸

⁵⁵³ HUSSERL, *ob. cit.*, p. 232 ss.

⁵⁵⁴ LARENZ, *Metodología*, *ob. cit.*, p. 308 ss; RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, *ob. cit.*, p. 341 ss.; y COING, *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, *ob. cit.*, p. 23 ss.

⁵⁵⁵ Al respecto, HUSSERL, *Investigaciones lógicas*, *ob. cit.*, p. 235.

⁵⁵⁶ HUSSERL, *ob. cit.*, p. 235.

⁵⁵⁷ LARENZ, *Metodología*, *ob. cit.*, p. 308 ss; y COING, *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, *ob. cit.*, p. 23 ss.

⁵⁵⁸ LARENZ, *Metodología*, *ob. cit.*, p. 308 ss; RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, *ob. cit.*, p. 341 ss.; y COING, *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, *ob. cit.*, p. 23 ss.

Tal significación no sólo depende de los que las palabras de la ley por sí mismas expresan, sino de las conexiones sistemáticas que necesariamente existen entre el sentido de un texto y el de otros que pertenecen al ordenamiento jurídico de que se trate.

Dicha teoría, sin embargo, no advierte que lo querido por el legislador no coincide en todo caso con lo expresado en la ley. Lo que un sujeto expresa no es, *a fortiori*, lo que pretendía expresar, pues puede haber una inadecuación entre la intención de aquél y los medios de que se vale para formular su pensamiento.⁵⁵⁹

Lo susceptible de interpretación no es la intención real del sujeto, sino las formas expresivas que éste emplea; lo que cabe interpretar no es la voluntad del legislador, sino el texto de la ley, lo que no significa que la interpretación haya de ser puramente gramatical, pues la significación de las palabras que el legislador utiliza no se agota en su sentido lingüístico.⁵⁶⁰

37. De la interpretación jurídica.⁵⁶¹

37.1. Noción.⁵⁶²

Como hemos dicho, la interpretación es la operación que busca comprobar, fijar o definir el sentido, el significado o el contenido de un precepto jurídico, conforme a reglas y principios propios, distintos de las reglas y principios de la hermeneútica general.⁵⁶³

La interpretación jurídica no es labor exclusiva del juez, pues puede realizarla cualquier persona que inquiera el sentido de una disposición legal. Sin embargo, no toda interpretación es obligatoria.⁵⁶⁴

⁵⁵⁹ LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 308 ss; y COING, *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, ob. cit., p. 23 ss

⁵⁶⁰ Al respecto, RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del derecho* (José MEDINA ECHAVARRIA, trad.), Madrid, Reus, 2007, p. 154.

⁵⁶¹ Sobre la interpretación jurídica general, v. FROSINI, Vittorio, *Teoría de la interpretación jurídica*, Bogotá, Temis, 1991, p. 121-34; *Id.*, *Gesetzgebung und Auslegung*, Baden-Baden, Nomos, 1995; ALEXY, Robert, «*Juristischen Interpretation*», en *Id.*, *Recht, Vernunft, Diskurs, Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1995, p. 71 ss.

Para una visión aún más general, desde la teoría del derecho, v. MARMOR, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2001; y GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica* (Marina GASCÓN y Miguel CARBONELL, trad.), México, Porrúa/UNAM, 2011.

⁵⁶² CALDERAI, Valentina, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, Turín, Giapichelli, 2008.

⁵⁶³ BIANCA, *Derecho civil*, ob. cit., p. 431.

⁵⁶⁴ LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 308 ss; y COING, *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, ob. cit., p. 23 ss.

De esta manera, si el legislador, mediante una ley, establece en qué forma ha de entenderse una disposición legal, tal interpretación obliga a todos precisamente porque su autor, mediante una norma secundaria interpretativa, así lo dispone.⁵⁶⁵

En ese mismo sentido, si el juez interpreta un precepto a fin de aplicarlo a un caso concreto, esa interpretación no obliga de manera general, pero sirve, en cambio, de base a una norma individualizada, el fallo, que en tal caso se dicte.⁵⁶⁶

37.2. Diferencias y semejanzas entre la interpretación de las leyes y los negocios jurídicos.⁵⁶⁷

Si bien la interpretación del contrato es diferente de la interpretación de la ley, no faltan en la doctrina acercamientos entre las dos figuras, que parten de la consideración de las normas jurídicas como objeto común de todos los casos de la interpretación:⁵⁶⁸ en el campo del derecho, se trata de saber el significado de los preceptos jurídicos, desde los más abstractos y generales (leyes, reglamentos, costumbres), hasta los más específicos e individuales, como las sentencias judiciales, los actos administrativos y los negocios o preceptos de autonomía privada.⁵⁶⁹

Entre la interpretación de las leyes y la de los negocios jurídicos existen semejanzas pues la meta, en ambos casos, se refiere a determinar lo que realmente se quería: en el primer caso, se trata de determinar la voluntad real o el fin de la norma querida por el legislador. En el caso de la interpretación de los negocios jurídicos, y en especial de los contratos, ha de preguntarse por la voluntad real de los contratantes.⁵⁷⁰

De esta meta común se derivan también los siguientes rasgos comunes: en ambos casos se han de investigar siempre los hechos históricos y las circunstancias en que surgió el texto legal, negocial o contractual en cuestión. En ambos campos de la interpretación, lo que hayan querido decir y lograr los autores y responsables de

⁵⁶⁵ LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 308 ss; y COING, *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, ob. cit., p. 23 ss.

⁵⁶⁶ A la interpretación legislativa se le llama interpretación auténtica; a la que realizan los jueces, interpretación judicial o jurisprudencial. En ambos casos, la interpretación tiene carácter oficial o público. Al respecto, GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1978, p. 329-30; y KELSEN, *Teoría pura del derecho*, ob. cit., p. 349.

⁵⁶⁷ LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 293-7; *Id.*, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, Frankfurt/Berlin, Metzner, 1966; *Id.*, *Derecho de obligaciones*, t. I (*Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, München/Berlin, C.H. Beck, 1957, versión española y notas de Jaime SANTOS BRIZ), Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958; y RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 348-50.

⁵⁶⁸ RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 348-50; y LÜDERITZ, Alexander, *Auslegung von Rechtsgeschäften, Vergleichende Untersuchung anglo-amerikanischen und deutschen Rechts*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1966, p. 20 ss.

⁵⁶⁹ De acuerdo con este enfoque, el contenido del contrato constituye una norma individual. Al respecto, v. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, ob. cit., p. 88. Con un enfoque unitario de la interpretación, v. BETTI, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos* (trad. española y prólogo de José Luis DE LOS MOZOS), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1975, p. 88.

⁵⁷⁰ RÜTHERS, ob. cit., p. 349.

esos textos, puede ser un factor absolutamente decisivo, en especial cuando esa voluntad se ha plasmado en el texto de la ley, del negocio o del contrato de forma insuficiente, falsa e incluso cuando está ausente.⁵⁷¹

Ahora bien, la primera diferencia entre la interpretación de la ley y de los negocios jurídicos se refiere al círculo de sus destinatarios, lo que conduce a diferentes principios y criterios de interpretación: en el caso de los negocios jurídicos se ha de distinguir si se trata de una declaración de voluntad que deba corroborarse por el destinatario o contraparte, como sería el caso, por ejemplo, del testamento, en donde es relevante exclusivamente la voluntad de quien declara.⁵⁷²

Algo muy diferente sucede con las declaraciones de voluntad que requieren una corroboración de la contraparte, como sería el caso de los contratos, en donde el criterio esencial lo constituye el horizonte del destinatario, y siendo éste una persona sensata y cuidadosa, se pregunta cómo hubiera entendido la declaración respectiva.⁵⁷³

38. De la interpretación del contrato en general.⁵⁷⁴

La labor hermenéutica no se refiere únicamente a los preceptos jurídicos generales, sino que puede dirigirse al descubrimiento del significado o sentido de normas individuales, como sucede cuando se interpreta un contrato, un testamento o un acto administrativo o judicial.⁵⁷⁵

Interpretar un contrato es inquirir el sentido o significado de sus cláusulas, con el propósito de descubrir la “norma contractual”.⁵⁷⁶

⁵⁷¹ LÜDERITZ, *Auslegung von Rechtsgeschäften*, p. 20 ss. A la interpretación de la ley, de manera consistente la jurisprudencia alemana ha aplicado tanto el § 133 BGB, referente a las declaraciones de voluntad, así como la regla *falsa demonstratio non nocet*, propia de los negocios jurídicos.

Al respecto, RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 349-50.

⁵⁷² LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 293; y RÜTHERS, ob. cit., p. 348.

⁵⁷³ RÜTHERS, Bernd, *Allgemeiner Teil des BGB*, Múnich, C.H. Beck, 2017, núm. 228 ss; e *Id.*, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 349.

⁵⁷⁴ Respecto de la interpretación de los contratos y demás actos jurídicos, v. DANZ, Erich, *La interpretación de los negocios jurídicos* (trad. de Wenceslao ROCES y notas de Francisco BONET RAMÓN), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955; LARENZ, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, ob. cit.; ALPA, Guido (dir.), *L'interpretazione del contratto, Orientamenti e tecniche della giurisprudenza*, Milán, Giuffrè, 1983; LEWISON, Kim, *The interpretation of Contracts*, Londres, Sweet and Maxwell, 1989; CALNAN, Richard, *Principles of Contractual Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 8 ss.; GENDRON, François, *L'interpretation des contrats*, Montreal, Wilson & Lafleur Ltée, 2002.

Sobre la interpretación de los contratos en el código civil francés siguen siendo de provecho las clásicas obras de GÉNY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, París, LGDJ, 2016 (reimp. de la edición de 1919); y GAUDEMET, Eugène, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, París, Sirey, 2002 (reimpresión de la edición póstuma de 1934).

⁵⁷⁵ Sobre el concepto de norma individual, v. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, ob. cit., p. 88.

⁵⁷⁶ Como sucede en la interpretación de la ley (o de normas generales y abstractas), en la de los contratos, testamentos y resoluciones administrativas (normas individuales), se ha de distinguir entre “expresión de la norma” y “norma expresada”, o entre disposición y norma.

Al respecto, GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al estudio del derecho*, ob. cit., p. 331.

38.1. Noción.⁵⁷⁷

La interpretación es la operación mediante la cual se verifica, establece o define el sentido o significado, jurídicamente relevante, del contrato.⁵⁷⁸ Cuando el sentido o significado del contrato, esto es, cuando la voluntad común de las partes no se deduce claramente del texto del acuerdo, el intérprete debe proceder, mediante reglas y criterios objetivos, a comprobar o establecer el contenido sustancial del contrato, o el significado jurídicamente relevante de éste, con base en una valoración normativa (interpretación objetiva del contrato).⁵⁷⁹

En resumen, la función de la interpretación contractual es la de comprobar el significado objetivo, es decir, el contenido sustancial del contrato, operación que por la peculiaridad de su objeto (la comprobación del significado contractual), se rige por reglas y principios propios, distintos de los de la interpretación jurídica general.⁵⁸⁰

38.2. Interpretación y valoración jurídica del contrato.

En sentido amplio, además de la fijación del contenido del contrato, la interpretación comprende la comprobación de la existencia y la calificación jurídica del acto (o la subsunción o clasificación de éste dentro del cuadro jurídico que se considere apropiado), así como la comprobación de los demás elementos relevantes, pero todo con el fin de verificar el significado contractual, vale decir, de comprobar qué establecieron las partes, o de fijar los efectos o el contenido del contrato.⁵⁸¹

Según otra perspectiva, la calificación jurídica del acto hace parte de una operación distinta de la interpretación, en sentido estricto, del contrato: su valoración jurídica,

⁵⁷⁷ DÍEZ GARCÍA, Helena y GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, «*Interpretación e integración del contrato*», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Tratado de contratos, ob. cit.*, p. 807 ss.

⁵⁷⁸ El contrato es el acto mediante el cual las partes, de manera autónoma, disponen de sus derechos e intereses. En este sentido, interpretar el contrato significa verificar o definir su contenido, esto es, aquello que las partes dispusieron. Ahora bien, el significado del contrato, como expresión de la voluntad común de las partes, es aquel que resulta de una apreciación objetiva del acto.

Como acuerdo o consenso recíproco, el significado del contrato debe responder a aquello que las partes, objetiva y reconociblemente, quisieron establecer (interpretación objetiva del contrato). Al respecto, BIANCA, *Derecho civil, El contrato, ob. cit.*, p. 429-30; y BIGLIAZZI-GERI, Lina, «*L'interpretazione del contratto*», en SCHLESINGER, Piero (dir.), *Commentario al codice civile*, Milán, Giuffrè, 1991, p. 31.

⁵⁷⁹ BIANCA, *Derecho civil, El contrato, ob. cit.*, p. 430.

⁵⁸⁰ BIANCA, *Derecho civil, El contrato, ob. cit.*, p. 432; y EGGER, August, «*Grundsätze der Vertragsauslegung*», en *ID., Ausgewählte Schriften und Abhandlungen*, II, Zurich, 1957, p. 103. La calificación jurídica del acto hace parte de una operación distinta de la interpretación en sentido estricto del contrato: su valoración jurídica, la cual comprende la calificación, la verificación y la integración de los efectos del contrato. En resumen, mientras la interpretación en estricto sentido se dirige a comprobar qué establecieron las partes, la valoración jurídica, por el contrario, se encamina a verificar el valor jurídico del acto.

⁵⁸¹ Al respecto, BIANCA, *Derecho civil, El contrato, ob. cit.*, 432-33; RIZZO, Vito, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Nápoles, Esì, 1985, p. 132; y DANZ, *La interpretación de los negocios jurídicos, ob. cit.*, p. 35.

la cual, a su vez, comprende la calificación, la verificación y la integración de los efectos del mismo.⁵⁸²

En resumen, mientras la interpretación en estricto sentido se dirige a comprobar qué establecieron las partes (lo que ellas “programaron”; o lo que ellas quisieron obtener con la manifestación de su voluntad), la valoración jurídica, por el contrario, se encamina a verificar el valor jurídico del acto.⁵⁸³

Por fuera de esta orientación general, el legislador ha dictado las siguientes reglas particulares de interpretación de los contratos como la variedad más importante de los negocios jurídicos patrimoniales (arts. 1618-1624 c.c.col.).⁵⁸⁴

38.3. Criterios y elementos particulares de interpretación de los contratos.

38.3.1. Criterios.

En cuanto a los criterios que deben presidir la interpretación de los contratos, existen dos tendencias o escuelas:⁵⁸⁵

⁵⁸² La distinción entre interpretación y valoración jurídica tiene importancia, por otra parte, desde el punto de vista del control de la sentencia mediante el recurso de casación. La interpretación del contrato está reservada, en efecto, al juez de conocimiento, y no puede ser revisada en casación a partir de valoraciones de hecho.

Esta reserva, sin embargo, encuentra su límite en la violación de las normas de la hermenéutica (violación de uno de los criterios legales que se traduzca en una interpretación errónea o en una aplicación equivocada de la ley), así como por vicios en la motivación.

Al respecto, BIANCA, *Derecho civil, El contrato, ob. cit.*, 434.

⁵⁸³ BIANCA, *Derecho civil, El contrato, ob. cit.*, 433. La calificación puede caracterizarse como la operación de clasificar el contrato, es decir, a establecer en cuál esquema jurídico-causal se debe encuadrar. La verificación de los efectos tiende a establecer la relevancia jurídica del contenido del contrato.

La integración del contrato, por su parte, supone una laguna contractual, un vacío en el contenido del acuerdo, esto es, una falta de previsión de las partes respecto de un aspecto de la relación no susceptible de ser resuelto mediante la aplicación de los criterios hermenéuticos.

La interpretación, en efecto, opera para fijar o comprobar el significado de la regla del contrato, en tanto que la integración presupone la falta de tal regla.

Al respecto, BIANCA, *ob. cit.*, p. 433; y BICKEL, Dietrich, *Die Methoden der Auslegung rechtsgesättlicher Erklärungen*, Marburgo, Elwert, 1976, p. 139

⁵⁸⁴ Las reglas sobre interpretación contractual a que se refieren las disposiciones indicadas son de ineludible aplicación por los jueces y tribunales del país, y su desconocimiento puede dar lugar al recurso de casación por infracción directa o indebida aplicación de las mismas.

Al respecto, v. SCSJ-SCC del 23 de febrero de 1961 (GJ, t. XCIV, p. 551); y VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *ob. cit.*, p. 165, nota 14.

En la doctrina colombiana, v. también, FRANCO VICTORIA, Diego, “*Interpretación de los contratos*”, Revista de Derecho Privado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, n° 11, 2006, p. 127 ss; ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, «*La interpretación del contrato*», en CASTRO DE CIFUENTES, Marcela (coord.), *Derecho de las obligaciones*, t. I, Bogotá, Universidad de los Andes/Temis, 2010; LÓPEZ MEDINA, Diego, *La letra y el espíritu de la ley, Reflexiones pragmáticas sobre el lenguaje del derecho y sus métodos de interpretación*, Bogotá, Temis/Universidad de los Andes, 2012; JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos*, Bogotá, Ibáñez/Universidad Javeriana, 2016; y VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 161.

⁵⁸⁵ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, ob. cit.*, t. III, p. 715-20.

1º La clásica, subjetivista o de la autonomía de la voluntad, según la cual la interpretación debe investigar la común intención de las partes (en lo que estas hayan previsto, no le es lícito al juez prescindir de la voluntad de ellas); y

2º La moderna u objetivista, según la cual el juez debe inspirarse, no en esa supuesta voluntad común de las partes o en los intereses que les mueve a contratar, los que son generalmente opuestos, sino en el significado normal y usual de sus declaraciones de voluntad, en cómo entiende la generalidad de las gentes una determinada conducta, en el sentido que por lo general se atribuye al comercio jurídico o el fin económico o el efecto que persiguen las partes con la ejecución de las obligaciones que se derivan del contrato o del principio de buena fe.⁵⁸⁶

Los efectos del contrato no son sólo los queridos por las partes, sino los derivados de la buena fe, del uso y de la ley, superiores a la voluntad de los contratantes. Los códigos civiles modernos combinan criterios subjetivos de interpretación con criterios objetivos que matizan, templan y complementan el rigor de aquellos.⁵⁸⁷

38.3.2. Elementos de la interpretación.⁵⁸⁸

La interpretación sirve para fijar el sentido de lo querido y manifestado por las partes, para establecer qué se ha querido efectivamente decir con las palabras empleadas por estas y qué efectos jurídicos se derivan de dicha voluntad.⁵⁸⁹

Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas (*in claris non fit interpretatio*).⁵⁹⁰

La interpretación, en consecuencia, sólo es necesaria cuando para resolver dudas o ambigüedades no basten los términos que se trata de interpretar. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de las partes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.⁵⁹¹

Dicha intención ha de ser común a los contratantes y evidente o manifiesta, para lo cual ha de atenderse a los actos de éstos, anteriores, coetáneos o posteriores al

⁵⁸⁶ CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, t. III, p. 715-20.

⁵⁸⁷ *ob. cit.*, t. III, p. 715-20.

⁵⁸⁸ JARAMILLO JARAMILLO, *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos*, *ob. cit.*, p. 88; y VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, *ob. cit.*, p. 161.

⁵⁸⁹ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español*, *ob. cit.*, t. III, p. 723-9.

⁵⁹⁰ VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, *ob. cit.*, p. 161; y JARAMILLO JARAMILLO, *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos*, *ob. cit.*, p. 88.

⁵⁹¹ VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, *ob. cit.*, p. 161.

contrato. En los actos preparatorios del contrato puede encontrarse precisamente el mejor indicio de la voluntad de los interesados.⁵⁹²

Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberá entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos que los interesados se propusieron contratar. Por otra parte, los enunciados incompletos deben suplirse por las cláusulas que según el uso o la costumbre del lugar suelen emplearse en tal tipo de contratos.⁵⁹³

En el caso de cláusulas dudosas, las mismas deberán interpretarse unas con otras, atribuyendo el sentido que resulte del conjunto de todas (interpretación sistemática). Sería ilógico o irrazonable entender que las contradicciones que se deriven de los términos del contrato sean realmente queridas por las partes (interpretación lógica).⁵⁹⁴

Las cláusulas o palabras que admitan diversos sentidos, deberán entenderse en el más conforme a la naturaleza y objeto del contrato, y en el más adecuado para que produzca algún efecto o significado útil, y entre varios significados útiles el más aprovechable para alcanzar la finalidad económica del contrato, pues ha de presumirse que las partes se propusieron hacer una cosa efectiva y aprovechable, no una ilusoria o impracticable.⁵⁹⁵

El uso o la costumbre del país (el lugar de celebración o de ejecución) se tendrá en cuenta para interpretar las ambigüedades del contrato (elemento consuetudinario). Las prácticas observadas, reiteradas y admitidas completan la exégesis del contrato.⁵⁹⁶

La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no favorecerá a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad, como sucede con frecuencia en los contratos de adhesión y en los concertados a través de condiciones generales (seguro, por ejemplo), en los que tal oscuridad es imputable a una sola parte (*interpretatio contra proferentem*).⁵⁹⁷

Si las dudas recaen sobre aspectos accidentales del contrato, si este fuere gratuito, se resolverán en el sentido de la menor transmisión de derechos e intereses; pero si fuere oneroso, la duda se resolverá en el sentido de la mayor reciprocidad de intereses.⁵⁹⁸

⁵⁹² VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *ob. cit.*, p. 161.

⁵⁹³ *ob. cit.*, p. 161.

⁵⁹⁴ VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, *ob. cit.*, p. 161; y JARAMILLO JARAMILLO, *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos*, *ob. cit.*, p. 88.

⁵⁹⁵ VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, *ob. cit.*, p. 161.

⁵⁹⁶ VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *ob. cit.*, p. 161.

⁵⁹⁷ *ob. cit.*, p. 161.

Si las dudas recayesen sobre el objeto principal del contrato y las mismas no puedan resolverse o conocerse la real intención de las partes, agotados los esfuerzos para la conservación del contrato, deberá declararse la nulidad del mismo.⁵⁹⁹

Estas últimas reglas se denominan cláusulas de cierre, de aplicación subsidiaria cuando no sea posible averiguar la intención común de las partes mediante los otros criterios de interpretación (elementos técnico-jurídicos y de equidad contractual).⁶⁰⁰

39. Reglas particulares de la interpretación de los contratos.⁶⁰¹

Al interpretar un contrato, se debe indagar la intención común de las partes, más que al sentido literal de las palabras.⁶⁰²

A partir de este principio básico, el código civil impone la obligación de valorar en su conjunto el comportamiento de las partes, incluso el posterior a la celebración del contrato (interpretación global o integral); apreciar las cláusulas del contrato en su conjunto (interpretación sistemática); presumir que las expresiones generales se limitan al objeto del contrato (interpretación presuntiva); así como interpretar el contrato en el sentido que tenga algún efecto práctico (interpretación útil); las cláusulas ambiguas según los usos y prácticas del lugar de celebración del contrato y, en fin, en el sentido menos gravoso para el obligado (*in dubio pro debitoris*).⁶⁰³

Igualmente, el legislador impone la regla de interpretar el contrato según la buena fe y aquella según la cual, ante expresiones que puedan tener más de un sentido, entenderlas en aquel que sea más conveniente al objeto y la naturaleza del contrato (interpretación funcional).⁶⁰⁴

Algunos códigos, como el civil italiano (art. 1370), imponen la regla de interpretar las cláusulas incluidas en las condiciones generales del contrato en el sentido que más favozca al adherente.⁶⁰⁵

⁵⁹⁸ VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 161.

⁵⁹⁹ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, ob. cit.*, t. III, p. 723-9.

⁶⁰⁰ CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, p. 723-9.

⁶⁰¹ RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole, ob. cit.*, p. 132.

⁶⁰² BIANCA, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 439. Según el artículo 1618 c.c.col., "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras", norma que se inspira en el conocido pasaje atribuido a PAPIANIO: "*in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*" (D. 50.16.219).

⁶⁰³ BIANCA, *Derecho civil, El contrato, ob. cit.*, p. 436.

⁶⁰⁴ BIANCA, *ob. cit.*, p. 437; y SCOGNAMIGLIO, Claudio, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padua, Cedam, 1992, p. 382.

⁶⁰⁵ BIANCA, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 436. Las reglas de la interpretación subjetiva, vale decir, las que tienden a verificar la intención común de las partes, son las siguientes: la interpretación según la buena fe; la interpretación literal; la interpretación global; la interpretación sistemática; la interpretación funcional; la interpretación presunta de las expresiones generales; y las indicaciones ejemplificativas.

39.1. Las reglas de interpretación como normas jurídicas.

Las reglas legales de interpretación son normas jurídicas, en el sentido de que son verdaderos preceptos, y no simples criterios facultativos dejados al prudente arbitrio del juez. Al mismo tiempo, las reglas hermenéuticas legales son normas técnicas cuando se adecúan a los cánones comunes de la lógica y de la experiencia.⁶⁰⁶

Como normas jurídicas, la violación de las reglas legales de interpretación por parte del juez da pie para el recurso de casación.⁶⁰⁷

Por otra parte, los destinatarios de estas normas no son sólo los jueces, sino todos aquellos que tienen la obligación, o la carga (BETTI)⁶⁰⁸ de interpretar el contrato, ante todo las partes, pues en aplicación de la diligencia debida, ellas se deben adecuar a los criterios legales de interpretación en vista a desarrollar o cumplir de manera exacta la relación contractual.⁶⁰⁹

Por último, las reglas hermenéuticas pueden ser derogadas por las partes, a excepción de la que impone la interpretación según la buena fe, considerada como un principio de orden público.⁶¹⁰

39.2. La intención común de las partes.

A propósito de lo que ha de entenderse por voluntad común de las partes, pueden identificarse en la doctrina dos concepciones diferentes: la primera identifica esa intención común en la voluntad de las partes (concepción subjetiva o psicológica); la segunda identifica la intención común en el valor objetivo del contrato, reconocible en las declaraciones y en la conducta de las partes (concepción objetiva).⁶¹¹

Las reglas de la llamada interpretación objetiva tienen carácter subsidiario (principio de jerarquía), en la medida en que encuentran aplicación cuando el recurso a los criterios de interpretación subjetiva no conduce a un resultado cierto. En otros términos, la determinación objetiva del significado o alcance que se debe atribuir a la declaración negocial carece de razón cuando la indagación subjetiva conduce a un resultado útil.

Al respecto, BIANCA, *Derecho civil, ob. cit.*, 437.

⁶⁰⁶ BIANCA, *ob. cit.*, 437.

⁶⁰⁷ *ob. cit.*, p. 438.

⁶⁰⁸ BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos, ob. cit.*, p. 141.

⁶⁰⁹ BIANCA, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 438; y BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos, ob. cit.*, p. 141.

⁶¹⁰ BIANCA, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 438; y SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio, *Il contratto*, Turín, Utet, 2016. La tesis de la derogabilidad de las reglas de la interpretación parte del respeto de la intención común de las partes, principio que obliga al juez a atenerse a la intención común que ellas hayan manifestado, aun indirectamente, por medio de derogaciones a las reglas legales de interpretación.

Por el contrario, la tesis de la inderogabilidad de tales reglas parte de considerar al juez como destinatario principal de las mismas.

Al respecto, BIANCA, *ob. cit.*, p. 438.

⁶¹¹ BIANCA, *ob. cit.*, p. 439.

Para los fines de la interpretación, señalan los autores de la teoría subjetiva, la declaración es relevante en cuanto evidencia el querer interno de las partes, o lo que éstas realmente quisieron cuando celebraron el contrato.⁶¹²

La interpretación del contrato ha de tener en cuenta la intención común objetivada en el acuerdo, vale decir, no la intención de cada una de las partes, sino aquel segmento de las intenciones respectivas que se hayan fundido, dando lugar a la voluntad común que constituye la ley del contrato.⁶¹³

El contrato, como acuerdo, supone un compromiso, y la intención común se concreta en el significado que para las partes tuvo el compromiso asumido, significado que se presume es el normal, es decir, aquel que, dadas determinadas circunstancias, se puede razonablemente atribuir a las declaraciones y conductas de los contratantes.⁶¹⁴

Significado normal, en otras palabras, es la intención contractual referible a cualquier persona razonable puesta en la posición de las partes contratantes.⁶¹⁵ El significado anómalo que la parte atribuye a la declaración propia, no puede prevalecer, en ningún caso, sobre el significado normal de ella.⁶¹⁶

La prueba de estas circunstancias está a cargo de quien quiere hacer valer un significado divergente del que es normal o típico del texto del contrato.⁶¹⁷

39.3. La interpretación literal del contrato.

Si bien al indagar la intención común de las partes el intérprete no se puede limitar al sentido literal de las palabras, sin duda el texto del contrato constituye el primer eslabón de la operación interpretativa, pues las declaraciones contractuales normalmente se hacen con el fin de expresar un cierto sentido, deducible de las palabras mismas,⁶¹⁸ que no es otro que el significado usual, propio del tipo y lugar

⁶¹² *ob. cit.*, p. 439; y STOLFI, Giuseppe, *Teoría del negocio jurídico*, Padua, Cedam, 1962, p. 232. En general se objeta a la teoría voluntarista desconocer la realidad social del contrato, como quiera que, en varios casos, el resultado de la interpretación no expresa la voluntad real de las partes, ni la voluntad común es un dato necesario para la perfección del acuerdo.

A la concepción objetiva, a su vez, se le critica el hecho de que juzga el contrato desde afuera, con el peligro de sacrificar la verdadera determinación de las partes.

Al respecto, BIANCA, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 440.

⁶¹³ BIANCA, *ob. cit.*, p. 440.

⁶¹⁴ *ob. cit.*, p. 440; y LEWISON, *The interpretation of Contracts, ob. cit.*, p. 7.

⁶¹⁵ LEWISON, *ob. cit.*, p. 7.

⁶¹⁶ BIANCA, *Derecho civil, El contrato, ob. cit.*, p. 441.

⁶¹⁷ BIANCA, *ob. cit.*, p. 441.

⁶¹⁸ *ob. cit.*, p. 447.

del contrato, el correspondiente al sentido técnico o dialectal de los términos, o al significado peculiar o convencional de las palabras usadas.⁶¹⁹

39.3.1. El carácter subsidiario de los criterios de interpretación no literal del contrato.

En general se atribuye un carácter subsidiario a todos los criterios de interpretación no literal del contrato. Tales criterios, en otras palabras, serían secundarios en cuanto utilizables sólo cuando el texto del contrato no indique, de manera segura, la voluntad de las partes. En este sentido, sólo cuando las expresiones literales no sean claras, precisas o unívocas se puede recurrir a las otras reglas hermenéuticas.⁶²⁰

Si las expresiones usadas por las partes tienen un significado claro e inequívoco, queda superada la necesidad del recurso a otros criterios hermenéuticos, siempre que la interpretación literal permita apreciar la intención común de las partes (*in claris non fit interpretatio*).⁶²¹

Contra el anterior criterio, que hace superflua la interpretación o la limita a los casos en que el significado del contrato es problemático, se alza el de quienes sostienen que el recurso a la interpretación se impone aun frente a un texto aparentemente claro, o cuando el significado literal del texto no corresponda con el significado concreto y efectivo del compromiso asumido por las partes.⁶²²

Para indagar la intención común de las partes no ha de limitarse el intérprete al sentido literal de las palabras, sino que debe acudir a todos los criterios legales de interpretación del contrato.⁶²³

39.3.2. La prevalencia de la intención de los contratantes sobre la literalidad de las palabras.

En la interpretación de los negocios jurídicos se ha de buscar la voluntad real de los declarantes (art. 1618 c.c.col.), que es la misma voluntad interna en la forma en que se haya declarado o exteriorizado; así como tener en cuenta la buena fe de los negociantes o de terceros, lo que en ocasiones hará que prevalezca la voluntad

⁶¹⁹ IRTI, Natalino *Testo e contesto, Una lettura dell'art. 1362 del Codice civile*, Padua, Cedam, 1996, quien ve en la literalidad la expresión objetiva del lenguaje y el objeto de la interpretación (p. 159); y BIANCA, *Derecho civil, El contrato, ob. cit.*, p. 447.

⁶²⁰ BIANCA, *ob. cit.*, p. 442.

⁶²¹ *ob. cit.*, p. 442.

⁶²² Al respecto, COSSU, «*L'interpretazione del contratto*», en ALPA, Guido (ed.), *L'interpretazione del contratto*, Milán, Giuffrè, 2001, p. 164; y BIANCA, *Derecho civil, El contrato, ob. cit.*, p. 442.

⁶²³ COSSU, *L'interpretazione del contratto, ob. cit.*, p. 164; y BIANCA, *Derecho civil, El contrato, ob. cit.*, p. 442.

declarada, aunque se halle en contradicción con lo realmente querido por los declarantes.⁶²⁴

Con frecuencia las palabras empleadas por los contratantes corresponden a lo que ellos realmente quisieron. En este caso se identifica la interpretación lingüística o literal con la interpretación lógica.⁶²⁵

Puede suceder, sin embargo, que las palabras empleadas no hayan recogido exactamente lo que quisieron los contratantes, caso en el cual la labor de interpretación se centrará en indagar la voluntad real de los declarantes para hacerla prevalecer sobre la literalidad de las palabras.⁶²⁶

La intención auténtica o real puede deducirse de las circunstancias que rodearon la celebración del contrato, como las conversaciones o tratos preliminares que le sirvieron de antecedente, los hechos anteriores que le han preparado o las ofertas y promesas que contienen los elementos esenciales del mismo.⁶²⁷

También pueden servir de criterios para deducir el alcance exacto de la declaración de voluntad los actos coetáneos y posteriores a la celebración del contrato, que complementen o se relacionen con el mismo.⁶²⁸

De esta manera, las cláusulas de un contrato podrán interpretarse por las de otro contrato celebrado por las mismas partes y sobre la misma materia, o por la aplicación práctica que de ellas hayan hecho ambas partes, o una de ellas con la aprobación de la otra (art. 1622 c.c.col.).⁶²⁹

39.4. Significado aparente y protección de terceros.

Por otra parte, el significado oculto del contrato, vale decir, el opuesto o divergente al aparente que pueda resultar de la interpretación literal del texto o, entre el significado normalmente atribuible al texto del contrato y el significado particular que las partes le atribuyen, es inoponible a terceros.⁶³⁰

⁶²⁴ El principio según el cual el contrato se ha de interpretar indagando la intención común de las partes (art. 1618 c.c.col.), expresa la función propia de la interpretación contractual, que se dirige, como se expresa arriba, a comprobar o fijar el significado o contenido del contrato. Este significado o contenido responde, en esencia, a la intención común de las partes, toda vez que el contrato es un acto de autonomía mediante el cual las partes disponen de su esfera jurídica.

Al respecto, BIANCA, *Derecho civil, El contrato, ob. cit.*, p. 439; SCALISI, Antonino, *L'interpretazione del contratto, Il profilo della comune intenzione delle parti*, Milán, Giuffrè, 1996, p. 80 ss; y CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos, ob. cit.*, p. 399-403.

⁶²⁵ BIANCA, *Derecho civil, El contrato, ob. cit.*, p. 439.

⁶²⁶ Según CELSO (Dig. 3, 17), en la aplicación del derecho no se debe obediencia a las letras, sino más bien a lo realmente querido y debido ("*vim ac potestem*"). Al respecto, RÜTHERS, *Teoría general del derecho, ob. cit.*, p. 349-50; y BLUME, Fred (trasl.), *The Codex of Justinian* (FRIER, Bruce, ed.), Cambridge University Press, 2016.

⁶²⁷ RÜTHERS, *Teoría general del derecho, ob. cit.*, p. 349-50.

⁶²⁸ VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 162-3.

⁶²⁹ VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *ob. cit.*, p. 162-3.

⁶³⁰ BIANCA, *Derecho civil, El contrato, ob. cit.*, p. 447 y 465.

El fundamento de esta tutela es la buena fe de los terceros que creen o confiadamente se atienen al significado que aparente o normalmente se atribuye al texto del contrato, tal como ocurre en materia de simulación en que se permite a los terceros que hayan adquirido derechos sobre la base del significado aparente, oponer tal significado a las partes.⁶³¹

39.5. Averiguación del significado que más convenga al contrato en su totalidad y a su propia naturaleza. Interpretación global del contrato y valoración del comportamiento de las partes en su conjunto.⁶³²

Cuando exista contradicción entre las distintas cláusulas, unas y otras han de interpretarse en el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad o que mejor cuadre a su propia naturaleza (arts. 1621-1623 c.c.col.).⁶³³

El significado del acuerdo y la intención común de las partes se ha de deducir del comportamiento global de las mismas, aun del comportamiento posterior a la celebración del contrato.⁶³⁴

Por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre la que se ha contratado (art. 1619 c.c.col.) y las cláusulas de uso común se presumen aunque no hayan sido expresadas (art. 1621 c.c.col.).⁶³⁵

Al examinarse el contrato en su totalidad y en su propia naturaleza, han de tenerse en cuenta las reglas de la equidad y de la buena fe contractual, lo que conduce a dar al contrato no sólo una utilidad privada, sino también social.⁶³⁶

39.6. Las reglas del máximo significado útil de las cláusulas contractuales, favor debitoris (in dubio pro debitoris) e interpretatio contra proferentem.⁶³⁷

La interpretación en que una cláusula puede producir algún efecto, ha de preferirse a aquella en que no sea capaz de producir efecto alguno (art. 1620 c.c.col.).⁶³⁸

⁶³¹ BIANCA, *ob. cit.*, p. 465. Sobre la oponibilidad del significado aparente a las partes y la protección de los terceros en la simulación de los negocios jurídicos, v. FERRARA, Francesco, *Della simulazione nei negozi giuridici*, Roma, Athenaeum, 1922 [La simulación de los negocios jurídicos (ATARD, Rafael y DE LA PUENTE, Juan, trad.), Madrid, Revista de Derecho Privado, 1953]; BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico* (MARTÍN PÉREZ, Antonio, trad.), Granada, Comares, 2010, p. 273 ss; DAGOT, Michel, *La simulation en droit privé*, París, LGDJ, 1967; GENTILI, *Il contratto simulato, Teorie della simulazione e analisi del linguaggio*, Nápoles, Jovene, 1982; NUTI, Giuseppe, *La simulazione del contratto nel sistema del diritto civile*, Milán, Giuffrè, 1986; y FURGIUELE, Giovanni, *Della simulazione di effetti negoziale*, Padua, Cedam, 1992.

⁶³² BIANCA, *Derecho civil, El contrato, ob. cit.*, p. 448.

⁶³³ VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 162-3.

⁶³⁴ BIANCA, *Derecho civil, El contrato, ob. cit.*, p. 448.

⁶³⁵ VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 162-3.

⁶³⁶ VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *ob. cit.*, p. 163-4; y SCSJ-SCC de 2 de agosto de 1935 (GJ, t. XIII, p. 343).

⁶³⁷ DÍEZ GARCÍA, Helena y GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, *Interpretación e integración del contrato, ob. cit.*, p. 882 ss.

⁶³⁸ VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 164; y CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos, ob. cit.*, p. 446.

Las cláusulas ambiguas deben interpretarse a favor del deudor (*favor debitoris* o *in dubio pro debitoris*) o en contra de quien las ha estipulado (*interpretatio contra proferentem*), reglas según las cuales, en caso de duda, razonablemente ha de entenderse que se ha asumido la menos pesada obligación, que se ha hecho la menor renuncia o que se ha consentido en la menor restricción del propio derecho, así como que, como concreción del principio de buena fe contractual, se han de interpretar las cláusulas ambiguas contra quien las ha extendido o dictado, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella (art. 1624 c.c.col.).⁶³⁹

40. La interpretación de los contratos de consumo.⁶⁴⁰

Al igual que el derecho del trabajo, en materia de interpretación del contrato, el derecho del consumo se basa en el criterio *favor debitoris*, en el sentido de que impone al juez el siguiente deber concreto: en caso de duda, las cláusulas de los contratos impuestos por los profesionales a los consumidores se interpretarán en el sentido más favorable al consumidor (art. 4º, inc. 3º), criterio que trasluce el principio de igualdad y la finalidad tuitiva o protectora del derecho contractual del consumo.⁶⁴¹

Según el artículo 4º EC, las normas del estatuto deberán interpretarse de la forma más favorable al consumidor y, en caso de duda, se resolverá en favor de este. Seguidamente establece esa misma disposición que, en lo no regulado por la Ley 1480 de 2011, en tanto no contravengan los principios de ésta, se aplicarán las reglas contenidas en el código de comercio o en el código civil, si se trata de asuntos de carácter sustancial.⁶⁴²

Por su parte, el artículo 34 EC establece que las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor y, en caso

⁶³⁹ VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 164. La regla de la interpretación *contra proferentem* tiene una importante aplicación en los contratos de consumo, en especial en los de adhesión a condiciones generales.

⁶⁴⁰ GENOVESE, Andrea, *La interpretazione del contratto standard*, Milán, Giuffrè, 2008.

⁶⁴¹ CodeConsum., arts. 132-2 y 133-2. Sobre el alcance de dicho mandamiento, vale decir, si constituye un principio autónomo, oponible a las reglas comunes, enderezadas a desentrañar la genuina voluntad de las partes, o si, por el contrario, tiene un carácter subsidiario, utilizable ante el fracaso de los otros medios, así como su relación con el principio *contra proferentem* (art. 1624 c.c.col), la jurisprudencia civil colombiana ha establecido el carácter subsidiario de este último, sólo aplicable en la medida en que hayan fracasado los esfuerzos de interpretación realizados con base en las demás reglas contenidas en los artículos 1619 a 1623 c.c.col.

Si el texto del contrato no es claro, es necesario auscultar la intención común de las partes, para lo cual es de utilidad saber si éstas han interpretado de consuno dicho texto, bien con ocasión de contratos similares anteriores, ya por la aplicación práctica que del contrato han hecho. Si la duda o la ambigüedad persiste, se aplicarán las demás reglas de interpretación, dejando como recurso *in extremis* la norma contenida en el artículo 1624 c.c.col, que además de criterio hermenéutico, es la aplicación de los tres principios siguientes: el de *favor debitoris*, el principio *contra stipulatorem* o contra el predisponente y el que impide alegar la propia torpeza o culpa en beneficio propio (*non auditur propiam allegans turpitudinem*) [Cas. 1º de agosto de 2002, exp. 6907].

Al respecto, HINESTROSA, *Tratado, ob. cit.*, t. II, p. 195-7, n. 4204.

⁶⁴² CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas, ob. cit.*, p. 88.

de duda, prevalecerán las cláusulas más favorables a este sobre aquellas que no lo sean.⁶⁴³

De lo anterior puede concluirse lo siguiente:

1º La Ley 1480 de 2011 establece dos reglas de interpretación, una general (art. 4º, inc. 3º EC) y otra específica (art. 34 EC), aplicable la primera a todos los contratos de consumo (negociados o de adhesión), y la segunda, únicamente a los contratos de adhesión a condiciones generales.

La primera regla es una concreción, en el plano de la interpretación de los contratos de consumo, del principio general *pro consumatore*; la segunda lo es en el plano aún más concreto de la contratación predispuesta y, dentro de ésta, de los contratos de adhesión a condiciones generales.⁶⁴⁴

2º Las reglas especiales de interpretación de la Ley 1480 de 2011 singularizan, como fue visto, junto a otros criterios, el derecho contractual del consumo frente al derecho común de contratos, civil y comercial, y la insuficiencia de las reglas tradicionales de interpretación de éste explica la existencia de las establecidas en los artículos 4º, inc. 3º, y 34 EC, por ser más adecuadas para la protección de los consumidores.⁶⁴⁵

No obstante la especialidad de las normas del derecho contractual de consumo, el legislador, a través de normas de remisión como el inciso final del artículo 4º EC, establece la coordinación y acomodación de aquéllas con el derecho común de contratos, pues los remedios especiales son compatibles con los del derecho común cuando se trata de un mismo supuesto de hecho, o al menos cuando existe identidad de sus circunstancias relevantes, o satisfagan un fin análogo.⁶⁴⁶

A falta de norma expresa, la compatibilidad o no de los remedios debe resolverse mediante las siguientes reglas y principios:

1º No redundancia, que exige dotar de algún contenido a las normas especiales;

2º El principio de especialidad;

3º El principio de interpretación favorable al consumidor (art. 4º, inc. 3º EC), que, en caso de duda, obliga a adoptar la solución que suponga mayor tutela;

⁶⁴³ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 88.

⁶⁴⁴ *ob. cit.*, p. 88.

⁶⁴⁵ *ob. cit.*, p. 88.

⁶⁴⁶ *ob. cit.*, p. 88.

4º El principio de protección de los consumidores, que obliga a elegir, entre las interpretaciones posibles de una norma, aquella que conduzca a una posición más favorable para el consumidor.⁶⁴⁷

Las reglas de interpretación del derecho común (arts. 1618-1624 c.c.col.), se hallan construidas sobre la idea de contrato como obra común de la voluntad y libertad de ambas partes contratantes, supuestamente situadas en pie de igualdad.⁶⁴⁸

Tal esquema tradicional, que corresponde al arquetipo liberal del contrato, resulta difícilmente aplicable a los contratos de adhesión o a los contratos predispuestos por una de las partes, en los que la otra, el simple adherente, sólo participa mediante su aceptación o rechazo, en unas condiciones de libertad y de voluntad notoriamente disminuidas.⁶⁴⁹

Ello dió lugar a que la jurisprudencia, desde antiguo y ante la falta de normas de protección de carácter imperativo, aplicara a los contratos predispuestos, no sólo como puro criterio interpretativo, sino también como medio concreto de control de las condiciones generales de contratación, la llamada *interpretatio contra stipulatorem*.⁶⁵⁰

41. La interpretación de las condiciones generales de contratación.⁶⁵¹

La interpretación de las condiciones generales, y de los contratos y actos jurídicos de las que ellas forman parte, sigue, con las debidas matizaciones o modulaciones, las reglas clásicas de la interpretación de la ley o del derecho,⁶⁵² sin perder de vista que se trata de interpretar un negocio jurídico, esto es, un acto de disposición de intereses particulares, lo que impone al juez una actitud especial y ciertos miramientos.⁶⁵³

⁶⁴⁷ GARCÍA VICENTE, *Contratación con consumidores*, ob. cit., p. 1449-51.

⁶⁴⁸ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español*, ob. cit., p. 715-20.

⁶⁴⁹ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 513-4.

⁶⁵⁰ DíEZ-PICAZO, ob. cit., p. 513-4.

⁶⁵¹ PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, ob. cit., p. 452 ss; y GENOVESE, *La interpretazione del contratto standard*, ob. cit., p. 88.

⁶⁵² GENOVESE, ob. cit., p. 88.

⁶⁵³ HINESTROSA, *Tratado*, ob. cit., t. II, p. 171; y CASELLA, Mario, *Il contratto e l'interpretazione*, Milán, Giuffré, 1961. Aun cuando se trata de comprobar un significado, bien de la ley, bien del contrato, ambas operaciones son, sin embargo, diferentes: la interpretación del contrato, en efecto, busca definir o establecer el significado o el contenido de un acto de autonomía privada, según la intención común de sus autores; mientras que la interpretación de la ley busca definir o fijar el contenido de una regla del ordenamiento, lo que supone problemas como el de su constiucionalidad que son extraños a la interpretación del negocio.

Esto explica y justifica la aplicación de reglas especiales para la interpretación del contrato, incluso cuando éste tenga un contenido típicamente normativo.

Al respecto, BIANCA, *Derecho civil, El contrato*, ob. cit., p. 431.

Los contratos con condiciones generales están sometidos a unas reglas especiales de interpretación, es decir, distintas a las previstas con carácter general en el derecho civil de contratos.⁶⁵⁴

La prevalencia de las condiciones especiales sobre las generales (prioridad de los acuerdos individuales); o la de la interpretación más benéfica para el adherente; o la resolución de las dudas a favor de este (imprecisión), son ejemplos de ellas.⁶⁵⁵

41.1. Prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales.

La primera regla, la de la prioridad de los acuerdos individuales (las condiciones particulares prevalecen sobre las generales), está llamada a resolver las contradicciones entre dos cláusulas claras de un mismo contrato y se fundamenta en el distinto título de legitimación negocial en que se basa cada una de ellas: el consentimiento en las primeras y el acto de adhesión en las segundas.⁶⁵⁶

La primacía de las condiciones particulares sobre las generales se basa, en efecto, en la prevalencia que el ordenamiento jurídico en general otorga a la voluntad común de las partes en la interpretación del contrato. Incluso la regla de la interpretación más favorable al adherente cede ante la regla que otorga preferencia a la autonomía de la voluntad en la determinación del contenido contractual.⁶⁵⁷

En efecto, en caso de duda o contradicción entre dos cláusulas de un contrato, ha de prevalecer el contenido consentido frente al impuesto en el acto de adhesión, lo que eleva a la regla de la prevalencia de las condiciones particulares en el primer nivel entre los distintos criterios de interpretación.⁶⁵⁸

Conforme a ello, en primer lugar, habrá de atenderse a la voluntad común de las partes, expresada sobre el precio y el objeto del contrato, para estimar si de la misma puede derivarse una razón válida que sirva para esclarecer el sentido de una condición general.⁶⁵⁹

Frente a la interpretación subjetiva (que atiende a la voluntad común de las partes), las condiciones generales pueden también interpretarse de forma objetiva, con atención del principio de la buena fe, que exige que las cláusulas contractuales sean interpretadas de modo que el sentido que se les atribuya sea el más acorde para

⁶⁵⁴ BENÍTEZ CAORCI, Juan José, *La interpretación en los contratos con cláusulas predispuestas*, Bogotá, Temis, 2002.

⁶⁵⁵ MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge, «Comentario, Artículo 6º, Reglas de interpretación», en ARROYO MARTÍNEZ/MIQUEL RODRÍGUEZ, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, ob. cit., p. 63-70.

⁶⁵⁶ Cfr. BGB, § 305 (§ 4 AGBG). “Siendo natural que las cláusulas acordadas luego de deliberación se tomen como fruto genuino del querer de las partes, su prevalencia sobre las generales o estándar es apenas natural, con la sola exigencia de la autenticidad de la discusión y el acuerdo a este propósito”: HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, ob. cit., t. II, p. 194.

⁶⁵⁷ MIQUEL RODRÍGUEZ, *Comentario, Artículo 6º, Reglas de interpretación*, ob. cit., p. 65.

⁶⁵⁸ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 513-4; y CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español*, ob. cit., p. 514

⁶⁵⁹ DíEZ-PICAZO, ob. cit., p. 513-4; y CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., p. 514.

alcanzar los resultados típicos o normales perseguidos por las partes que celebran el contrato, lo que excluye interpretaciones que conduzcan a resultados inesperados (cláusulas sorprendentes), por ser extraños o extravagantes al contenido natural del contrato que se celebra o ejecuta (interpretación según la naturaleza y objeto del contrato e interpretación según los usos).⁶⁶⁰

Esta regla de la prevalencia se aplica con carácter general a los contratos con condiciones generales, cualesquiera sean las circunstancias personales en que se hallen los contratantes.⁶⁶¹

El fundamento de tal disposición radica en que las condiciones particulares reflejan mejor la voluntad de las partes que las condiciones generales. Las condiciones particulares, en cuanto fueron singular y particularmente concertadas para un contrato determinado, son las que real y verdaderamente revelan la deliberada y manifiesta intención de las partes, derogando o anulando lo consignado en las condiciones generales.⁶⁶²

En principio, la regla de la prevalencia funciona cualquiera que sea la forma, oral o escrita, que adopten las condiciones particulares, incluso en los casos en que las condiciones generales hayan recogido una regla de forma escrita, siendo entonces un problema de prueba de la existencia de la condición particular.⁶⁶³

En el mismo sentido, la conducta de las partes en la ejecución del contrato puede ser un indicio de la existencia, incluso tácita, de una condición particular o, por lo menos, de la exclusión para el caso de la condición general.⁶⁶⁴

41.2. *Interpretatio contra proferentem.*

La segunda regla, en cambio, al establecer el deber de interpretar las dudas en el sentido más favorable al adherente (*interpretatio contra proferentem*), se dirige a resolver problemas interpretativos sobre el sentido de una condición general concreta que resulta dudosa (imprecisión), lo que demanda una tarea previa de

⁶⁶⁰ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 513-4.

⁶⁶¹ Tras la elaboración de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de la Unión Europea y de las normas legales a que su incorporación en los Estados miembros dio lugar (en España, las leyes sobre condiciones generales y de protección de consumidores y usuarios), el tema de las reglas especiales de interpretación de los contratos de adhesión a condiciones generales celebrados con consumidores, ha adquirido un notable desarrollo.

Respecto de la regla de la prevalencia, la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de Contratación (LCGC), establece: "*Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente*" (art. 6º).

Al respecto, DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 513-4.

⁶⁶² DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 513-4; y CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español*, ob. cit., p. 514.

⁶⁶³ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español*, ob. cit., p. 514.

⁶⁶⁴ CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., p. 514.

interpretación sobre la existencia de la misma duda, de acuerdo con los criterios generales.⁶⁶⁵

Ahora bien, las condiciones generales, a pesar de su carácter estandarizado, se integran en un contrato concreto, por lo que su interpretación no debe efectuarse de manera abstracta (típica u objetiva), en el que se busque un sentido válido para cualquier contrato del mismo tipo en el que dichas condiciones se integren, sino teniendo en cuenta el contrato concreto del cual forman parte (interpretación tónica o circunstanciada).⁶⁶⁶

Es también una interpretación interna en el sentido de que se ha de tener en cuenta la totalidad del contrato, de cuyo contenido tales condiciones forman parte. Como fue dicho, la regla de la *interpretatio contra proferentem* es subsidiaria a la interpretación subjetiva o conforme a la voluntad común de las partes.⁶⁶⁷

En consecuencia, la regla de la interpretación favorable no ocupa un lugar principal en la interpretación de las condiciones generales que se sobreponga a los demás criterios de interpretación, así sea el más recurrente, toda vez que, como tales condiciones se refieren a los aspectos normativos del contrato (cláusulas no negociadas), difícilmente se proyectan sobre las mismas la voluntad de las partes o el contenido normal del contrato, de modo que conforme a ellos se puedan disipar las dudas que se suscitan sobre las condiciones generales.⁶⁶⁸

Dicha regla encuentra su justificación en la finalidad tuitiva o protectora del adherente, propia del derecho contractual del consumo, como parte débil de la relación contractual.⁶⁶⁹

41.3. La regla de la condición más beneficiosa.

Si las condiciones generales resultan más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares, entonces prevalecerán aquéllas. Por consiguiente, en caso de divergencia entre una condición general y una cláusula particular, se debe aplicar aquella que resulte más beneficiosa para el adherente en los contratos a condiciones generales.⁶⁷⁰

⁶⁶⁵ Al respecto, el punto de partida es la norma de la AGBG (§ 5): “*En materia de interpretación de las condiciones generales de los negocios, las dudas corren por cuenta del estipulante*”.

⁶⁶⁶ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 513-4; y CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español*, ob. cit., p. 514; y MIQUEL RODRÍGUEZ, *Comentario, Artículo 6º, Reglas de interpretación*, ob. cit., p. 66.

⁶⁶⁷ MIQUEL RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 66.

⁶⁶⁸ ob. cit., p. 66.

⁶⁶⁹ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 513-4; y CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español*, ob. cit., p. 514; y MIQUEL RODRÍGUEZ, *Comentario, Artículo 6º, Reglas de interpretación*, ob. cit., p. 66.

⁶⁷⁰ MIQUEL RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 66.

Por condición más beneficiosa deberá entenderse aquella que amplía el ámbito de los derechos del adherente, o reduzca el de sus obligaciones, cargas y deberes.⁶⁷¹

41.4. La regla de la condición más importante.

A diferencia de las anteriores, la regla de la condición más importante es de construcción doctrinal, aunque al igual que las anteriores tratan de resolver conflictos entre la parte pre-redactada del contrato (condición general) y la establecida de modo específico para el mismo (condición particular).⁶⁷²

Tales conflictos o controversias al interior de las condiciones generales se resuelven otorgando importancia decisiva a las cláusulas o condiciones de mayor trascendencia en la economía del contrato, o aquellas que establecen el núcleo central de las prestaciones contractuales.⁶⁷³

41.5. La regla de la interpretación más favorable al adherente.

En los contratos con consumidores y usuarios, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor (arts. 4º y 34 EC).⁶⁷⁴

Tal regla impone al intérprete elegir, entre los significados posibles, el más beneficioso para el adherente (consumidor en su caso), de modo que las condiciones que imponen obligaciones se interpreten de modo restrictivo, y las que reconocen derechos, por el contrario, de modo lato, amplio o extensivo.⁶⁷⁵

Los contratos con condiciones generales están sometidos a unas reglas especiales de interpretación, es decir, distintas a las previstas con carácter general en el derecho civil. La prevalencia de las condiciones especiales sobre las generales, la interpretación más benéfica en *pro* del adherente, o la resolución de las dudas a favor de éste, son ejemplo de ellas.⁶⁷⁶

⁶⁷¹ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 514.

⁶⁷² MIQUEL RODRÍGUEZ, *Comentario*, Artículo 6º, *Reglas de interpretación*, ob. cit., p. 66-7.

⁶⁷³ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 515.

⁶⁷⁴ DíEZ-PICAZO, ob. cit., p. 516. La regla de la interpretación más favorable al adherente o consumidor, de acuerdo con el artículo 5º de la Directiva 93/13 CEE, es aplicable en el llamado control concreto, esto es, el control judicial necesario para decidir un conflicto sobre la ejecución contractual.

Si se trata del llamado control abstracto, es decir, del juicio de validez de las cláusulas con independencia de la existencia de adherentes concretos, el juez debe seleccionar entre todos los significados posibles de la cláusula el más beneficioso para el adherente y, a partir de allí, analizar dicho significado a la luz de las normas de control de validez y declarar, si procede, la ineficacia de la misma.

⁶⁷⁵ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 513-4.

⁶⁷⁶ DíEZ-PICAZO, ob. cit., p. 513-4; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español*, ob. cit., p. 514; y MIQUEL RODRÍGUEZ, *Comentario*, Artículo 6º, *Reglas de interpretación*, ob. cit., p. 66.

EXCURSUS SOBRE LAS “CONDICIONES NEGOCIALES GENERALES” DEL DERECHO COLOMBIANO

41.bis. Condiciones negociales generales.

41.bis.1. El control formal de incorporación de las condiciones negociales generales.⁶⁷⁷

Se llama incorporación o inclusión los requisitos bajo los cuales se entiende que las condiciones generales pasan a formar parte del contrato o a ser parte de su contenido.⁶⁷⁸ En el ámbito del derecho contractual del consumo, la Ley 1480 de 2011 estableció tal tipo de control sobre las condiciones generales de los contratos de adhesión celebrados con consumidores (Cap. II, arts. 37-41).⁶⁷⁹

Las condiciones generales, en efecto, deberán cumplir como mínimo, so pena de ser tenidas por ineficaces o por no escritas, los siguientes requisitos (art. 37 EC): haber informado suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia, efectos y alcance de las condiciones generales (num.1); ser las condiciones generales concretas, claras y completas (num.2); en los contratos escritos, los caracteres deberán ser legibles a simple vista y no incluir espacios en blanco. En los contratos de seguros, el asegurador hará entrega anticipada del clausulado, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones y de las garantías.⁶⁸⁰

En primer lugar, son requisitos de inclusión en los contratos escritos la expresa información que el predisponente debe facilitar o proporcionar al adherente sobre la existencia de las condiciones generales, entregándole un ejemplar de las mismas.⁶⁸¹

Además de lo anterior, para que las condiciones queden incorporadas al contrato se requiere que el adherente acepte la incorporación, que el escrito del contrato sea firmado por todos los contratantes y haga expresa referencia a las condiciones generales incorporadas. En todo caso, se debe comprobar que los adherentes tengan conocimiento íntegro y efectivo de las condiciones generales y que las acepten expresamente.⁶⁸²

⁶⁷⁷ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 88; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1585.

⁶⁷⁸ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, ob. cit., p. 1585.

⁶⁷⁹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 88.

⁶⁸⁰ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 88; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1585.

⁶⁸¹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 88.

⁶⁸² CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 88.

Al igual que en el caso de la posibilidad o imposibilidad de negociación, la carga de la prueba del conocimiento o de la posibilidad de conocimiento de las condiciones generales corresponde al predisponente.⁶⁸³

Es decir, en caso de que el adherente niegue el conocimiento de las condiciones generales, corresponderá al predisponente demostrar que aquél tuvo conocimiento efectivo de las condiciones generales de contratación, o que por lo menos procuró o facilitó dicho conocimiento, según los niveles de exigencia previstos en la ley.⁶⁸⁴

Además, la redacción de las condiciones generales ha de ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. En consecuencia, no se entenderán incorporadas al contrato aquellas condiciones generales ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.⁶⁸⁵

La protección de los adherentes exige que, además de tener acceso y conocer las condiciones generales, puedan comprender fácilmente su contenido.⁶⁸⁶

41.bis.2. El control de contenido de la contratación no negociada.

Pese a su deplorable precariedad, el legislador colombiano, respecto de la regulación de las condiciones generales, al igual que el derecho español, ha optado por un punto de equilibrio entre la necesidad del empleo de éstas y el riesgo de un contenido contractual desequilibrado pues, en efecto, reconoce, por una parte, la utilidad que el empleo de condiciones generales representa para el predisponente (abaratamiento de costos de negociación y la adaptación de los tipos contractuales a la necesidades del tráfico), así como la necesidad de proteger al consumidor frente al peligro de un contenido contractual injustificadamente desequilibrado o abusivo, por la otra.⁶⁸⁷

Para este último propósito, el derecho colombiano establece, como el mecanismo contractual de protección más importante del consumidor, el control, formal y material, sobre la contratación predispuesta, en especial de las cláusulas abusivas de los contratos de adhesión a condiciones generales (art. 3º, 1.6 EC).⁶⁸⁸

El control formal se refiere a los requisitos de transparencia e información que debe cumplir el predisponente para incorporar válidamente tales condiciones generales al contenido del contrato (art. 37 EC).⁶⁸⁹

⁶⁸³ *ob. cit.*, p. 88

⁶⁸⁴ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Contratos de adhesión*, *ob. cit.*, p. 1585.

⁶⁸⁵ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 88.

⁶⁸⁶ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 88.

⁶⁸⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Contratos de adhesión*, *ob. cit.*, p. 1585.

⁶⁸⁸ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 88.

⁶⁸⁹ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 88.

El control material o de contenido, por su parte, tiene por propósito definir si una cláusula o condición es o no abusiva, es decir, si, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto, el predisponente produjo, en detrimento del consumidor, un desequilibrio injustificado en los derechos y obligaciones derivados del contrato (art. 42 EC).⁶⁹⁰

El resultado del control material o de contenido determinará que las cláusulas abusivas, por provocar un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, sean declaradas nulas, es decir, excluidas del contenido del contrato de adhesión (art. 44 EC). Tal control material de abusividad se articula en torno a una prohibición de abuso (art. 42 EC) y una lista de cláusulas *prima facie* abusivas (art. 43 EC).⁶⁹¹

La noción legal de cláusula abusiva, a su turno, gira en rededor del concepto de “*desequilibrio injustificado*”, el cual ha de ser definido por el juez mediante la valoración circunstanciada de las condiciones particulares del contrato o juicio de abusividad.⁶⁹²

41.bis.3. Competencia y procedimiento de control.

41.bis.3.1. Competencia judicial.

El artículo 57 EC, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución colombiana, atribuyó a la Superintendencia Financiera facultades judiciales para conocer de la acción de protección y dirimir, entre otros casos, los conflictos suscitados con ocasión de las cláusulas abusivas incluidas en los contratos celebrados entre las entidades financieras y los consumidores de sus productos y servicios.⁶⁹³

Los procesos que versen sobre la violación de los derechos de los consumidores, establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía, fueron atribuidos por el artículo 58 EC al conocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio o del juez competente, a prevención.⁶⁹⁴

41.bis.3.2. Procedimiento judicial de control.

Tanto los procesos sobre cláusulas abusivas que conozca la Superintendencia Financiera, SF, como los que correspondan a la Superintendencia de Industria y

⁶⁹⁰ URÍA GONZÁLEZ, *Derecho mercantil*, ob. cit., p. 569.

⁶⁹¹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 88.

⁶⁹² CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 17.

⁶⁹³ ob. cit., p. 17.

⁶⁹⁴ ob. cit., p. 17.

Comercio, SIC, se tramitarán por el procedimiento verbal sumario, según las reglas especiales previstas en el artículo 58 EC.

De lo anterior podemos concluir lo siguiente en materia de control judicial de cláusulas abusivas:⁶⁹⁵

1º Por ser estas un fenómeno de común ocurrencia en cualquier tipo de contratos privados (civiles, comerciales o de consumo), y con independencia de que se trate de contratos de adhesión o de libre discusión, el control judicial de las cláusulas abusivas en Colombia es ejercicio por jueces ordinarios (básicamente en relación con los contratos civiles y comerciales), por los tribunales de arbitramento (en los contratos civiles, comerciales o de consumo en que se haya pactado algún convenio o pacto arbitral) y por las Superintendencias Financiera y de Industria y Comercio (en los contratos de consumo exclusivamente, sean éstos financieros o de cualquier otro tipo);

2º El control judicial sobre las cláusulas abusivas es ejercido por los órganos judiciales de acuerdo con el reparto de competencias y los trámites procedimentales establecidos en la ley;

3º El control de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo lo ejercen las mencionadas superintendencias, en ejercicio de las facultades judiciales atribuidas por la ley según lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución colombiana.

4º A la Superintendencia Financiera corresponde conocer de los procesos contenciosos surgidos entre las entidades vigiladas por tal organismo y los consumidores de sus productos y servicios (consumidores financieros), en ejercicio de la acción de protección al consumidor prevista en el artículo 56, num. 3 EC.

Dentro del ámbito del num. 3 del artículo 58 EC se encuentra el derecho de protección contractual establecido en el numeral 1.6 del artículo 3º del mismo estatuto: protección contractual contra cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

5º A la Superintendencia de Industria y Comercio, SIC, corresponde, por su parte, conocer de los procesos contenciosos surgidos en ejercicio de la acción de protección de los consumidores de bienes y servicios de los demás sectores de la economía.

6º Los procesos de conocimiento de las superintendencias se tramitarán por el procedimiento verbal sumario previsto en el artículo 58 EC.

7º En todos los casos anteriores, cualquiera que sea el tipo de contrato de que se trate (civiles, comerciales o de consumo; de adhesión o de libre discusión entre las

⁶⁹⁵ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 88; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1585.

partes), el control judicial es de carácter material o de contenido y supone un juicio circunstanciado de abusividad.

El objeto de tal juicio será definir si una cláusula concreta, inserta en el contrato, es o no abusiva.

8º En el ámbito del derecho contractual de consumo, el juicio de abusividad tiene por objeto definir si una cláusula o condición produce, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en los derechos y obligaciones derivados del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares del mismo (art. 42 EC).⁶⁹⁶

⁶⁹⁶ Desde otro punto de vista, el control judicial de las cláusulas abusivas, independientemente del órgano que lo ejerza (jueces, árbitros o superintendencias), constituye un control material o de contenido, como quiera que tiene por objeto definir, mediante la valoración circunstanciada de las condiciones particulares del contrato (juicio de abusividad), si una determinada cláusula es o no abusiva, vale decir, si produce un desequilibrio injustificado en los derechos y obligaciones derivados del contrato.

Al respecto, CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 88; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Contratos de adhesión*, *ob. cit.*, p. 1585.

SEGUNDA PARTE
LA SANCIÓN DEL ABUSO DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL
LA PROHIBICIÓN DE CLAUSULAS ABUSIVAS

CAPÍTULOS VII-XI

TÍTULO TERCERO LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

42. Introducción.⁶⁹⁷

El sistema de protección contra las cláusulas abusivas (desconocido para los redactores del código civil francés, quienes a pesar de concebir la libertad contractual como absoluta reconocían ciertos límites a ésta con el fin de evitar abusos en su ejercicio y proteger a la parte débil del contrato),⁶⁹⁸ está históricamente asociada al desarrollo de los contratos de adhesión, a las condiciones generales de éstos y, en general, a los contratos estandarizados.⁶⁹⁹

Desde finales del siglo XIX, el crecimiento económico, la industrialización, la fabricación en cadena, el aumento del tamaño de las empresas, la sofisticación de los productos y servicios, el advenimiento del consumo en masa y la necesaria celeridad en la conclusión de los negocios, modificaron, profunda y por largo tiempo, las técnicas contractuales. A la racionalización de la producción correspondió, igualmente, la necesaria estandarización de los contratos, lo que incluía la creación de “instrumentos jurídicos en serie”.⁷⁰⁰

Los profesionales adquirieron el hábito de proponer a sus cocontratantes unos contratos cuyo contenido era fijado, total o parcialmente, de manera abstracta y general, en la etapa precontractual, debiendo estos últimos aceptarlos sin poder introducir modificación alguna, o rechazarlos en bloque.⁷⁰¹

El riesgo inherente a la adhesión consiste en la imposición de una cláusulas que desequilibran los derechos y obligaciones de las partes, pues, en efecto, haciendo

⁶⁹⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, ob. cit., p. 88; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, Tecnos, 1987; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y SALAS HERNÁNDEZ, Javier (coords.), *Comentarios a la Ley General sobre la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, Civitas, 1992; NIETO CAROL, Ubaldo (dir.), *Condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, Lex Nova, 2000; y SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *Cláusulas abusivas en la contratación: en especial, la cláusulas limitativas de responsabilidad*, Pamplona, Aranzadi, 2002.

v. también, MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, Lucio, *Condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos bancarios*, Cádiz, Editora de Publicaciones Científicas, 2002; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Manual sobre protección de los consumidores y usuarios*, Madrid, Marcial Pons, 2003; PARDO GATO, José Ricardo, *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (análisis legislativo y jurisprudencial)*, Madrid, Dijusa, 2004; LLAMAS POMBO, Eugenio (coord.), *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios: comentarios y jurisprudencia de la ley veinte años después*, Madrid, La Ley/Ministerio de Sanidad y Consumo/Instituto Nacional de Consumo, 2005; y CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Cizur Menor, Thomson/Reuters/Aranzadi, 2006.

⁶⁹⁸ PORTALIS, Jean Étienne Marie, «Discours préliminaire sur le projet de Code civil», en *Le Discours et Le Code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, París, Juris-classeur, 2004, p. XXI.

⁶⁹⁹ SALEILLES, Raymond, *De la déclaration de volonté: Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (Arts. 116 à 144)*, París, Pichon, 1901, p. 229; BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, ob. cit., p. 10; y GHESTIN, Jacques y MARCHESSAUX-VAN MELLE, Isabelle, «Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens», en GHESTIN, Jacques y FONTAINE, Marcel (dirs.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, París, LGDJ, 1996, p. 1-72.

⁷⁰⁰ DíEZ-PICAZO, Luis (dir.), *Las condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas*, Madrid, Civitas, 1996, p. 88.

⁷⁰¹ BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, ob. cit., p. 27.

uso de su poder económico, los profesionales que redactan unilateralmente los contratos, se hallan en situación de dictar unas condiciones que satisfagan exclusivamente su propio interés.⁷⁰²

Tal profesional, por ejemplo, acuerda para sí el derecho de modificar unilateralmente y como bien le parezca el contenido del contrato, o de eludir totalmente su responsabilidad contractual en caso de incumplimiento de sus obligaciones.⁷⁰³

Ahora bien, aunque este riesgo de estipulaciones desequilibradas existía en los contratos estandarizados, su validez no podía ser cuestionada como quiera que esta técnica contractual era impuesta por factores de la economía moderna, y el regreso a la negociación individual era poco menos que inconcebible.⁷⁰⁴

La invalidez de estos contratos planteaba la necesidad de buscar algún medio que permitiera atajar los eventuales abusos contenidos en las cláusulas draconianas que en ellos figuraban, pero el apego a importantes principios del derecho civil por mucho tiempo detuvo la adopción de un sistema de protección contra este tipo de estipulaciones.⁷⁰⁵

A falta de un principio general en el código civil que asegure directamente el equilibrio del contrato, la lucha contra las cláusulas abusivas ha sido básicamente de carácter pretoriano. Sin embargo, de manera global, los jueces no han asumido esta lucha de manera frontal dada su tradicional reserva a intervenir el contenido del contrato, al que consideran del resorte exclusivo de las partes.⁷⁰⁶

Ciertamente, varias decisiones judiciales, si bien revelan la toma de conciencia de los problemas anejos a los contratos estandarizados, siguen siendo insuficientes como quiera que solo atañen a las cláusulas abusivas en aspectos relacionados con el consentimiento o la interpretación de tales estipulaciones, como sucede con la jurisprudencia, bien consolidada según la cual las cláusulas que el adherente no haya podido conocer no le son oponibles, o aquella según la cual las estipulaciones ambiguas deben interpretarse contra el estipulante (*interpretatio contra stipulatorem*).⁷⁰⁷

⁷⁰² DíEZ-PICAZO, Luis (dir.), *Las condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas*, Madrid, Civitas, 1996, p. 88.

⁷⁰³ BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *ob. cit.*, p. 27.

⁷⁰⁴ BERLIOZ, *ob. cit.*, p. 27.

⁷⁰⁵ *ob. cit.*, p. 27.

⁷⁰⁶ GARCÍA AMIGO, Manuel, *Lecciones de derecho civil, Teoría general de las obligaciones y contratos*, II, Madrid, Mac Graw Hill, 1996, p. 211 ss.

⁷⁰⁷ GARCÍA AMIGO, *Lecciones de derecho civil, ob. cit.*, II, , p. 211 ss.

En un primer período, en efecto, los jueces alemanes consideraron inmoral que uno de los cocontratantes se aprovechara de su situación de monopolio o de su poder económico para imponer al otro ciertas condiciones leoninas.⁷⁰⁸

En una segunda etapa, de un control formal los jueces alemanes pasaron a una revisión del contenido de las condiciones generales, de las que fueron erradicadas las cláusulas inconciliables con los principios de lealtad y confianza recíproca previstos en el código civil alemán (BGB), es decir, las estipulaciones injustas y contrarias a la equidad;⁷⁰⁹ resultado al que hubieran podido llegar también los jueces franceses con una interpretación más audaz del artículo 1134, 3, del código civil, relacionado con el principio de buena fe.⁷¹⁰

En ausencia de tal intervención judicial, el control de las cláusulas abusivas en Francia podía solo provenir del legislador, y los años 60s y 70s del siglo pasado ofrecieron un contexto favorable a su acción.⁷¹¹

En esos años, cuando la ola consumerista golpeaba a los Estados Unidos y Europa, y provocaba una toma de conciencia política, la cuestión de las cláusulas abusivas presentó, en efecto, un aumento de interés. Es así como en 1962, el *Uniforme Commercial Code*, consagrando y clarificando una jurisprudencia del *Common law*, permitió a los jueces americanos anular cualquier cláusula que pudiera ser abusiva.⁷¹²

De la misma manera en Europa la protección legal contra las cláusulas abusivas se organiza legalmente en Suecia (1971), Dinamarca (1974), Reino Unido (*Unfair contract terms act*, de 1977) y en Alemania (Ley sobre condiciones generales de los contratos, del 9 de diciembre de 1976).⁷¹³

Igualmente las instancias europeas progresivamente se apropiaron de esta cuestión. En este sentido es reveladora la Resolución 76-47 del Consejo de Europa, que recomendaría a los Estados miembros “crear instrumentos eficaces, jurídicos o de otro tipo, a fin de proteger a los consumidores contra las cláusulas abusivas” en los contratos que celebraran.

Las cláusulas abusivas fueron allí definidas como aquellas que “entrañaran en el contrato un desequilibrio de los derechos y obligaciones en perjuicio del

⁷⁰⁸ GARCÍA AMIGO, Manuel, *Lecciones de derecho civil, Teoría general de las obligaciones y contratos*, II, Madrid, Mac Graw Hill, 1996, p. 211 ss.

⁷⁰⁹ RIEG, Alfred, «*La lutte contre les clauses abusives des contrats (Esquisse comparative des solutions allemande française)*», en AA.VV., *Études offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 233-6.

⁷¹⁰ CALAIS-AULOY/STEINMETZ, *Droit de la consommation, ob. cit.*, num. 173.

⁷¹¹ GARCÍA AMIGO, *Lecciones de derecho civil, ob. cit.*, II, p. 211 ss.

⁷¹² SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Traité de droit civil, Les contrats de consommation, Règles communes, ob. cit.*, n° 578.

⁷¹³ PAISANT, Gilles, «*La lutte contre les clauses abusives des contrats dans l'Union européenne*», en AA.VV., *Vers un code européen de la consommation*, Bruselas, Bruylant, 1998, p. 165; y SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Traité de droit civil, Les contrats de consommation, Règles communes, ob. cit.*, n° 578.

consumidor”. Por otra parte, una lista no exhaustiva de treinta y una cláusulas consideradas abusivas, completaban la mencionada Resolución.⁷¹⁴

El mensaje, parece, fue entendido por los poderes públicos franceses, pues el artículo 35 de la Ley 78-23 del 10 de enero de 1978, llamada “Ley Scrivener”, por el nombre de la Secretaria de Estado encargada de los asuntos del consumo que hizo adoptar el texto, introdujo, en fin, la noción de cláusula abusiva en el derecho francés.⁷¹⁵

Tal noción de cláusula abusiva sería codificada por la Ley 93-949 del 26 de julio de 1993, en el de allí en adelante famoso artículo L. 132-1 del código francés del consumo.⁷¹⁶

42.1. La regulación de las cláusulas abusivas en la contratación predispuesta celebrada con consumidores.

La disciplina legal en materia de cláusulas abusivas contenidas en la contratación estandarizada ocupa un lugar central en el sistema de protección de los consumidores, tanto en el derecho comunitario europeo como en el derecho español de consumo.⁷¹⁷

La tendencia del profesional predisponente a mejorar su posición con quiebra del equilibrio del contrato está presente en los diversos sectores de la actividad económica (seguros, banca, transporte, telefonía celular y sector inmobiliario), manteniendo y aún profundizando la situación de inferioridad estructural del consumidor como parte débil de tal relación.⁷¹⁸

En cuanto a la sujeción de las cláusulas abusivas al sistema de protección, a partir de la Directiva 93/13/CEE, principal fuente comunitaria de regulación, y de su interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE (Capítulo I), en el derecho interno español convergen, como fruto del proceso de transposición normativa, tanto la Ley 13/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación, LCGC, como el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, TRLGDCU, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo del 16 de Noviembre de 2007 (Capítulo II).⁷¹⁹

⁷¹⁴ SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Traité de droit civil, Les contrats de consommation, Règles communes*, ob. cit., n° 578.

⁷¹⁵ GARCÍA AMIGO, *Lecciones de derecho civil*, ob. cit., II, p. 211 ss.

⁷¹⁶ SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Traité de droit civil, Les contrats de consommation, Règles communes*, ob. cit., n° 578.

⁷¹⁷ SERRA RODRÍGUEZ, Adela, «Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», en REYES LÓPEZ, *Derecho privado de consumo*, ob. cit., p. 88.

⁷¹⁸ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1645-6.

⁷¹⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, ob. cit., p. 1645-6.

En síntesis, al igual que las disposiciones de la ley colombiana a la que sirvió de modelo (*supra* Cap. III), en el derecho español la regulación legal de la abusividad en las relaciones contractuales de consumo se articula en torno a una “cláusula general de abusividad” (art. 82) y una lista indicativa y no exhaustiva, más o menos indeterminada (gris o negra) de cláusulas abusivas (arts. 85-90), seguida de una serie de normas sobre nulidad e integración del contrato que revisten al juez de facultades moderadoras de los derechos y obligaciones de las partes, así como de la ineficacia de las cláusulas declaradas nulas en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario (art. 83, incs. 1º y 2º).⁷²⁰

⁷²⁰ *ob. cit.*, p. 1645-6.

CAPÍTULO VII

LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

43. La Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.⁷²¹

43.1. Antecedentes de la Directiva 93/13/CEE.

Para prevenir y sancionar las cláusulas abusivas utilizadas por los profesionales en los contratos celebrados con consumidores, el Consejo de Europa, con fundamento en el entonces artículo 100A del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, expidió la Directiva 93/13/ CEE del 5 de abril de 1993.⁷²²

Varios estados contaban ya con una regulación orientada a la eliminación de las cláusulas abusivas utilizadas por los profesionales, especialmente en el ámbito de los contratos de adhesión, pero las hondas diferencias existentes entre tales regulaciones constituían una traba indudable al comercio intracomunitario, lo que justificaba una normativa comunitaria de aproximación en materia de protección de los consumidores, que incidiera de manera directa en el funcionamiento del mercado común.⁷²³

Tras diseñar la estructura general de la lucha contra las cláusulas abusivas que, como protección mínima, los estados miembros debían establecer o mantener, el artículo 8º de la Directiva 93/13/CEE reconoció a estos la facultad de arbitrar un mayor nivel de protección a favor de los consumidores (cláusula de armonización mínima).⁷²⁴

43.2. Ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE.

El sistema de protección de la Directiva se aplica, de una parte, a los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (ámbito subjetivo) [v. *supra*, Primera

⁷²¹ PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, ob. cit., p. 65-83.

⁷²² El Consejo de la Unión Europea, a propuesta de la Comisión, en cooperación con el Parlamento y previo el dictamen del Comité Económico y Social, adoptó la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, con dos propósitos básicos: de una parte, la protección de los consumidores frente a las cláusulas y prácticas contractuales abusivas; por la otra, la necesidad de articular medios apropiados y eficaces para que los jueces y las autoridades administrativas pusieran fin a aquellas.

Ha de tenerse en cuenta, además, que la Directiva 93/13/CEE, así como la Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, fue modificada por la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores.

Al respecto, GÓMEZ DE LIAÑO, *El control de oficio de las cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 315.

⁷²³ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 21-2.

⁷²⁴ STJUE, de 3 de junio de 2010 (Asunto Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid), según la cual los estados miembros pueden otorgar una protección mayor que la prevista en la Directiva 93/13/CEE, norma esta que no se opone a la regulación nacional que autorice un control judicial del carácter abusivo de las cláusulas contractuales.

Al respecto, GÓMEZ DE LIAÑO, *El control de oficio de las cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 315.

parte, Tít. I, Capítulo I] y, de otra, a las cláusulas que no hayan sido negociadas individualmente (ámbito objetivo).⁷²⁵

43.2.1. El concepto de cláusula no negociada individualmente como ámbito objetivo de protección.

Desde el punto de vista objetivo, la aplicación de la Directiva 93/13/CEE está marcada básicamente por la noción de cláusula no negociada individualmente (art. 3.1), entendiendo por tal la disposición contractual redactada previamente, sobre cuyo contenido no ha tenido el consumidor influencia alguna, en particular en el caso de los contratos de adhesión.⁷²⁶

La Directiva excluye de su ámbito objetivo de aplicación a las cláusulas libremente negociadas, correspondiendo la carga de su prueba al profesional que pretenda tal carácter. En efecto, al profesional que afirme que una cláusula tipo ha sido negociada individualmente, corresponde la carga de la prueba (art. 3.2.3).

Por otra parte, el hecho de que el consumidor haya podido influir en determinados aspectos del contenido de una cláusula específica, o de una cláusula aislada, no impide la aplicación de la Directiva al resto del clausulado (art. 3.2.2.).

La Directiva, igualmente, prescinde de la eventual generalidad o vocación de la cláusula de ser incorporada a una pluralidad de contratos, sin perjuicio de que la utilización de cláusulas estandarizadas o contratos tipo sea un claro indicio de su falta de negociación.⁷²⁷

Excluye también la Directiva de su ámbito de aplicación las conocidas como cláusulas declarativas, que incorporan directa o indirectamente una norma imperativa preexistente, cuya validez presume el legislador comunitario (art. 1.2).⁷²⁸

43.3. Definición de cláusula abusiva.

El régimen básico de protección de la Directiva 93/13/CEE, conformado por 11 artículos y un anexo, se articula alrededor de un concepto general de cláusula abusiva, centrado, a su vez, en las nociones de buena fe y desequilibrio importante

⁷²⁵ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 21-2. GÓMEZ DE LIAÑO, *El control de oficio de las cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 315.

⁷²⁶ PAGADOR LÓPEZ, *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, ob. cit., p. 88.

⁷²⁷ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 21-2.

⁷²⁸ STJUE de 21 de marzo de 2013 (Asunto RWE Vertrieb AG). La razón de la exclusión de las cláusulas declarativas es eximir de control a los contratos normalizados, cuyo contenido ha sido regulado por el legislador nacional mediante la ponderación equilibrada de los legítimos intereses de las partes contratantes, ya se impongan de modo vinculante, ya se apliquen en defecto de acuerdo que establezca una reglamentación diversa.

La alusión a las disposiciones imperativas se extiende a las normas dispositivas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo.

Al respecto, CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 26.

del contrato, así como en una lista de cláusulas abusivas cuyo alcance ha sido objeto de numerosas sentencias del TJUE como máximo intérprete del derecho comunitario y garante de su aplicación uniforme por parte de los estados miembros.⁷²⁹

El artículo 3º de la Directiva, establece, en efecto, que las cláusulas contractuales que no hayan sido negociadas individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (num. 1).⁷³⁰

En el caso particular de los contratos de adhesión, se considera que una cláusula no ha sido negociada individualmente cuando es redactada previamente por el predisponente y el consumidor no ha podido influir sobre su contenido.⁷³¹

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula, o que una cláusula aislada, se hayan negociado individualmente, no excluye la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato, si la apreciación global de este lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.⁷³²

El respeto a la buena fe y el equilibrio importante del contrato se erigen, pues, en los parámetros para definir la abusividad de las cláusulas impuestas al consumidor, para cuya apreciación se han de tener en cuenta criterios hermeneúticos como la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato; las circunstancias que concurren al momento de su celebración; las demás cláusulas del contrato en examen o las de otro con el que aquel dependa o tenga alguna conexión (art. 4.1).⁷³³

43.4. Control judicial del contenido predispuesto.

En los artículos 6 y 7, la Directiva 93/13/CEE instrumenta dos tipos de control dirigidos a eliminar las cláusulas abusivas en todo tipo de contratos celebrados con consumidores.

Por una parte, el denominado control concreto o incidental, orientado a establecer las consecuencias negociales de la inclusión de cláusulas abusivas en un determinado contrato suscrito entre un profesional y un consumidor.⁷³⁴

⁷²⁹ CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 21-2.

⁷³⁰ GARCÍA AMIGO, *Lecciones de derecho civil, ob. cit.*, II, p. 222.

⁷³¹ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor, ob. cit.*, p. 21-2.

⁷³² CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 21-2.

⁷³³ STJUE de 15 de marzo de 2013 (Asunto Jana Perenicová), en la que el TJUE, para definir el carácter abusivo de las cláusulas controvertidas y, en general, la validez del contrato en su conjunto, ha admitido, en el ámbito del artículo 4º de la Directiva, otros criterios hermeneúticos de apreciación.

Al respecto, CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor, ob. cit.*, p. 27.

⁷³⁴ CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 27.

Según el artículo 6º de la Directiva, tales cláusulas no vinculan al consumidor, sin perjuicio de que el contrato siga en lo restante obligando a las partes, en la medida en que pueda subsistir sin las cláusulas declaradas abusivas.⁷³⁵

En segundo término, la Directiva impone a los estados miembros la obligación de arbitrar procedimientos de control abstracto, general y preventivo, cuyo objeto no son las cláusulas integradas en un contrato determinado, sino aquellas que han sido previamente redactadas por empresarios u organizaciones empresariales con vistas a su utilización general.⁷³⁶

A este respecto los estados miembros han optado mayoritariamente por un control de tipo judicial, legitimando a personas y organizaciones para el ejercicio de la acción de cesación en el empleo de condiciones generales abusivas, orientada a la depuración de los clausulados generales ofrecidos en el mercado.⁷³⁷

43.5. Determinación o fijación judicial de la abusividad contractual.

43.5.1. Competencia de control.

El TJUE ha definido el alcance de las competencias respectivas del juez comunitario y del juez nacional en la apreciación del carácter abusivo de una cláusula.

En ejercicio de su competencia de interpretación del derecho comunitario, el TJUE se atribuye la facultad de fijar el correcto entendimiento de los criterios abstractos utilizados por el legislador comunitario al definir la noción de cláusula abusiva (buena fe, desequilibrio significativo y cánones hermeneúticos de apreciación), reservando al juez nacional la decisión sobre la aplicación de tales criterios generales a la cláusula particular, lo que exige el examen de todas las circunstancias concurrentes y de las ventajas y desventajas que a cada cláusula vincula el derecho nacional aplicable al contrato.⁷³⁸

⁷³⁵ v., *inter alia*, SSTJUE de 14 de junio de 2012 (Asunto Banco Español de Crédito S.A.) y de 30 de mayo de 2013 (Asunto Asbeek Brusse y de Man Garabito), en las que el TJUE precisa las facultades de los jueces para definir la abusividad de las cláusulas de los contratos de consumo, limitados a dejar sin aplicación la cláusula en cuestión, sin estar facultados para modificar su contenido. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible.

Al respecto, CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 33.

El Tribunal reconoce en cada una de sus decisiones, aunque con diferente énfasis, el carácter imperativo del artículo 6.1 de la Directiva, en atención de la situación de clara inferioridad en que se halla el consumidor frente al profesional. En la STJUE, Sala Primera, de 6 de junio de 2009 (Asunto Asturcom Telecomunicaciones), el Tribunal señala que la mencionada disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de orden público.

Sobre este aspecto, GÓMEZ DE LIAÑO, *El control de oficio de las cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 316, nota 5.

⁷³⁶ GÓMEZ DE LIAÑO, *ob. cit.*, p. 316.

⁷³⁷ *ob. cit.*, p. 316.

43.5.2. Desequilibrio importante.

De acuerdo con el TJUE, en defecto de pacto y con el propósito de determinar si una cláusula produce en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones derivados del contrato, se han de valorar las normas aplicables en el ordenamiento de referencia.⁷³⁹

En este sentido, se ha de efectuar un examen comparativo que permita apreciar si y en qué medida el contrato deja al consumidor en una situación menos favorable según el derecho vigente.⁷⁴⁰

43.5.3. Contravención de la buena fe.

Según el TJUE, en la valoración de la buena fe contractual se han de atender las expectativas razonables del consumidor forjadas al contratar o, en otras palabras, comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.⁷⁴¹

43.6. La lista de cláusulas abusivas.

Como fue dicho, aparte de la noción de cláusula abusiva, el eje del sistema de protección diseñado por la Directiva 93/13/CEE lo constituye la siguiente lista de cláusulas *prima facie* abusivas, compuesta por supuestos de extendida aplicación práctica y claros indicios de abusividad (art. 3.3), que tengan por objeto o por efecto:

1º Excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor, debidos a una acción u omisión de aquél (lit. a);

2º Excluir o limitar, de forma inadecuada, los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a la otra parte, en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales de aquél, incluida la posibilidad de compensar sus deudas respecto del profesional mediante créditos que ostente en contra de este último (lit. b);

3º Prever un compromiso en firme del consumidor, mientras que la ejecución de las prestaciones del profesional está supeditada a una condición cuya realización depende únicamente de su voluntad (lit. c);

⁷³⁸ SSTJUE de 1º de abril de 2004 (Asunto *Freiburger Kommunalbauten*) y de 9 de noviembre de 2010 (Asunto *Pénzügyi Lízing*).

Al respecto, CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 28.

⁷³⁹ CARBALLO FIDALGO, ob. cit., p. 28.

⁷⁴⁰ ob. cit., p. 29.

⁷⁴¹ GÓMEZ DE LIAÑO, *El control de oficio de las cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 316; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 29.

4º Permitir que el profesional retenga cantidades abonadas por el consumidor, si éste renuncia a la celebración o a la ejecución del contrato, sin disponer que el consumidor tenga derecho a percibir del profesional una indemnización por una cantidad equivalente cuando sea este el que renuncie (lit. d);

5º Imponer al consumidor que no cumpla con sus obligaciones, una indemnización desproporcionadamente alta (lit. e);

6º Autorizar al profesional a rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o permitir que el profesional se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aun no efectuadas, si es el propio profesional quien rescinde el contrato (lit. f);

7º Autorizar al profesional a poner fin a un contrato de duración indefinida, sin notificación previa efectuada con una antelación razonable, salvo por motivos graves (lit. g);

8º Prorrogar automáticamente un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, cuando se ha fijado una fecha límite demasiado lejana para que el consumidor exprese su voluntad de no prorrogarlo (lit. h);

9º Hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato (lit. i);

10º Autorizar al profesional a modificar unilateralmente, sin motivos válidos, cualesquiera características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar (lit. k);

11º Estipular que el precio de las mercancías se determine en el momento de la entrega, u otorgar al vendedor de mercancías o al proveedor de servicios, el derecho a aumentar los precios, sin que en ambos casos el consumidor tenga el correspondiente derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al precio convenido al celebrar el contrato (lit. l);

12º Conceder al profesional el derecho a determinar si la cosa entregada o el servicio prestado se ajusta a lo estipulado en el contrato, o conferirle el derecho exclusivo a interpretar una cualquiera de las cláusulas del contrato (lit. m);

13º Restringir la obligación del profesional de respetar los compromisos asumidos por sus mandatarios, o supeditar sus compromisos al cumplimiento de formalidades particulares (lit. n);

14º Obligar al consumidor a cumplir con todas sus obligaciones, aun cuando el profesional no hubiera cumplido con las suyas (lit. o);

15º Prever la posibilidad de cesión del contrato por parte del profesional, si puede engendrar merma de las garantías del consumidor, sin el consentimiento de este (lit. p);

16º Suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición, o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a la otra parte contratante (lit. q).⁷⁴²

43.6.1. Validez *prima facie* y carácter no exhaustivo de la lista.

Sobre la naturaleza del Anexo y el valor indicativo y no exhaustivo de la lista de cláusulas a él incorporado, el TJUE ha sostenido que la misma no prejuzga el carácter abusivo de una cláusula que figure en ella (carácter *prima facie*), ni impide, paralelamente, que una cláusula no incluida pueda ser declarada abusiva.⁷⁴³

Según el TJUE, la lista es simplemente indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.⁷⁴⁴

43.7. Deber de transparencia.

Como una condición de especial relevancia en la defensa de la posición contractual del consumidor, relacionada con la necesidad de transparencia en la redacción de las condiciones a que el mismo se somete y, por tanto, como presupuesto para su conocimiento y la emisión de un consentimiento válido, el artículo 5º de la Directiva 93/13/CEE exige que las cláusulas sean redactadas siempre de forma clara y comprensible, sancionando, en caso de duda, la prevalencia de la condición más favorable para el consumidor.⁷⁴⁵

Tal exigencia de transparencia se extiende a las cláusulas referidas al objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y a los bienes y servicios que hayan de proporcionarse como contrapartida, por la otra.⁷⁴⁶

⁷⁴² GÓMEZ DE LIAÑO, *ob. cit.*, p. 316.

⁷⁴³ *ob. cit.*, p. 316.

⁷⁴⁴ SSTJCE de 7 de mayo de 2002 (Asunto Comisión/Suecia) y de 14 de marzo de 2013 (Asunto Mohamed Aziz).

Al respecto, GÓMEZ DE LIAÑO, *El control de oficio de las cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 316.

⁷⁴⁵ GÓMEZ DE LIAÑO, *ob. cit.*, p. 316.

⁷⁴⁶ *ob. cit.*, p. 316.

Si bien en el ámbito de la Directiva las cláusulas referidas al objeto del contrato son inmunes al reproche de abusividad, la exclusión de control se condiciona a su redacción clara y comprensible, de modo que la cláusula oscura que no pueda salvar su validez por vía de una interpretación favorable al consumidor, podrá ser reputada abusiva.⁷⁴⁷

⁷⁴⁷ STJUE de 3 de junio de 2010 (Asunto Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid), en la que el TJUE admite la compatibilidad con el derecho comunitario de la normativa nacional que autorice el control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, aunque estén redactadas de manera clara y comprensible.

Para el Tribunal, tales cláusulas están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, cuya naturaleza como norma de armonización mínima admite la ampliación por la legislación de los estados del control a todas las cláusulas, lo que garantiza una protección efectiva del consumidor más elevada que la prevista por aquella.

Al respecto, AUBERT DE VINCELLES, Carole, "Posibilité du contrôle de caractère abusif des clauses relatives au prix, CJUE, 3 juin 2010, aff. C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid", *Revue des Contrats*, 2010, p. 1301-2; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, ob. cit., p. 30-1.

EXCURSUS SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

44. La jurisprudencia del TJUE en materia de cláusulas abusivas.

44.1. El control de oficio de las cláusulas abusivas.

Pese a la imprecisión del lenguaje, es claro que el TJUE configura el control de oficio de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo, no como una facultad, sino como una verdadera obligación que el juez nacional debe cumplir en cualquier etapa procesal, tan pronto disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para tal efecto.⁷⁴⁸

El control de oficio de las cláusulas abusivas la fundamenta el TJUE en la situación de inferioridad en que se hallan los consumidores respecto del profesional, en especial en la asimétrica capacidad de información y negociación que hacen que aquellos se adhieran a las condiciones contractuales redactadas de antemano por el empresario sin poder influir sobre su contenido.⁷⁴⁹

Tal asimetría y su corrección judicial legítima, a juicio del TJUE, la intervención oficiosa del juez nacional, quien debe compensar la situación desfavorable del consumidor aún en los casos en que este no le haya solicitado su protección, potestad que se extiende incluso a la práctica de las pruebas necesarias, siempre que haya motivos razonables para establecer si una cláusula es o no abusiva.⁷⁵⁰

44.2. Límites de la declaración oficiosa de nulidad.

Sentada la declaración oficiosa que debe hacer el juez nacional de la abusividad de las cláusulas en los contratos de consumo, y del decreto y práctica de pruebas que sean razonablemente necesarias en tal declaración, el TJUE, en aras de garantizar

⁷⁴⁸ STJUE, Sala Primera, de 21 de febrero de 2013 (Asunto Banif Plus Bank), en la que el TJUE establece que el papel que el derecho comunitario europeo asigna al juez nacional “no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión”.

El Tribunal estableció que el juez nacional que ha comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual no está obligado a esperar que el consumidor, una vez enterado de sus derechos, solicite la anulación de la cláusula. No obstante, el principio de contradicción obliga al juez nacional a informar sobre el eventual carácter abusivo de una cláusula, y ofrecer a las partes la posibilidad de debate según las reglas previstas en las normas procesales nacionales.

Al respecto, GÓMEZ DE LIAÑO, *El control de oficio de las cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 321.

⁷⁴⁹ GÓMEZ DE LIAÑO, ob. cit., p. 321.

⁷⁵⁰ STJUE, Gran Sala, de 9 de noviembre de 2010 (Asunto VB Pénzügyi Lízing), en la que el TJUE reitera que “el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva”.

v. GÓMEZ DE LIAÑO, *El control de oficio de las cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 321.

la máxima protección de los consumidores, ha sostenido también que dichas potestades carecen de límites en cuanto al procedimiento y plazo para su ejercicio, salvo los derivados del principio de contradicción y defensa.⁷⁵¹

De esta manera, en el marco de las acciones de cesación, el Tribunal prevé la posibilidad de que el juez nacional, aun sin la alegación de las partes, declare el carácter abusivo de una cláusula al margen del procedimiento o fase en que se suscite, y que los consumidores inicialmente no afectados por la sentencia puedan beneficiarse de la declaración de abusividad si se trata de la misma cláusula.⁷⁵²

También el TJUE ha declarado que el juez nacional debe, con los elementos de hecho y de derecho necesarios, controlar una cláusula abusiva incluso antes de la admisión a trámite.⁷⁵³

En concepto del Tribunal, quebranta la efectividad de la protección que pretende brindar la Directiva comunitaria, la regulación procesal que no permite al juez, en un proceso monitorio, examinar en ninguna de las fases del procedimiento el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición.⁷⁵⁴

Habida cuenta de las particularidades del proceso monitorio, existe el riesgo de que los consumidores afectados no formulen la oposición requerida, ya sea por el plazo particularmente breve previsto para ello, por los costes de la acción judicial, por ignorancia de sus derechos o por estrategias procesales de los mismos profesionales, a quienes les bastaría presentar la demanda en un proceso monitorio, en lugar de hacerlo en el juicio civil ordinario, para privar a los consumidores de la protección que otorga la Directiva 93/13/CEE.⁷⁵⁵

En resumen, según el TJUE, las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre consumidores y empresarios, en el marco del derecho nacional, no pueden afectar la protección jurídica otorgada a los primeros por la Directiva 93/13/CEE.⁷⁵⁶

⁷⁵¹ GÓMEZ DE LIAÑO, *ob. cit.*, p. 321

⁷⁵² STJUE, Sala Primera, de 9 de noviembre de 2012 (Asunto Invitel), en la que el TJUE sostuvo que “cuando haya sido declarada abusiva una cláusula de las condiciones generales, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el derecho nacional, para que los consumidores que hayan celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales no resulten vinculados por dicha cláusula”. v. GÓMEZ DE LIAÑO, *ob. cit.*, p. 321.

⁷⁵³ STJUE, Sala Primera, de 14 de junio de 2012 (Asunto Banco Español de Crédito), el Tribunal estableció que es contraria a la Directiva la normativa nacional que impide que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio examine de oficio la abusividad de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición.

⁷⁵⁴ GÓMEZ DE LIAÑO, *El control de oficio de las cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 322.

⁷⁵⁵ GÓMEZ DE LIAÑO, *ob. cit.*, p. 322.

⁷⁵⁶ *ob. cit.*, p. 322.

44.3. Los límites derivados del principio de contradicción y defensa.

A pesar de la ausencia de límites que en principio ostenta el deber de control de oficio de las cláusulas abusivas, el TJUE ha sostenido rotundamente la necesidad de garantizar el derecho de contradicción y defensa del profesional contratante o, dicho de otro modo, la necesidad de dar audiencia a las partes del proceso para que efectúen las alegaciones pertinentes sobre el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por ellas.⁷⁵⁷

Sin hallarlo incompatible con el principio de efectividad, el Tribunal considera que el juez nacional, después de haber determinado que una cláusula es abusiva, debe informar de ello a las partes e instarles a que debatan de forma contradictoria de conformidad con las reglas procesales vigentes.⁷⁵⁸

Según el TJUE, las cláusulas que establecen la competencia territorial del juez del domicilio del profesional para todos los litigios que tengan su origen en el contrato, como quiera que impone al consumidor la obligación de someterse a la competencia exclusiva de un tribunal que puede estar lejos de su domicilio, puede hacer más dificultosa su comparecencia y obstaculizar el ejercicio de las acciones judiciales de que es titular (punto 1, letra q, del Anexo de la Directiva 93/13/CEE).⁷⁵⁹

⁷⁵⁷ SSTJUE, Sala Primera, de 21 de febrero de 2013 (Asunto Banif Plus Bank) y de 30 de mayo de 2013 (Asunto Asbeek Brusse y de Man Garabito), en la primera de las cuales el TJUE estableció que el juez nacional que ha comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual no está obligado a esperar que el consumidor, una vez enterado de sus derechos, solicite la anulación de la cláusula. No obstante, según el Tribunal, el principio de contradicción obliga al juez nacional a informar a las partes sobre el carácter abusivo de una cláusula y ofrecerles la posibilidad de debate según las reglas previstas en las normas procesales nacionales.

En el Asunto Asbeek Brusse y de Man Garabito, el Tribunal estableció que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que cuando el juez nacional esté facultado, según las normas procesales internas, para anular de oficio una cláusula contraria al orden público o a una legal imperativa cuyo alcance justifique esa sanción, deberá, en principio, después de haber ofrecido a las partes la posibilidad de un debate contradictorio, anular de oficio una cláusula contractual cuyo carácter abusivo haya apreciado a la luz de los criterios de la Directiva.

v. GÓMEZ DE LIAÑO, *El control de oficio de las cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 322.

⁷⁵⁸ Con todo, en la STJUE, Sala Cuarta, de 4 de junio de 2009 (Asunto Pannon GSM), a pesar de que el TJUE reconoce la posibilidad de examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, así el consumidor no haya hecho ninguna petición al respecto, en su apartado 33 afirma también que el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, “*el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula*”.

De esta manera, cuando el juez nacional considere que una cláusula es abusiva, “*se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone*”. En otros términos, según afirma la doctrina, la tutela del consumidor “no puede imponerse contra su voluntad” (GÓMEZ DE LIAÑO, ob. cit., p. 323).

En este sentido, en la STJUE, Sala Primera, de 21 de febrero de 2013 (Asunto Banif Plus Bank), el Tribunal da a entender que, cuando el consumidor, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, acepta libre e informadamente dicha cláusula.

⁷⁵⁹ STJUE, Sala Pleno, de 27 de junio de 2000 (Asunto Océano Grupo Editorial).

v. GÓMEZ DE LIAÑO, ob. cit., p. 326.

44.4. Los criterios de apreciación de la abusividad.

Como máximo intérprete de la Directiva 93/13/CEE, el TJUE define el alcance de los elementos constitutivos del concepto de cláusula abusiva y de los criterios para apreciar la abusividad de la cláusula objeto del litigio principal, a cuya luz el juez nacional debe calificar concretamente una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso.⁷⁶⁰

Para el Tribunal, el juicio de abusividad comprende dos fases: en primer lugar, el juez debe establecer la existencia de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que no haya sido objeto de negociación individual.⁷⁶¹

En segundo término, establecido lo anterior, definir si la cláusula bajo examen es o no abusiva a la luz de los criterios señalados por el TJUE, para el cual el artículo 3.3 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que el desequilibrio importante en detrimento del consumidor ha de apreciarse teniendo en cuenta las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo de las partes.⁷⁶²

Con lo anterior se busca establecer si la cláusula en examen deja al consumidor en una situación menos favorable que la prevista en el derecho nacional. Según el TJUE, el juez también debe efectuar un examen de la situación del consumidor en función de los medios de que dispone la normativa nacional para que cese el uso de las cláusulas abusivas.⁷⁶³

Como fue visto, para establecer si pese a las exigencias de la buena fe se causa un desequilibrio en perjuicio del consumidor, se ha de comprobar si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar que este aceptaría la cláusula en una negociación individual.⁷⁶⁴

⁷⁶⁰ SSTJUE, Sala Primera, de 9 de noviembre de 2012 (Asunto Invitel), Sala Cuarta, de 4 de junio de 2009 (Asunto Pannon GSM) y Gran Sala, de 9 de noviembre de 2010 (Asunto VB Pénzügyi Lízing).

v. GÓMEZ DE LIAÑO, *ob. cit.*, p. 324.

⁷⁶¹ *ob. cit.*, p. 324.

⁷⁶² STJUE, Gran Sala, de 9 de noviembre de 2010 (Asunto VB Pénzügyi Lízing). v. también STS de 9 de mayo de 2013, en la que establece, como requisitos de las cláusulas abusivas no negociadas individualmente, los siguientes: 1º Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser utilizadas en una pluralidad de contratos, sin haber sido negociadas de forma individualizada; 2º Que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato; y 3º Que el desequilibrio perjudique al consumidor.

v. GÓMEZ DE LIAÑO, *El control de oficio de las cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 324.

⁷⁶³ GÓMEZ DE LIAÑO, *ob. cit.*, p. 324.

⁷⁶⁴ SSTJUE, de 9 de noviembre de 2010 (Asunto VB Pénzügyi Lízing), apartado 42; y de 14 de marzo de 2013 (Asunto Mohamed Aziz), en la que el TJUET señaló también que el juez debe analizar las normas de derecho nacional aplicables en defecto de pacto entre las partes para medir si el consumidor se encuentra en una situación menos favorable. Igualmente señaló que, en orden a determinar la producción del desequilibrio importante exigido en el artículo 3.1 de la Directiva, el juez debe comprobar "si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual".

v. GÓMEZ DE LIAÑO, *El control de oficio de las cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 325.

Por otra parte, el TJUE ha señalado que, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 4º de la Directiva, el juez debe valorar la cláusula en examen teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, las circunstancias concurrentes al momento de su celebración, así como las demás cláusulas del mismo a fin de establecer la existencia de un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.⁷⁶⁵

44.5. Consecuencias de la declaración de abusividad.

El efecto de una cláusula abusiva es su nulidad y su expulsión como contenido del contrato del que hacía parte. El TJUE no permite al juez nacional integrar o modificar las cláusulas declaradas abusivas, pues dicha facultad eliminaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales la prohibición de su empleo, quienes podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas sabiendo que, aunque llegare a declararse su nulidad, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuere necesario.⁷⁶⁶

45. Síntesis y conclusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, en materia de cláusulas abusivas.

1º La doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas se inicia con la STJUE, Sala Pleno, de 27 de junio de 2000 (Asunto Océano Grupo Editorial), en la que por primera vez dicho Tribunal declara que el juez nacional puede apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual.

En la STJUE, Sala Quinta, de 21 de noviembre de 2001 (Asunto Cofidis), el Tribunal señaló que se opone a la Directiva 93/13/CEE la normativa interna que prohíbe al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar de oficio, o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula del contrato.

Esta doctrina fue reiterada en la STJUE, Sala Cuarta, de 4 de junio de 2009 (Asunto Pannon GSM), a pesar de que el Tribunal reconoce la posibilidad de examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, así el consumidor no haya hecho ninguna petición al respecto.

En la STJUE, Sala Primera, de 26 de octubre de 2006 (Asunto Mostaza Claro), el Tribunal consideró que el juez nacional, cuando estime que el convenio arbitral

⁷⁶⁵ STJUE, de 21 de febrero de 2013 (Asunto Banif Plus Bank), apartado 41.

v. GÓMEZ DE LIAÑO, *El control de oficio de las cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 325.

⁷⁶⁶ STJUE, Sala Primera, de 14 de junio de 2012 (Asunto Banco Español de Crédito), en la que el TJUE consideró contraria a la Directiva comunitaria la normativa nacional que, como ocurriera con el artículo 83 del TRLGDCU, atribuye al juez la facultad de integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula declarada abusiva.

v. GÓMEZ DE LIAÑO, ob. cit., p. 325.

contiene una cláusula abusiva, debe apreciar la nulidad del convenio y anular el laudo, siendo indiferente la alegación o no por parte del consumidor.

En la STJUE, Sala Primera, de 6 de junio de 2009 (Asunto Asturcom Telecomunicaciones), el TJUE sostuvo que el juez está facultado para examinar de oficio una cláusula de sumisión a arbitraje en el momento de la admisión a trámite de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral.

En la STJUE, Gran Sala, de 9 de noviembre de 2010 (Asunto VB Pénzügyi Lízing), el Tribunal reitera que el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula atributiva de competencia judicial territorial es abusiva y, en caso afirmativo, debe declarar de oficio su nulidad.

2º En la STJUE, Sala Primera, de 3 de junio de 2010 (Asunto Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid), el Tribunal interpretó que no se opone a la Directiva la normativa nacional que autoriza un control judicial del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los bienes y servicios que hayan de proporcionarse como contrapartida, por la otra, así estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.

3º En la STJUE, Sala Primera (Asunto Perenicová y Perenic), el Tribunal estableció que, a la hora de valorar si un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que contiene una o varias cláusulas abusivas puede subsistir sin estas, el juez no puede basarse únicamente en el carácter favorable para una de las partes de la anulación de todo el contrato.

Sin embargo, agrega, no es contrario a la Directiva que un estado miembro establezca que un contrato de consumo con varias cláusulas abusivas sea declarado totalmente nulo cuando así se garantice una mejor protección del consumidor.

4º En la STJUE, Sala Primera, de 9 de noviembre de 2012 (Asunto Invitel), el Tribunal estableció que los jueces nacionales deben apreciar el carácter abusivo de una cláusula inserta en las condiciones generales de la contratación en virtud de la cual el profesional pueda modificar unilateralmente los gastos relacionados con el servicio objeto del contrato, sin explicitar el modo de fijación de dichos gastos, ni los motivos de la modificación.

Además, el TJUE reconoce que la declaración de nulidad de tales cláusulas en el marco de la acción de cesación ejercitada contra el profesional por motivos de interés público y en nombre de los consumidores, surte efectos para cualquier consumidor que haya celebrado con el mencionado profesional un contrato al cual le sean aplicables las mismas condiciones generales, incluso aunque el consumidor no haya sido parte en el procedimiento de cesación.

5º En la STJUE, Sala Primera, de 14 de junio de 2012 (Asunto Banco Español de Crédito), el Tribunal estableció que es contraria a la Directiva la normativa nacional que impide al juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, examinar de oficio la abusividad de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición.

Igualmente, en los casos en que se declare la nulidad de la cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor (en alusión al art. 83 TRLGDCU), el TJUE consideró contraria a la Directiva la normativa nacional que atribuye al juez la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula declarada nula.

6º En la STJUE, Sala Primera, de 21 de febrero de 2013 (Asunto Banif Plus Bank), el Tribunal estableció que el juez nacional que ha comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual no está obligado a esperar que el consumidor, una vez enterado de sus derechos, solicite la anulación de la cláusula. No obstante, el principio de contradicción obliga al juez nacional a informar a las partes sobre el carácter abusivo de una cláusula, y ofrecer a estas la posibilidad de debate según las reglas previstas en las normas procesales nacionales.

7º En la STJUE, Sala Primera, de 21 de marzo de 2013 (Asunto RWE Vertrieb AG), el TJUE estableció que para que una cláusula sea conforme a las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia que exige la Directiva, es de esencial importancia determinar si el contrato expone de manera transparente el motivo y el modo de variación del coste del mismo, a fin de que el consumidor pueda prever las eventuales modificaciones.

La falta de información sobre tal extremo antes de la celebración del contrato no se compensa, ni por la información *a posteriori* del cambio del coste con una antelación razonable, ni por el ofrecimiento del derecho a rescindir el contrato en caso de no desear la modificación.

8º En la STJUE, Sala Primera, de 14 de marzo de 2013 (Asunto Mohamed Aziz), el Tribunal concluyó que se opone a la Directiva comunitaria la normativa nacional que, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, no prevé la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, ni permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar la abusividad de dicha cláusula, adopte medidas cautelares como la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria.

Igualmente, en esa misma sentencia, el TJUE estableció, en orden a determinar la producción del desequilibrio importante exigido en el artículo 3.1 de la Directiva, el deber de comprobar si el consumidor, tratado de manera leal y equitativa en el marco de una negociación individual, aceptaría la cláusula.

9º En la STJUE, Sala Primera, de 30 de mayo de 2013 (Asunto Joros), el Tribunal estableció que, en el marco de la apelación de un litigio en el que se debate la validez de las cláusulas incluidas en un contrato de consumo, el juez nacional debe apreciar, de oficio o previa recalificación del fundamento jurídico de la demanda, según las reglas procesales internas, la abusividad de las referidas cláusulas a la luz de los criterios de la Directiva.

Por último, en similar sentido que la anterior, la STJUE, Sala Primera (Asunto Asbeek Brusse y de Man Garabito), el Tribunal estableció que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que cuando el juez nacional esté facultado, según las normas procesales internas, para anular de oficio una cláusula contraria al orden público o a una legal imperativa cuyo alcance justifique esa sanción, deberá, en principio, después de haber ofrecido a las partes la posibilidad de un debate contradictorio, anular de oficio una cláusula contractual cuyo carácter abusivo haya apreciado a la luz de los criterios de la Directiva.⁷⁶⁷

⁷⁶⁷ *ob. cit.*, p. 320.

CAPÍTULO VIII LA REGULACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

46. **Ámbito objetivo de aplicación del régimen legal sobre cláusulas abusivas.**

La regulación legal vigente en España sobre cláusulas abusivas sigue el modelo de la Directiva 93/13/CEE, que limita el control material de abusividad, centrado en el concepto de desequilibrio contractual, a las cláusulas no negociadas individualmente, insertas en los contratos concluidos entre un profesional y un consumidor.⁷⁶⁸

Por fuera de dicho marco de protección quedan las cláusulas que, por haber sido objeto de negociación, expresan la genuina voluntad de los contratantes, así como las incluidas en los contratos celebrados entre empresarios o entre consumidores, para las cuales la fuerza del pacto no halla más límites que los derivados de las normas imperativas, la moral y el orden público (art. 1255 c.c.esp.).⁷⁶⁹

La preeminencia de la autonomía de la voluntad en el régimen común de contratos y el carácter excepcional de la lesión como causa de rescisión del negocio, limita en extremo la posibilidad de protección de uno de los contratantes frente al desequilibrio de los derechos y deberes derivados del pacto.⁷⁷⁰

Como fue dicho, en el ámbito del derecho contractual del consumo, que regula de manera especial las relaciones entre un empresario y un consumidor como sujeto de protección, el control de contenido se limita a las cláusulas no negociadas individualmente que, por haber superado los requisitos de incorporación legalmente establecidos, se reputan válidamente integrados al contrato.⁷⁷¹

Sólo entonces procede someterlas a un segundo *test* o juicio de abusividad, destinado a preservar la justicia material de la relación, purgando del contenido del

⁷⁶⁸ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1625 ss; y SERRA RODRÍGUEZ, *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, ob. cit., p. 88.

⁷⁶⁹ Más allá de las puntuales normas de tipo prohibitivo y de los difusos límites de la moral y el orden público, la protección del empresario contratante, cualquiera que sea su posición de fuerza en el mercado, sólo podrá obtenerse apelando a la doctrina del abuso del derecho, a la cláusula general de buena fe (art. 1258 c.c.esp.) o a la nulidad contractual por falta de causa cuando la cláusula en cuestión altera de modo esencial la prestación característica de una de las partes, hasta el punto de hacerla irreconocible para la otra.

Lo anterior sin perjuicio de la protección indirecta del equilibrio contractual que puede resultar de la aplicación a las relaciones entre empresarios de la regla de interpretación *contra stipulatorem* (art. 1288 c.c.esp.) y de los controles de incorporación de las condiciones generales al contrato, extensivos a toda relación con independencia de la calidad con que actúan las partes.

Al respecto, CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 61-2.

⁷⁷⁰ CARBALLO FIDALGO, ob. cit., p. 61.

⁷⁷¹ LLAMAS POMBO, Eugenio, «*Ordinamento spagnolo e clausole vessatorie*», en BELLELLI, Alessandra, MEZZASOMA, Lorenzo y RIZZO, Francesco (eds.), *La clausole vessatorie a vent'anni dalla Direttiva CEE 93/13*, Nápoles, Esi, 2014, p. 89 ss.

contrato las cláusulas abusivas que producen en el mismo un desequilibrio importante con violación de la buena fe.⁷⁷²

De esta manera, los requisitos de incorporación actúan a modo de presupuestos formales que garantizan la cognoscibilidad de la cláusula y su válida inclusión en el contenido del contrato, con independencia del juicio de abusividad que tal cláusula merezca desde el punto de vista material o de contenido.⁷⁷³

47. Las cláusulas abusivas en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación, LCGC.

El objeto de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de contratación, LCGC fue transponer la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como dotar a las condiciones generales de contratación de una regulación propia como fenómeno global y autónomo, por fuera del estricto marco de la protección contractual de los consumidores.⁷⁷⁴

En consonancia con lo anterior, el articulado de la ley se destina a regular las condiciones generales en todo tipo de contratos, entendiendo por tales las cláusulas predispuestas e incorporadas exclusivamente por una de las partes a una pluralidad de acuerdos (art. 1.1.).

Para la aplicación de la ley basta que el predisponente sea un profesional, siendo irrelevante la condición personal del adherente, de modo que comprende la contratación entre profesionales (B2B), como la contratación entre un profesional y un consumidor (B2C).⁷⁷⁵

Sin embargo, la ley no establece un sistema general de control del contenido contractual, limitando la fiscalización de la abusividad al ámbito de la contratación con consumidores (art. 8º).⁷⁷⁶

⁷⁷² PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1625-8; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 61-2.

⁷⁷³ CARBALLO FIDALGO, ob. cit., p. 61-2.

⁷⁷⁴ Díez-PICAZO, Luis, «*Condiciones generales de la contratación (esbozo de una evolución)*», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ y Díez-PICAZO (dirs.); ALFARO AGUILA-REAL (coord.), *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, ob. cit., p. 88; y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., t. I, p. 378 ss.

Según Díez-PICAZO, tanto en el derecho comparado como en el español se aprecia una tendencia creciente a prohibir, en la legislación sobre condiciones generales, y como mecanismo de protección de los consumidores, las llamadas cláusulas abusivas con fundamento en principios generales del derecho de obligaciones, modulados y concretados en el ámbito específico del derecho contractual del consumo.

Tal el caso del principio según el cual la validez y cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, así como la determinación del precio y, en general, el contenido de las prestaciones, no puede dejarse al arbitrio exclusivo de una de las partes, siendo *prima facie* abusivas las cláusulas que otorgan al predisponente de las condiciones generales la facultad de modificar unilateralmente la prestación convenida y las exoneraciones de responsabilidad en que aquél incurra por dolo, culpa o mora (Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., t. I, p. 378 ss).

⁷⁷⁵ Díez-PICAZO, ob. cit., t. I, p. 378 ss.

En efecto, el artículo 8.2 sanciona en particular la nulidad de las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, con la consiguiente inaplicación de la sanción de nulidad a las posibles cláusulas abusivas de los contratos celebrados entre profesionales, que no tendrán más protección que la prevista por el derecho común (art. 6.3 c.c.esp.).⁷⁷⁷

Acotado de la forma antes descrita su ámbito de aplicación, la LCGC se centra en establecer los requisitos que han de cumplir las condiciones generales para reputarse válidamente incorporadas al contrato (arts. 5º y 7º); las reglas de interpretación a que han de someterse (art. 6º); así como los efectos negociales que se derivan de lo dispuesto en la propia ley (arts. 8º-10º).

La finalidad de estas normas es garantizar al adherente la posibilidad efectiva de conocer la existencia y el contenido del clausulado con carácter previo a la conclusión del contrato, para lo cual se exige su entrega o facilitación física y su comprensibilidad intelectual, salvando la validez de las cláusulas ambiguas cuando sean susceptibles de una interpretación favorable al adherente.⁷⁷⁸

Por otra parte, la LCGC regula las consecuencias de su incumplimiento, estableciendo su régimen de ineficacia (no incorporación y nulidad) y los diversos mecanismos de tutela abstracta y preventiva, tanto judiciales (acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa), como extrajudiciales (Registro de Condiciones Generales de Contratación, RCGC, y la labor de información encomendada a notarios y registradores).⁷⁷⁹

Por último, tras su articulado, la LCGC dedicó sus disposiciones adicionales a la reforma de la LGDCU, con el propósito de adaptarla a las exigencias de la Directiva 93/13/CEE.⁷⁸⁰

48. Las cláusulas abusivas en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, TRLGDCU.

Al igual que la Directiva 93/13/CEE, el TRLGDCU articula la regulación legal alrededor de una fórmula general de cláusula abusiva, basada en el desequilibrio de los derechos y deberes de las partes contrario a la buena fe (art. 82) y una lista no exhaustiva de cláusulas abusivas (arts. 85-90).⁷⁸¹

⁷⁷⁶ *ob. cit.*, p. 378.

⁷⁷⁷ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, *ob. cit.*, p. 88.

⁷⁷⁸ CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 88.

⁷⁷⁹ Díez-PICAZO, *Condiciones generales de la contratación (esbozo de una evolución)*, *ob. cit.*, p. 88; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, *ob. cit.*, p. 88.

⁷⁸⁰ CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 88.

⁷⁸¹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, *ob. cit.*, p. 1631; y Díez-PICAZO, Luis, «Ponencia general», en *Id.*, *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, Madrid, p. 29-43. Para este autor, el sistema español

Para la definición del carácter abusivo de una cláusula, además de los parámetros abstractos de buena fe y desequilibrio importante, el TRLGDCU establece unos “criterios instrumentales de ponderación”, relacionados con la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, las demás cláusulas del contrato o las de los contratos conexos (art. 82.3).⁷⁸²

Por lo demás, en cuanto a los efectos de la declaratoria de abusividad, el TRLGDCU establece la sanción de su nulidad de pleno derecho, con conservación en lo posible del resto del contrato. Como fue visto, el TRLGDCU (art. 59.3) mantiene vigente y sin modificación alguna la LCGC de 1998, la cual continúa regulando los contratos que incorporen condiciones generales.⁷⁸³

Tras establecer los requisitos que toda cláusula predispuesta debe reunir y el criterio con que deben ser interpretadas, el TRLGDCU se centra en las cláusulas que, formalmente incorporadas al contrato, producen un desequilibrio contractual entre las partes, concepto este que define la prohibición de abusividad como mecanismo principal de protección de los consumidores.⁷⁸⁴

Los requisitos de incorporación que establece el TRLGDCU se reducen a las tres siguientes reglas (art. 80.1):

1º La exigencia de accesibilidad y legibilidad de las cláusulas;

2º La entrega y firma de las condiciones generales utilizadas en la contratación; y

3º La aceptación de todas y cada una de las condiciones aplicadas en la contratación electrónica y telefónica, con envío inmediato de justificación del contrato, donde consten todos los términos del mismo.⁷⁸⁵

Respecto de la regulación de las cláusulas abusivas, el TRLGDCU reproduce el modelo de noción general basada, a su vez, en el concepto de desequilibrio contractual importante y la contravención de la buena fe (art. 82.1), además de una lista de cláusulas “*en todo caso abusivas*” (arts. 85 a 90).⁷⁸⁶

de protección contra las cláusulas abusivas combina una definición abstracta de las mismas, complementada con una enumeración casuística, aunque no taxativa, de estipulaciones prohibidas, lista que puede ser ampliada judicialmente con otras cláusulas que correspondan a los criterios de la definición. Siguiendo la Directiva Europea de 1993 (art. 3º), el derecho español limita tal definición abstracta a los conceptos de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., t. I, p. 379.

⁷⁸² PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1631 ss; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 19.

⁷⁸³ CARBALLO FIDALGO, ob. cit., p. 19.

⁷⁸⁴ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1625 ss.

⁷⁸⁵ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, ob. cit., p. 1625 ss.

⁷⁸⁶ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 19.

Por último, el TRLGDCU regula unitariamente la acción de cesación, la que en materia de cláusulas abusivas prescribe en el plazo de cinco (5) años, a contar desde la práctica del depósito de las condiciones en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, RCGC.⁷⁸⁷

48.1. Ámbito objetivo de aplicación.

Al limitar el control a las estipulaciones no negociadas individualmente y las prácticas no consentidas expresamente (art. 82.1), el TRLGDCU define el ámbito objetivo de aplicación de la normativa protectora en materia de cláusulas abusivas.⁷⁸⁸

La disposición mencionada incluye, pues, en la noción legal de cláusula abusiva, dos realidades de significación diversa: las estipulaciones (cláusulas, condiciones o estipulaciones propiamente dichas) y las prácticas comerciales que quedan sujetas al mismo régimen.⁷⁸⁹

48.1.1. El concepto de estipulación contractual.

La noción legal de cláusula o estipulación no debe identificarse con cada una de las proposiciones o apartados en que formalmente se estructura el contrato, sino con cada regla de conducta o precepto negocial autónomo susceptible de ser individualizado del resto de la reglamentación y potencialmente apto para producir un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes.⁷⁹⁰

Una misma proposición formal puede incluso encerrar una multiplicidad de cláusulas que alcanzan sustantividad propia en el curso de la relación y deben, por tanto, ser sometidas individualmente al control de abusividad o de contenido.⁷⁹¹

Lo anterior sucede cuando a un mismo supuesto de hecho se vinculan varias consecuencias jurídicas (las cláusulas, por ejemplo, que prevén diversas sanciones para un mismo incumplimiento del consumidor) o cuando, contrariamente, varios supuestos de hecho se contemplan como presupuesto de una consecuencia común, lo que sucede cuando cada supuesto que legitima la resolución unilateral por el empresario, ha de ser tratado de modo independiente.⁷⁹²

⁷⁸⁷ CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 19.

⁷⁸⁸ GARCÍA AMIGO, *Lecciones de derecho civil, ob. cit.*, II, p. 211 ss.

⁷⁸⁹ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor, ob. cit.*, p. 19.

⁷⁹⁰ CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 19.

⁷⁹¹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión, ob. cit.*, p. 1631 ss; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor, ob. cit.*, p. 19.

⁷⁹² CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 19.

Las llamadas estipulaciones se identifican de entrada con la cláusula contractual *stricto sensu*, esto es, el precepto negocial donde se definen y reglamentan los derechos y obligaciones de las partes del contrato.

Junto a la cláusula contractual *stricto sensu* están también sujetas a control las demás declaraciones contractuales que, sin tener aquel contenido inmediato (la creación y derechos y deberes de las partes), pueden influir, aun de manera indirecta o mediata, sobre esos derechos y deberes.⁷⁹³

Tales declaraciones pueden tener lugar en el período precontractual o tener incidencia directa sobre el contenido de la reglamentación negocial, el desarrollo del contrato y la suerte de la relación entablada (arts. 85.1 y 89.1 TRLGDCU).⁷⁹⁴

Además, la jurisprudencia ha ampliado el espectro de las cláusulas sujetas a control al incluir las normas de los estatutos reguladores de la propiedad horizontal, cuando su contenido ha sido predispuesto por el promotor y la venta se supedita a la adhesión por los adquirentes al texto.⁷⁹⁵

Para los tribunales españoles, las normas estatutarias redactadas previa y unilateralmente por el promotor para aplicarlas a todos los contratos de venta que celebre, responden a la categoría de condiciones generales y han de reputarse abusivas cuando generen un desequilibrio importante en perjuicio de los adquirentes.⁷⁹⁶

48.1.2. Las prácticas no consentidas expresamente.

Al lado de las estipulaciones llamadas a formar parte del contrato, el TRLGDCU considera abusivas las prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio de consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes (art. 82).⁷⁹⁷

La prohibición mencionada se refiere a las prácticas comerciales desleales, vale decir, los obstáculos no contractuales para el ejercicio de los derechos reconocidos a los consumidores, en particular los que obstruyan o dificulten el ejercicio de la facultad de poner fin al contrato.⁷⁹⁸

⁷⁹³ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1631 ss.

⁷⁹⁴ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, ob. cit., p. 1631 ss; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 19.

⁷⁹⁵ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1631 ss; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 19.

⁷⁹⁶ Al respecto, CARBALLO FIDALGO, ob. cit., p. 88 y las decisiones judiciales citadas por ella, en especial las SSTS, Civil, del 14 de diciembre de 2005 y 21 de marzo de 2007, p. 72, notas 50-2.

⁷⁹⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1631 ss; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 19.

⁷⁹⁸ CARBALLO FIDALGO, ob. cit., p. 74.

Como meros comportamientos (actos, omisiones, conductas, manifestaciones o comunicaciones), las prácticas comerciales no se integran al contrato (art. 19 TRLGDCU), razón por la cual no pueden ser tratadas como genuino contenido contractual, ni equiparse sin más a las cláusulas contractuales, a pesar del loable ánimo que movió al legislador de moderarlas o erradicarlas. La comunidad de contenido de prácticas y cláusulas no puede conducir a una comunidad de régimen.⁷⁹⁹

Cuando las prácticas se incorporan efectivamente al clausulado del contrato, su relevancia negocial es incuestionable y quedan afectadas inmediatamente por el juicio de validez propio de la noción de cláusula abusiva, como sucede en los casos en que las cláusulas prohibidas reflejan prácticas contrarias a la buena fe (por ejemplo, los supuestos previstos en los arts. 87.6 y 89.2, 4 y 8 del TRLGDCU, proyectados sobre la ejecución del contrato), cuya nulidad de pleno derecho impide al empresario beneficiarse de sus ventajas.⁸⁰⁰

En otros términos, según la disciplina general del contrato, el carácter vinculante y la integración de estas prácticas a través de los usos pasa por la licitud de estos.⁸⁰¹

Aun cuando una conducta puede efectivamente incidir en el desarrollo de la relación contractual y producir un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, este no puede ser impedido o corregido con la declaración de su nulidad, sanción inaplicable a un comportamiento cuyos efectos deberán ser removidos con soluciones diversas, normalmente de tipo indemnizatorio, sensibles al tipo de perjuicio ocasionado.⁸⁰²

A nivel preventivo, general y abstracto, contra tales prácticas se podrán ejercer acciones de cesación idénticas a las ejercitables contra otro tipo de prácticas comerciales prohibidas, engañosas y agresivas (art. 49.1 TRLGDCU).⁸⁰³

⁷⁹⁹ *ob. cit.*, p. 74.

⁸⁰⁰ PERTIÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, *ob. cit.*, p. 1631 ss; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, *ob. cit.*, p. 19.

⁸⁰¹ CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 74.

⁸⁰² *ob. cit.*, p. 74.

⁸⁰³ La eventual comunidad de contenido de prácticas y cláusulas no puede conducir a una comunidad de régimen. Las prácticas son una realidad paralela al clausulado contractual (las cláusulas y estipulaciones que por la aceptación del consumidor integran el contenido del contrato), y la disciplina establecida para controlar la abusividad de este sencillamente no es válida para ellas.

Sin embargo, sí puede existir un vaso comunicante entre las prácticas observadas por el empresario y la validez de las cláusulas contractuales, representado por el papel que las primeras pueden jugar en la apreciación del carácter abusivo de las segundas, pues ha de tenerse en cuenta que el comportamiento del empresario en el período precontractual es una circunstancia concurrente al tiempo de la celebración del contrato que como tal debe ser apreciada por el juez.

Una práctica comercial engañosa “constituye un elemento entre otros en los que el juez competente puede basar su apreciación del carácter abusivo de las cláusulas del contrato” [STJUE, de 15 de marzo de 2012 (Asunto Jana Perenicova), Conclusiones 41-7].

Al respecto, CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, *ob. cit.*, p. 74-5.

48.1.3. La ausencia de negociación individual. Estipulaciones no negociadas individualmente y prácticas no consentidas de manera expresa.

El TRLGDCU circunscribe también el ámbito de control a las cláusulas y estipulaciones no negociadas individualmente (arts. 80 y 82), noción que, según el derecho comunitario, se caracteriza por la predisposición, que la Directiva 93/13/CEE identifica con su redacción previa y su imposición al consumidor, entendida como la imposibilidad de este de influir sobre su contenido (art. 3.2).⁸⁰⁴

Ahora bien, respecto del requisito de la predisposición, un tercero puede ser autor de la cláusula, bastando con que su confección sea previa a la celebración del contrato y que la vocación de integrarla a este sea obra de la voluntad unilateral del predisponente. Por su parte, la idea de imposición se relaciona con la inevitabilidad de la cláusula por el consumidor si desea obtener el bien o servicio de que trata.⁸⁰⁵

Según la doctrina, no debe entenderse que una cláusula o grupo de cláusulas no son impuestas o, si se quiere, han sido negociadas, por el hecho de que el consumidor habría podido obtener el bien o servicio acudiendo a un empresario distinto del predisponente, pues vincular el carácter negociado de una cláusula a la existencia de una situación monopolística o a la comparación y contraste con ofertas de otras empresas restringiría ilegítimamente el ámbito de protección del consumidor en contravía del derecho comunitario.⁸⁰⁶

La negociación implica el otorgamiento al consumidor de la posibilidad seria y efectiva de discutir y modificar los términos de la oferta, suprimir o incluir nuevas estipulaciones, de modo que el acuerdo alcanzado constituya un verdadero ejercicio de libertad negocial en la fijación del contenido del contrato.⁸⁰⁷

Cuando esta posibilidad de influencia sobre el contenido de una cláusula exista, así sea quimérica en el ámbito de la contratación estandarizada, se excluye la posibilidad de su control, no porque la negociación previa garantice su equidad, sino porque la convierte en expresión de la autonomía de la voluntad de las partes y, como tal, sujeta a la disciplina general del contrato.⁸⁰⁸

En la medida en que la negociación individual constituye un límite a la aplicación de la normativa protectora del consumidor, el empresario que afirme el carácter negociado de una cláusula asumirá la carga de la prueba (art. 82.2 TRLGDCU).⁸⁰⁹

⁸⁰⁴ CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 76.

⁸⁰⁵ *ob. cit.*, p. 76.

⁸⁰⁶ En este sentido, v. STS, Civil, de 18 de junio de 2012, y las decisiones de las Audiencias Provinciales españolas citadas por CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, *ob. cit.*, p. 77, nota 53.

⁸⁰⁷ CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 77.

⁸⁰⁸ *ob. cit.*, p. 77.

⁸⁰⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, *ob. cit.*, p. 1631 ss; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, *ob. cit.*, p. 78.

Esta presunción de falta de negociación se aplica a todos los contratos con cláusulas predispuestas, bien se trate de condiciones generales o bien de cláusulas predispuestas *ad hoc*, esto es, a reglas preformuladas en vista de la conclusión de un contrato específico.⁸¹⁰

A los efectos probatorios del carácter negociado de una cláusula en particular, carecen de valor las declaraciones, insertas en el propio contrato, por las que el consumidor reconoce la existencia de tal negociación, prohibidas por el artículo 82 del TRLGDCU.⁸¹¹

Como lo ha sostenido la jurisprudencia española, el carácter predispuesto de una cláusula o condición prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas y modelos de productos, otorgando al consumidor una opción entre dos o más cláusulas estandarizadas.⁸¹²

Tampoco descarta la imposición de una cláusula el hecho de que se permita al consumidor rellenar a mano casillas en blanco cuando se ha utilizado un modelo o contrato tipo en el que todas las estipulaciones se encuentran previamente redactadas, restando tan solo tales espacios para cubrir datos de identificación del contrato y sus elementos esenciales, ni la intervención de notario en el otorgamiento de escritura pública suple la necesidad de prueba de la negociación individual.⁸¹³

48.1.4. Cláusulas declarativas.

La Directiva 93/13/CEE excluye del control de abusividad a las cláusulas que incorporan al contrato una norma jurídica preexistente (art. 1.2), llamadas cláusulas declarativas. Tales cláusulas reflejan disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o principios de los convenios internacionales donde los estados miembros o la Comunidad Europea son parte.⁸¹⁴

La jurisprudencia comunitaria considera también declarativas aquellas cláusulas que, en virtud de las disposiciones normativas nacionales, sean aplicables al concreto tipo contractual que se pretenda celebrar, respecto de las cuales se presume que el legislador ha realizado una equilibrada ponderación de los derechos

⁸¹⁰ CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 7

⁸¹¹ *ob. cit.*, p. 78.

⁸¹² STS, Civil Pleno, de 9 de mayo de 2013.

⁸¹³ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, *ob. cit.*, y las decisiones por ella citadas de tribunales provinciales españoles, p. 80, nota 58.

⁸¹⁴ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, *ob. cit.*, p. 1631 ss; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, *ob. cit.*, p. 80.

y deberes de las partes. En general, la razón de dicha exclusión es que el legislador comunitario presume la licitud de tales cláusulas.⁸¹⁵

Por normas imperativas se entiende aquellas que, con arreglo a derecho, se aplican a las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo (Considerando 13 de la Directiva).⁸¹⁶

El legislador español no ha incorporado la interpretación auténtica del término “imperativas”, pues excluye únicamente las disposiciones legales o administrativas “que sean de aplicación obligatoria para los contratantes”, lo que ha dividido a la doctrina española entre quienes sostienen una interpretación literal de la norma y quienes postulan su extensión a las cláusulas que reproduzcan el mandato de normas dispositivas, al concurrir especialmente en ellas la razón de ser de la exclusión.⁸¹⁷

48.2. La cláusula general de abusividad y la definición legal de cláusula abusiva.

Según el artículo 82 del TRLGDCU (cláusula general de abusividad), se considerarán abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente, y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y

⁸¹⁵ STJUE de 21 de marzo de 2013 (Asunto RWE Vertrieb AG/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e. V). El TJUE extiende, en consecuencia, el control a las cláusulas de las condiciones generales, incluidas en contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, que reproducen una disposición del derecho nacional aplicable a otra categoría de contrato y que no están sujetas a la normativa nacional de que se trate.

En este sentido, el artículo 4º de la LCGC, excluye el control de las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los convenios internacionales en los que el Reino de España sea parte, así como las reguladas por una disposición legal o administrativa de carácter general, que sean de aplicación obligatoria para los contratantes. En este caso se excluye del control a una condición general que de igual modo ha de integrar el contrato, no ya por voluntad de las partes, sino por voluntad legal.

Ahora bien, la exclusión de cláusulas declarativas en materia de control de contenido, se extiende incluso a las cláusulas predispuestas que no conformen estrictamente condiciones generales. En resumen, queda fuera de duda la exclusión de control de abusividad de cláusulas que incorporen disposiciones legales, sean imperativas o dispositivas. Sin embargo, los artículos 80 y 82 del TRLGDCU son claros al establecer la sujeción a su mandato de toda cláusula no negociada, sin excepción alguna.

Las cláusulas que en la contratación con consumidores inserten disposiciones de naturaleza reglamentaria que, de producir un desequilibrio significativo en perjuicio del consumidor y a despecho de las exigencias de la buena fe, deban ser sencillamente inaplicadas por el juzgador, y ello por imperativo del propio sistema de fuentes que somete al juez al principio de jerarquía normativa y le impide aplicar normas de rango superior, como es el TRLGDCU, que en este caso no establece excepción alguna.

En este sentido, pese a la posición en contrario sostenida por el Tribunal Supremo (SSTS de 3 de noviembre de 2006 y 9 de mayo de 2013), el control de contenido ha sido extendido de “*facto*” por las Audiencias Provinciales a los contratos normados inscritos en el ámbito de servicios públicos, cuyo contenido es fijado en normas de naturaleza reglamentaria y aplicación imperativa.

Al respecto, CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 81-4.

⁸¹⁶ CARBALLO FIDALGO, ob. cit., p. 81-4.

⁸¹⁷ ob. cit., p. 81.

usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, que se deriven del contrato (num. 1).

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula, o que una cláusula aislada, se hayan negociado individualmente, no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba (num. 2).

El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro del que este dependa (num. 3).⁸¹⁸

Siguiendo el modelo de la Directiva 93/13/CEE, el TRLGDCU define de manera general el concepto de cláusula abusiva a partir de la contravención a la buena fe y de la noción de equilibrio contractual (art. 82).⁸¹⁹

Seguidamente dicha disposición establece un listado de cláusulas prohibidas (arts. 85-90), cuyo carácter abierto deja expedito el juicio de abusividad de una cláusula no incluida, cuando merezca tal reproche al amparo de la definición general.⁸²⁰

A diferencia del listado contenido en el anexo de la norma comunitaria, meramente indicativo de modo que no prejuzga el carácter abusivo de una cláusula que figura en él (art. 3.3), las cláusulas contenidas en la ley española son en todo caso abusivas (arts. 85-90 TRLGDCU), sin que se reconozca siquiera la posibilidad de prueba en contrario por el profesional predisponente.⁸²¹

No obstante, el automatismo de la sanción de nulidad cede en un buen número de casos en que la definición de las cláusulas bajo sospecha incluye conceptos jurídicos indeterminados (“*plazos excesivamente largos*”, “*garantías desproporcionadas*”, “*exclusión o limitación inadecuada de los derechos legales del consumidor*”, entre otros), cuya concreción debe ser realizada a la luz de los parámetros de nulidad establecidos en el art. 82 TRLGDCU (buena fe y justo equilibrio de las prestaciones).⁸²²

De esta manera, la nulidad de las cláusulas que prevean la “*exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor o usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario*” (art. 86.1 TRLGDCU), exige una interpretación de lo que en cada caso concreto se entienda

⁸¹⁸ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1631.

⁸¹⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, ob. cit., p. 1631 ss; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 80.

⁸²⁰ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, ob. cit., p. 1631.

⁸²¹ ob. cit., p. 1631 ss.

⁸²² ob. cit., p. 1631 ss.

por “*exclusión o limitación inadecuada*” y, en últimas, su reconducción a la fórmula general de cláusula abusiva prevista en la ley y a los conceptos de desequilibrio importante y contravención al principio de buena fe.⁸²³

Sólo en un número muy limitado de casos puede admitirse la nulidad automática de las cláusulas previstas en el listado, por no requerir su definición labor de ponderación alguna, como ocurre con la estipulación que establece la sumisión a un arbitraje o tribunal determinado.⁸²⁴

Si bien la remisión a la definición general resulta con frecuencia ineludible para efectos de aplicar la pretendida “lista negra” de cláusulas en “todo caso abusivas”, lo cierto es que la información contenida en dicha lista suministra al intérprete valiosos criterios para definir el carácter abusivo de las cláusulas no incluidas expresamente en ella, las cuales deben ser reconducidas a la noción general.⁸²⁵

48.3. Buena fe y desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.⁸²⁶

Como fue visto, siguiendo la fórmula prevista en la Directiva 93/13/CEE, el TRLGDCU reputa abusivas las cláusulas que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones derivados del contrato (art. 82).⁸²⁷

De esta manera, el posible carácter abusivo de una cláusula ha de medirse en función de un doble rasero, necesariamente concurrente: la contravención a las exigencias de la buena fe, por un lado, y la producción de un desequilibrio contractual importante, por el otro.⁸²⁸

⁸²³ *ob. cit.*, p. 1631 ss.

⁸²⁴ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, *ob. cit.*, p. 95-6.

⁸²⁵ CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 96.

⁸²⁶ Según Díez-PICAZO, para la determinación de la abusividad de la cláusula o condición en examen han de tenerse en cuenta los criterios de buena fe y de equivalencia o justo equilibrio entre las prestaciones. La buena fe se entiende aquí como la regla general de confianza o el conjunto de criterios valorativos que, desde el punto de vista ético, pueden conducir a un enjuiciamiento de la interna justicia de la ordenación contractual. En este sentido, la buena fe es lo que el contratante normal espera, según el tipo de contrato, de la otra parte contratante (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, *ob. cit.*, t. I, p. 380-1 ss).

⁸²⁷ De modo general, el profesor Díez-PICAZO fija las siguientes directrices para determinar la abusividad de las cláusulas contractuales: 1º Desviación del módulo de la buena fe contractual, entendida como fuente de integración del contenido del contrato y, por tanto, como fuente de derechos y facultades o de obligaciones y cargas de las partes. En el caso de los contratos típicos, el criterio de abusividad será la desviación del contenido del derecho legal dispositivo como modelo de justa regulación del negocio; y 2º Detrimento del adherente o desequilibrio de las prestaciones, para cuya concreción han de sopesarse derechos y obligaciones frente a cargas y obligaciones.

En este sentido, las cláusulas serán abusivas si atribuyen al predisponente derechos y facultades de carácter exorbitante, o si introducen limitaciones o restricciones injustificadas en los derechos y facultades del adherente. Igualmente, serán abusivas las cláusulas que reduzcan o supriman obligaciones, cargas o responsabilidades del predisponente, o cuando injustificadamente aumenten las cargas y obligaciones del adherente (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, *ob. cit.*, t. I, p. 380-1 ss).

⁸²⁸ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, *ob. cit.*, p. 1631-2.

Esta doble exigencia de la noción general de cláusula abusiva implica la aceptación tanto de situaciones en que la eventual desigualdad entre las partes carece de entidad real, como de aquellas en que el efectivo desequilibrio creado no es contrario a la buena fe, al obedecer a razones distintas al puro ánimo del predisponente de maximizar su lucro.⁸²⁹

48.3.1. Buena fe.⁸³⁰

El primero de los patrones apuntados es una aplicación concreta del principio general de buena fe, establecido en el artículo 7.1 del código civil español como criterio rector del ejercicio de los derechos.⁸³¹

En el estricto ámbito negocial, las exigencias de la buena fe imponen al predisponente un comportamiento objetivamente leal y equitativo con la otra parte, que debe tener presente los intereses concretos cuya satisfacción busca el consumidor a la hora de celebrar el contrato.⁸³²

En este sentido, es contrario a la buena fe contractual el clausulado que, ignorando el interés de quien carece de influencia real sobre su contenido, frustra sus legítimas expectativas, medidas en atención a la confianza generada por la celebración y el sentido global del contrato, así como del fin normal del tipo contractual utilizado.⁸³³

Sería razonable la cláusula en la que el profesional, tratando de manera leal y equitativa al consumidor, es aceptada por este en el marco de una negociación individual.⁸³⁴

48.3.2. Desequilibrio importante del contrato.

En los términos del TRLGDCU, la desviación del profesional respecto del comportamiento estándar exigible, ha de traducirse en un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones derivados del contrato (art. 82).⁸³⁵

⁸²⁹ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 98.

⁸³⁰ LLAMAS POMBO, Eugenio, «Buena fe y cláusulas abusivas en la contratación con consumidores», en CÓRDOBA, Marcos (dir.), *Tratado de la buena fe en el Derecho*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2004.

⁸³¹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1632.

⁸³² Al respecto, WIEACKER, Franz, *El principio general de buena fe* (José Luis CARRO, trad.), Madrid, Civitas, 1977; y WHITTAKER, Simon y ZIMMERMANN, Reinhard, «Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape», en ZIMMERMANN, Reinhard/WHITTAKER, Simon (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 7-62.

⁸³³ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 98.

⁸³⁴ STJUE, de 14 de marzo de 2013 (Asunto Mohamed Aziz/Catalunya-Caixa).

Al respecto, CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 98.

⁸³⁵ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1634.

La apreciación de este segundo requisito exige ponderar la medida en que tales derechos y obligaciones se ajustan a los intereses de uno y otro contratante, a fin de expulsar de la reglamentación negocial el calusulado que aleja de modo importante al consumidor del objetivo buscado al contratar.⁸³⁶

48.3.3. El derecho dispositivo como término de comparación para definir el desequilibrio del contrato.

En la realización de este test de equilibrio, el término de comparación por antonomasia es el derecho dispositivo, integrado por normas legales, usos lícitos y principios generales que, a partir de una ponderación justa de los intereses en juego, diseña los efectos normales del contrato queridos por el ordenamiento, que las cláusulas no deben alterar sustancialmente en perjuicio del consumidor.⁸³⁷

El sistema de protección admite, sin embargo, un espacio de regulación propio a la cláusula predispuesta, diverso a los dictados expresos del derecho dispositivo, cuya legitimidad debe supervisar el juez a la luz de las exigencias de la buena fe, labor para la que cuenta con diversos instrumentos de ponderación brindados por la propia ley (art. 82.3 TRLGDCU).⁸³⁸

La sustitución de la norma legal dispositiva por la cláusula predispuesta no exime al juez del deber de valorar la licitud de esta última, aún cuando se acepte que tal sustitución arroja sobre ella serias sospechas de abusividad, incluso en los casos en que tales sospechas, según la doctrina, alcancen el rango de una auténtica presunción, de modo que cualquier desviación del derecho dispositivo en perjuicio del consumidor grava al empresario con la carga de probar su justificación objetiva.⁸³⁹

Lo contrario sería llevar muy lejos el valor del derecho dispositivo como término de contraste de la abusividad de la cláusula predispuesta, so pena de negar su naturaleza derogable y convertirlo en un límite infranqueable al pacto, aun cuando este pudiere reputarse globalmente equilibrado por causa de su razonabilidad.⁸⁴⁰

⁸³⁶ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *ob. cit.*, p. 1634.

⁸³⁷ Según Díez-PICAZO, para determinar o definir la equivalencia o justo equilibrio entre las prestaciones, el derecho legal dispositivo en materia contractual ofrece el mejor modelo de la más justa composición de los intereses en conflicto entre las partes contratantes, de manera que cualquier desviación, especialmente si ésta se produce respecto de los principios y reglas de la obligación legal de tipo contractual, requiere una especial justificación a riesgo de determinar, en caso distinto, el carácter inequitativo de la ordenación establecida por las condiciones generales.

En resumen, para establecer la desproporción entre las prestaciones, o la falta de equivalencia o equilibrio se ha de tener en cuenta el mencionado criterio de la desviación respecto del tipo legal en la medida en que éste exista, pero han de valorarse también las ventajas o derechos que la ordenación atribuya al predisponente, así como las obligaciones y cargas que para el ejercicio de sus derechos se sujeta al adherente (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos, ob. cit.*, t. I, p. 378 ss).

v. también, CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor, ob. cit.*, p. 98.

⁸³⁸ CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 101.

⁸³⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión, ob. cit.*, p. 1634.

⁸⁴⁰ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor, ob. cit.*, p. 100.

La ponderación del desequilibrio importante no ha de tener en cuenta únicamente la valoración económica del perjuicio sufrido por el consumidor, en ocasiones carente de significación a nivel individual, pero enormemente lesivo de los intereses colectivos de los consumidores.⁸⁴¹

Si bien el perjuicio individual que produce la cláusula puede considerarse insignificante, desde otra perspectiva puede tratarse de un desequilibrio intolerable al alterar de modo sustancial e injustificado la relación de reciprocidad entre los derechos y deberes de las partes, permitiendo al empresario obtener un sobreprecio con una dimensión económica importante respecto del conjunto total de los contratos concertados.⁸⁴²

48.3.4. Importancia del desequilibrio.

Por otra parte, ha de tratarse de un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones derivados del contrato (*minimis non curat praetor*), de manera que solamente las cargas del consumidor o los beneficios del empresario que han de reputarse nimias o despreciables, superan el juicio de abusividad. Piénsese, por ejemplo, en alteraciones inocuas del contenido del contrato, permisibles conforme a los usos lícitos, o en las cláusulas que gravan al consumidor con una carga objetivamente insignificante.⁸⁴³

Ahora bien, no toda desviación asimétrica apreciable o significativa respecto del derecho dispositivo ha de considerarse necesariamente abusiva, pues el carácter cumulativo de los parámetros en causa implica la admisión de derogaciones de las normas aplicables en defecto de pacto que no suponen contravención alguna a las exigencias de la buena fe, o estar justificadas en causas objetivas tutelables, o verse compensadas con el establecimiento de cautelas o el reconocimiento de facultades al adherente que recomponen el equilibrio global del proyecto contractual.⁸⁴⁴

De acuerdo con el TRLGDCU, existen numerosos ejemplos de desviaciones legítimas del derecho dispositivo aplicable.

De esta manera, las cláusulas de modificación unilateral del contrato pueden ser válidas por la suficiencia de los motivos especificados en el mismo (art. 85.3.1); el otorgamiento de garantías adicionales de cobro puede también liberar de responsabilidad al empresario por cesión del contrato a tercero sin consentimiento del deudor (art. 86.3); y la concesión al consumidor de la facultad para resolver de

⁸⁴¹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1634.

⁸⁴² PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, ob. cit., p. 1634.

⁸⁴³ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 99; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1634.

⁸⁴⁴ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 99.

forma anticipada el contrato de duración determinada purga la eventual abusividad de la cláusula que concede al empresario idéntica facultad.⁸⁴⁵

El control de abusividad debe ser estrictamente jurídico, y ha de censurar los supuestos en que la situación respectiva de las partes en relación a una misma cuestión es estructurada de modo evidentemente diferente por las cláusulas no negociadas, teniendo en cuenta el cuadro regulador típico, en perjuicio de quien carece de influencia alguna sobre su confección.⁸⁴⁶

48.4. Criterios instrumentales de ponderación o de valoración de la abusividad de las cláusulas objeto de control.

En la valoración del carácter abusivo de una cláusula, el juez ha de tener en cuenta los criterios instrumentales de ponderación previstos en el artículo 82.3 TRLGDCU (art. 4º de la Directiva 93/13/CEE), vale decir, la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, las circunstancias concurrentes al momento de su celebración, las demás cláusulas contractuales y los contratos conexos.⁸⁴⁷

Tales criterios han de informar todo el juicio de abusividad para la definición del desequilibrio contractual (la confrontación de las expectativas reales del consumidor con el contenido contractual efectivo y la valoración de la legitimidad de las posibles desviaciones del derecho dispositivo), su importancia, razonabilidad y contrariedad con la buena fe.⁸⁴⁸

48.4.1. La naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato.

La naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato ha de ser tenida en cuenta como criterio de valoración de la abusividad de la cláusula predispuesta de que se trate (art. 82.3 TRLGDCU).⁸⁴⁹

A diferencia de las circunstancias concurrentes al momento de la celebración del contrato, que posibilita una fiscalización circunstanciada en la medida en que permite una contextualización de la cláusula en la situación existente al tiempo del perfeccionamiento del contrato, examinando las concretas circunstancias que han concurrido a su celebración, la naturaleza del objeto contractual permite un control *in abstracto* de las cláusulas abusivas, con el objeto de eliminar o cesar la utilización de las condiciones generales predispuestas incluidas o que se proyecta incluir en una pluralidad de contratos.⁸⁵⁰

⁸⁴⁵ CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 99-100.

⁸⁴⁶ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión, ob. cit.*, p. 1634.

⁸⁴⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *ob. cit.*, p. 1635.

⁸⁴⁸ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor, ob. cit.*, p. 101.

⁸⁴⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión, ob. cit.*, p. 1635.

⁸⁵⁰ CARBALLO, *La protección del consumidor, ob. cit.*, p. 103.

Existen desequilibrios en la posición respectiva de las partes que, carentes de justificación con carácter general, pueden hallarla en las características del bien o servicio objeto del contrato.⁸⁵¹

La propia lista de cláusulas prohibidas matiza la abusividad de alguna de las estipulaciones que recoge en la medida en que se trate de contratos suscritos en el ámbito de los servicios financieros (art. 85, apartados 3 y 10, a propósito de la modificación unilateral de las condiciones del contrato y la adaptación de precios a un índice legal), y existen algunos sectores de la contratación en los que la naturaleza del bien o servicio es utilizado como criterio de ponderación para salvar la validez de cláusulas difícilmente sostenibles en otro tipo de contratos.⁸⁵²

48.4.2. Las circunstancias concurrentes al momento de la celebración del contrato.

Por su propia naturaleza, este criterio de ponderación tiene lugar en el juicio de abusividad de las cláusulas insertas en un contrato concreto, como rasero del perjuicio sufrido por un consumidor individualizado o como parámetro de la conformidad del proyecto contractual con las exigencias de la buena fe.⁸⁵³

Ahora bien, cronológicamente la norma ordena la ponderación exclusiva de las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato, o su evolución previsible por un empresario diligente, lo que excluye que la declaración de nulidad se extienda a circunstancias fácticas concretas que se verifican con posterioridad a la mencionada celebración, en particular al comportamiento observado por las partes durante la ejecución del contrato o en el momento de reclamar su cumplimiento.⁸⁵⁴

Sin embargo, en ocasiones la propia ley impone un juicio de abusividad *a posteriori*, que exige la ponderación ineludible de la concreta incidencia o cobertura de una

⁸⁵¹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1635.

⁸⁵² Los elevados costes asumidos por el organizador en los viajes que incluyan el flete de aviones o buques justifica la inaplicación de los topes indemnizatorios por cancelación unilateral del consumidor (art. 160 TRLGDCU). En la contratación del servicio de instalación y mantenimiento de ascensores, algunas audiencias justifican los dilatados plazos de duración atendiendo la importancia de la inversión realizada y la necesidad del arrendador de suministrar los medios técnicos y humanos necesarios para la prestación del servicio. Sin embargo, los costes asumidos por las empresas de instalación de ascensores, no justifican la inserción de cláusulas penales por desistimiento unilateral del consumidor.

En el ámbito del transporte aéreo, se ha reputado conforme a derecho la cláusula por la que el transportista se exonera de responsabilidad por los daños ocasionados al equipaje como consecuencia de las tareas de registro o inspección. Igualmente, las peculiaridades de la navegación aérea no legitiman la inadmisión del transporte de objetos inocuos, ni la exoneración de responsabilidad de la compañía en los supuestos de retraso en los vuelos, ni la eventual pérdida de enlaces por el viajero.

v. CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 102 y las decisiones de las Audiencias Provinciales españolas citadas en las notas 78-82.

⁸⁵³ Según el Considerando 16 de la Directiva 93/13/CEE, en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes; si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula; o si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor.

⁸⁵⁴ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1637.

cláusula sobre las posiciones respectivas de las partes en el momento de desplegar sus efectos, como sucede con los supuestos previstos en los artículos 85.10 y 86.3 del TRLGDCU.⁸⁵⁵

Los contratos efectivamente celebrados obedecen a una multiplicidad de situaciones y condicionamientos fácticos concretos, que han de ser objeto de la ponderación del juez, tales como la situación en que se hallaba el consumidor a la hora de consentir y su posición de fuerza frente al predisponente, así como las eventuales presiones recibidas o los condicionamientos impuestos por el empresario.⁸⁵⁶

La fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes se ha de valorar, bien para mitigar o bien para intensificar los indicios de abusividad de la cláusula sujeta a control, si el consumidor ha sido inducido por el profesional a aceptarla o si, por el contrario, el contrato ha sido celebrado a petición del consumidor.⁸⁵⁷

En el primer caso, cobra especial relevancia la eventual existencia de una práctica comercial engañosa; en el segundo, por su parte, la iniciativa del consumidor en la contratación es un criterio que habrá de completarse, de ser pertinente, con la valoración de su necesidad y urgencia en contratar, como sucede con la adquisición de artículos de lujo, también sometida a control.⁸⁵⁸

El análisis de la fuerza negociadora de las partes exige valorar si el consumidor tenía o no modos alternativos de satisfacer su interés, concluyendo contratos en condiciones similares con sujetos diversos, sin que deviniese necesaria la inserción de la cláusula en cuestión.⁸⁵⁹

Priva al consumidor de la posibilidad de soluciones alternativas la uniformidad de las condiciones generales utilizadas en determinados sectores, lo que aumenta la sospecha de abusividad de las cláusulas que las conforman.⁸⁶⁰

Las condiciones o cualidades personales del consumidor o consumidores, caracterizados por su inexperiencia o vulnerabilidad frente a determinado tipo de productos o servicios, puede ser también una circunstancia susceptible de ser valorada en el control de abusividad que incide en el *test* de comprensibilidad del

⁸⁵⁵ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 105-7.

⁸⁵⁶ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 163

⁸⁵⁷ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 105-7.

⁸⁵⁸ STJUE, de 15 de marzo de 2013 (Asunto Jana Perenicová), en la que el TJUE declara que una práctica comercial engañosa puede ser valorada al ponderar la abusividad de las cláusulas contractuales que la reflejan.

Al respecto, CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 104.

⁸⁵⁹ CARBALLO FIDALGO, ob. cit., p. 104.

⁸⁶⁰ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1637; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 104.

consumidor y sus consecuencias, como sucede en materia de adquisición de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas emitidas por ciertas entidades bancarias, en la que el perfil del cliente está llamado a jugar un papel importante en la valoración judicial de la validez de los contratos inscritos en el ámbito de los servicios de inversión.⁸⁶¹

Aunque el grueso de las decisiones dictadas en esta materia han fundado la nulidad decretada en la existencia de un error esencial y excusable sobre la característica del producto adquirido, el perfil del consumidor sirve como instrumento de ponderación de la transparencia ofrecida por el clausulado contractual y, en consecuencia, de criterio para definir la nulidad del mismo por falta de transparencia de las cláusulas definitorias de los rasgos esenciales de los productos financieros, con repercusión sobre la validez del contrato en su integridad.⁸⁶²

48.4.3. Las demás cláusulas del contrato o de los contratos conexos.

Otro criterio central de ponderación de la abusividad de una cláusula lo constituye el sentido global del contrato (art. 1285 c.c. esp.) o, como dice el artículo 82.3 del TRLGDCU, “*todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa*”.

La centralidad de este criterio radica en que la existencia misma de un desequilibrio contractual no puede valorarse sin atender a la posición recíproca de las partes, la que en un buen número de casos se define en cláusulas materialmente independientes.⁸⁶³

En muchas ocasiones, en efecto, la abusividad de una cláusula deriva de la incidencia que sobre ella ejerce otra u otras cláusulas materialmente independientes.⁸⁶⁴

Esta regla de la totalidad, por la que se interpretan unas cláusulas contractuales por otras, se extiende, en materia de cláusulas abusivas, más allá del estricto contenido contractual hasta alcanzar a cláusulas contenidas en contratos conexos con el enjuiciado, lo que puede conducir a resultados antagónicos, como cuando el desequilibrio generado por la cláusula enjuiciada resulta compensada por la cláusula en contraste, o cuando ésta, inversamente, acentúa el desequilibrio confirmando la nulidad del conjunto del contrato.⁸⁶⁵

⁸⁶¹ CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 104.

⁸⁶² STS de 18 de abril de 2013, sobre responsabilidad de la entidad bancaria por defectuoso cumplimiento del servicio de inversión, en especial la falta de los deberes de diligencia e información. La averiguación del perfil de riesgo del cliente, que la entidad bancaria tiene la obligación de efectuar dentro del necesario *test* de conveniencia, se integra al contenido del contrato, de modo que, para establecer el correcto cumplimiento de este, el juez ha de valorar la adecuación a dicho *test* de los productos adquiridos.

Al respecto, CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, *ob. cit.*, p. 105.

⁸⁶³ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, *ob. cit.*, p. 1636.

⁸⁶⁴ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, *ob. cit.*, p. 108.

De esta manera, el otorgamiento al empresario de una facultad de resolución unilateral puede verse compensada por el reconocimiento al consumidor de una facultad idéntica, resultando de ello una cierta simetría entre las cargas o facultades de las partes (criterio del espejo).⁸⁶⁶

Sin embargo, el reconocimiento de facultades idénticas carecerá de valor neutralizante del carácter abusivo de una cláusula si otra, contenida en el mismo contrato, o en otro con el que éste mantenga algún nexo, reconoce como contraprestación al consumidor una facultad falsa, irrealizable en la práctica, o puramente formal, constituyendo un equilibrio o una simetría aparentes.⁸⁶⁷

48.5. Lista de cláusulas abusivas.

No obstante lo anterior, vale decir, la necesidad de ponderar o adelantar un juicio circunstanciado de abusividad, en los artículos 85 a 90, el TRLGDCU establece la denominada “lista negra” de cláusulas abusivas: bien por vincular el contrato a la voluntad del empresario (art. 85); bien por limitar los derechos básicos del consumidor o usuario (art. 86); o por establecer cláusulas abusivas sobre garantías (art. 88); o que afecten al perfeccionamiento y ejecución del contrato (art. 89); o bien que establezcan cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable.⁸⁶⁸

48.6. Nulidad de cláusulas abusivas.

Por su parte, el artículo 83 del TRLGDCU (nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato), dispone que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas (num. 1); así como que la parte afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 c.c. esp. y al principio de buena fe objetiva (num. 2).⁸⁶⁹

A estos efectos, el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y

⁸⁶⁵ CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 108.

⁸⁶⁶ El riesgo de nulidad de la cláusula de prórroga tácita de un contrato si el consumidor no lo denuncia en determinado plazo, puede atenuarse e incluso eliminarse si se grava al profesional con la carga de avisar al consumidor de la proximidad del plazo y de las consecuencias de su silencio; o la nulidad de la cesión de contrato no consentida se corrige mediante la concesión al consumidor de garantías reforzadas de cobro (art. 86. 3 TRLGDCU).

Al respecto, CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, *ob. cit.*, p. 108.

⁸⁶⁷ STS, Civil Pleno, de 9 de mayo de 2013. v., al respecto, CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 108.

⁸⁶⁸ Conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90 TRLGDCU, ambos inclusive, “*en todo caso*” son abusivas las cláusulas que: 1º Vinculen el contrato a la voluntad del empresario (lit. a); 2º Limiten los derechos del consumidor y usuario (lit. b); 3º Determinen la falta de reciprocidad en el contrato (lit. c); 4º Impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas, o le impongan indebidamente la carga de la prueba (lit. d); 5º Resulten desproporcionados en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato (lit. e); y 6º Contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable (lit. f).

Al respecto, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, *ob. cit.*, p. 1644 ss.

⁸⁶⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *ob. cit.*, p. 1658 ss.

obligaciones de las partes, en la medida en que subsista el convenio, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario (inc. 1º).

Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes, que no pueda ser subsanada, podrá el juez declarar la ineficacia del contrato (inc. 2º).⁸⁷⁰

⁸⁷⁰ SERRA RODRÍGUEZ, *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, *ob. cit.*, p. 88.

TÍTULO CUARTO CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y CLASIFICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

49. Introducción.

49.1. Derecho comparado.

Ante la insuficiencia de los medios o instrumentos tradicionales, progresivamente los sistemas y ordenamientos jurídicos del derecho comparado han prohibido esta clase de cláusulas como un instrumento de protección del contratante débil frente a los abusos en que pueda incurrir el otro, especialmente cuando éste es un profesional o empresario.⁸⁷¹

La limitación de la autonomía privada que supone la prohibición de abuso y, concretamente, de la libertad contractual y de la facultad del predisponente para definir el contenido del contrato, impuesta imperativamente en nombre del orden público y restringida en principio a los contratos de adhesión y a la protección de los consumidores, ha evolucionado en los dos siguientes sentidos:

1º Por una parte, si bien esta forma de intervencionismo legal se proyecta de manera preferente en los contratos de adhesión y en, general, al ámbito de la contratación predispuesta, cada vez es más claro su avance, de manera general y extendida a toda clase de negocios donde pueda haber abuso, y no sólo a determinados contratos, como ocurre con el sistema anglosajón que dota al juez de un amplio poder de control sobre el contenido del contrato.⁸⁷²

2º Se aprecia, por otra parte, una tendencia en el derecho comparado a extender la protección que supone la prohibición de abuso, no sólo a los consumidores en su relación con los empresarios, sino a estos mismos en los contratos celebrados con otros empresarios, en los que pueda haber relaciones abusivas o desequilibradas.⁸⁷³

Las cláusulas abusivas ponen de presente un comportamiento desleal y, por tanto, contrario a la buena fe, que vulnera la confianza necesaria en las relaciones contractuales. Para remediar los desequilibrios que tal comportamiento genera, los distintos ordenamientos, con fundamento en la noción de abuso del derecho o de desviación de la finalidad social de los derechos subjetivos, han arbitrado remedios

⁸⁷¹ Al respecto, SUESCÚN MELO, *Derecho privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, ob. cit., p. 210-2.

⁸⁷² Sobre este particular aspecto, LARROUMET, *Teoría general del contrato*, ob. cit., t. I., p. 336-9; GHESTIN, Jacques, *Traité de Droit Civil, Les Obligations, Le contrat*, París, LGDJ, 1993, p. 688; y GHESTIN, Jacques y MARCHESSAUX-VAN MELLE, Isabelle, «Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens», en GHESTIN, Jacques (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, París, LGDJ, 1996, p. 1-72.

⁸⁷³ GHESTIN, Jacques, «Rapport introductif», en JAMIN, Christophe y MAZEAUD, Denis (dirs.), *Les clauses abusives entre professionnels*, París, Economica, 1998; y ROPPO, Vincenzo, «Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo», *Revista de Derecho Privado*, 20, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 177-223.

o instrumentos encaminados a restablecer la lealdad y buena fe comercial, que es lo que el contratante normal espera de la otra parte, y no solamente a lo que expresa y literalmente pactaron, pero dicha exigencia de justicia y equidad se debe armonizar con la seguridad y estabilidad que requiere también el adecuado funcionamiento del ordenamiento jurídico y la vida de los negocios.⁸⁷⁴

En las últimas décadas, en efecto, a raíz del reconocimiento de la desigualdad fáctica de los contratantes, aunque conciliando los principios de buena fe y de seguridad jurídica, en el derecho comparado se constata un movimiento hacia la prohibición de las cláusulas abusivas y de protección del contratante débil, víctima de estipulaciones injustas, lo que supone una restricción legislativa y judicial de la autonomía privada.⁸⁷⁵

Si bien algunos ordenamientos circunscriben dicha protección a los contratos de adhesión y a los consumidores y usuarios, cada vez es mayor su extensión a toda clase de contratos y, en general, a todo contratante débil, como quiera que las cláusulas abusivas pueden tener lugar también en los contratos negociados y a las relaciones entre empresarios.⁸⁷⁶

En ciertos ordenamientos la prohibición de cláusulas abusivas aún se exige que el predisponente se encuentre en una situación monopólica o de dominio económico, pero cada vez es más frecuente prescindir de dicho requisito para reconocer simplemente la inequidad o desproporción de la cláusula en sí como criterio de su abusividad.⁸⁷⁷

Por lo demás, con abstracción de sus distintas denominaciones, el concepto de cláusula abusiva en general es materialmente uniforme en el derecho comparado, centrado en las nociones de desequilibrio injustificado y manifiesto de los derechos y obligaciones mutuamente contraídas por las partes; de manifiesta falta de equivalencia cuantitativa de las prestaciones; de perjuicio grave, injustificado o desproporcionado; de derechos, facultades, limitaciones o restricciones exorbitantes; o de deberes, obligaciones, cargas, ventajas, derechos o facultades excesivas e injustificadas a favor o a cargo de la parte débil del contrato.⁸⁷⁸

Respecto de los criterios metodológicos de valoración de la abusividad contractual, los distintos ordenamientos tienen en cuenta el derecho legal dispositivo como

⁸⁷⁴ GHESTIN y MARCHESSAUX-VAN MELLE, *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens*, ob. cit., p. 1-72; y SUESCÚN MELO, *Derecho privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, ob. cit., p. 210-2.

⁸⁷⁵ GHESTIN y MARCHESSAUX-VAN MELLE, *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens*, ob. cit., p. 1-72.

⁸⁷⁶ GHESTIN y MARCHESSAUX-VAN MELLE, ob. cit., p. 1-72.

⁸⁷⁷ SUESCÚN MELO, *Derecho privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, ob. cit., p. 210-2; y GHESTIN y MARCHESSAUX-VAN MELLE, *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens*, ob. cit., p. 1-72.

⁸⁷⁸ SUESCÚN MELO, ob. cit., p. 210-2; y GHESTIN y MARCHESSAUX-VAN MELLE, ob. cit., p. 1-72.

modelo abstracto de tratamiento justo y razonable de los intereses de las partes, cuya desviación define la abusividad de la cláusula o condición en examen. En la mayoría de ordenamientos del derecho comparado, tal valoración se hace ponderando o sopesando, cualitativa y cuantitativamente, todos los derechos y obligaciones que se derivan del contrato.⁸⁷⁹

Ahora bien, el sistema de control de las cláusulas abusivas se estructura, en la mayoría de ordenamientos, en torno a una prohibición, abstracta y general, de abuso, complementada con una lista, negra o gris, exhaustiva o ejemplificativa, según el caso, de supuestos abusivos.⁸⁸⁰

49.2. La definición legal de cláusula abusiva.

Según los artículos 3º, 1.6; y 42 EC [el primero de los cuales limita el control material de abusividad a los contratos de adhesión, a condiciones generales o particulares (arts. 5º, num. 4; y 37 EC)], son cláusulas abusivas las estipulaciones predispuestas o no negociadas individualmente que, en perjuicio del consumidor, producen un desequilibrio injustificado, según las circunstancias particulares de celebración y ejecución del contrato.⁸⁸¹

Una concepción tal, en efecto, es la que acoge la Directiva Comunitaria 13 de 1993, que define a las cláusulas abusivas como aquellas que tienen por objeto o por efecto crear, en detrimento del no profesional o del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes, norma que reproduce el artículo L. 132-1, párrafo primero, del código francés del consumo.⁸⁸²

En el derecho español se consideran abusivas las estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se deriven del contrato (art. 82 TRLGDCU).⁸⁸³

De esta manera, la definición española yustapone dos elementos cumulativos en el supuesto de hecho de la abusividad: la contravención a las exigencias de la buena fe, esto es, la contravención de un modelo de conducta acorde con normas éticas,

⁸⁷⁹ SUESCÚN MELO, *Derecho privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo, ob. cit.*, p. 210-2.

⁸⁸⁰ SUESCÚN MELO, *ob. cit.*, p. 210-2.

⁸⁸¹ Al respecto, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión, ob. cit.*, p. 1625 ss.

⁸⁸² *Code de la Consommation*, Article L. 132-1: "Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat".

Al respecto, GHESTIN, Jacques, *Traité de Droit Civil, Les Obligations, Le contrat*, París, LGDJ, 1993, p. 688.

⁸⁸³ Los contratos celebrados con consumidores, a los que se incorporan condiciones generales de contratación, pueden ser objeto de control de contenido (juicio de abusividad) y, en virtud de dicho control, tales condiciones pueden ser declaradas abusivas. Para que una cláusula pueda ser declarada abusiva, la ley española exige que la misma no haya sido negociada individualmente, pesando sobre el predisponente la carga de probar la existencia de negociación individual. La ley exige también que la estipulación no negociada individualmente cause, en contra de las exigencias de la buena fe, un perjuicio al consumidor y un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se deriven del contrato.

y el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones derivados del contrato.⁸⁸⁴

Tal definición coincide con la elaborada por la doctrina especializada, nacional y extranjera.⁸⁸⁵

De acuerdo con la definición anterior, los siguientes son los rasgos o características de las cláusulas abusivas en el ámbito del derecho contractual del consumo, tanto español como colombiano, los cuales guardan una relación directa con los presupuestos de aplicación de la prohibición de abuso (art. 42 EC) y la estructura del juicio de abusividad:

1º Ser una estipulación no negociada que, como parte del contenido predispuesto, se incorpore a un contrato de adhesión (Colombia) o, en general, a un contrato de consumo con cláusulas predispuestas (España).

2º Que tal estipulación produzca un desequilibrio injustificado (Colombia), o un desequilibrio significativo (Francia) o importante (España, cuya legislación exige, además, que sea contrario a la buena fe), en los derechos y obligaciones de las partes;

3º Que el desequilibrio se produzca en perjuicio del consumidor; y

4º Que el carácter injustificado del desequilibrio sea el resultado de valorar las circunstancias particulares que acompañan la celebración y ejecución del contrato (mandato de ponderación).⁸⁸⁶

⁸⁸⁴ Al respecto, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1625-7.

⁸⁸⁵ A manera de ejemplo, véase la definición de STIGLITZ, quien por cláusulas abusivas, a las que llama también "leoninas, onerosas, gravosas o restrictivas", entiende las estipulaciones que entrañan, con ventaja exclusiva para una de las partes (normalmente el empresario predisponente), un desequilibrio de los derechos y obligaciones derivados del contrato [especialmente cuando se trata de un contrato de adhesión concluido entre un empresario y un consumidor, unilateralmente predispuesto por el primero (STIGLITZ, *Derecho de seguros*, ob. cit., p. 47-51)].

En la doctrina francesa, v. BRICKS, Hélène, *Les clauses abusives*, París, LGDJ, 1982, p. 88; y PEGLION-SIKA, Clare-Marie, *La notion de clause abusive: au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, París, Université Panthéon-Assas, 2013, p. 88. Según LARROUMET, se habla de cláusula abusiva cuando una de las partes en un contrato de adhesión, aprovechándose de su situación de ventaja, estipula derechos en su favor que no son equiparables a los de la otra, u obligaciones muy gravosas a cargo de la contraparte (LARROUMET, *Teoría general del contrato*, ob. cit., t. I., p. 310-1).

En la doctrina colombiana, según RENGIFO GARCÍA, "cláusula abusiva es la que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor o adherente un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, y que puede tener o no el carácter de condición general puesto que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares" (RENGIFO GARCÍA, *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, ob. cit., p. 88).

Sobre ese mismo particular, v. también, SUESCÚN MELO, *Derecho privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, ob. cit., p. 191-234; y RODRÍGUEZ YONG, *Una aproximación a las cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 52.

⁸⁸⁶ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1625-8.

49.3. Plan de exposición.

Del carácter predispuesto o no negociado de la estipulación contractual nos hemos ocupado ampliamente en la Primera Parte de este trabajo (v. *supra* Tít. II, Caps. I-IV).

Como rasgos adicionales de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano, trataremos, en primer lugar, el concepto de desequilibrio del contrato (v. *infra* 54), y la valoración circunstanciada mediante la cual se define la suficiencia de las razones que puedan justificar tal desequilibrio (v. *infra* 55, mandato de ponderación).⁸⁸⁷

⁸⁸⁷ El desequilibrio contractual recae exclusivamente sobre el contenido predispuesto o no negociado del contrato, lo que excluye los elementos esenciales de éste, relacionados con el precio y su contraprestación. Ahora bien, los requisitos de aplicación de la prohibición de abuso (art. 42 EC), vale decir, los conceptos de desequilibrio injustificado y valoración circunstanciada, se relacionan con la estructura del juicio de abusividad y sus etapas declarativa y discursiva, que tienen como objeto definir, en su orden, la existencia del desequilibrio contractual y la suficiencia de las razones que lo justifican.

Por otra parte, la suficiencia de las razones que justifican el desequilibrio contractual ha de ser definida en la etapa discursiva con la ayuda de los "criterios instrumentales de ponderación", relacionados con la naturaleza del bien o servicio objeto del contrato, las demás partes o cláusulas del acuerdo y las circunstancias particulares existentes en el momento de su celebración (art. 82 TRLGDCU), o, como de manera general lo expresa el estatuto colombiano: "*las condiciones particulares de la transacción que se analiza*" (art. 42 EC).

Al respecto, PERTIÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1625-8.

CAPÍTULO IX

DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

50. Los elementos de la definición legal de cláusula abusiva y la estructura del juicio de abusividad.⁸⁸⁸

De conformidad con los artículos 3º, 1.6; 5º, 4; 37 y 42 EC, son cláusulas abusivas las estipulaciones predispuestas o no negociadas de los contratos de adhesión que, en perjuicio del consumidor, producen un desequilibrio injustificado de los derechos y obligaciones de las partes, según las circunstancias particulares de celebración y ejecución del contrato.⁸⁸⁹

De acuerdo con la anterior definición, los siguientes son los rasgos de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano del consumo, los cuales guardan una relación directa con los presupuestos de aplicación de la prohibición de abuso y la estructura del juicio de abusividad.⁸⁹⁰

1º Ser una estipulación predispuesta o no negociada (cláusula o condición general o particular) que, como parte de su contenido normativo, se incorpore a un contrato de adhesión.

2º Que tal estipulación produzca un desequilibrio injustificado en los derechos y obligaciones de las partes.

3º Que el desequilibrio, además de injustificado, produzca un perjuicio importante al consumidor.

4º Que el carácter injustificado del desequilibrio sea el resultado de valorar las circunstancias particulares de la celebración y ejecución del contrato (mandato de ponderación).⁸⁹¹

En general, por cláusula abusiva se entiende toda intervención injustificada del predisponente en los derechos y posiciones del consumidor, apreciada teniendo en cuenta las condiciones especiales de celebración y ejecución del contrato.⁸⁹²

Por intervención injustificada se entiende la imposición unilateral de una cláusula o condición que ocasiona un desequilibrio en los derechos y obligaciones del contrato,

⁸⁸⁸ PEGLION-SIKA, *La notion de clause abusive*, p. 229 ss; ALPA, Guido y PATTI, Salvatore (eds.), *Le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Milán, Giuffrè, 2003.

⁸⁸⁹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss; *Id.*, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

⁸⁹⁰ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss; e *Id.*, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

⁸⁹¹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 88.

⁸⁹² ob. cit., p. 88.

sin que haya razones suficientes o argumentos plausibles que lo justifiquen o fundamenten.⁸⁹³

50.1. Validez *prima facie* y presupuestos de aplicación de la prohibición de abuso.⁸⁹⁴

50.1.1. Validez *prima facie* de la prohibición de abuso.

La estructura del juicio de abusividad la definen los presupuestos de aplicación de la prohibición de abuso.

Como fue visto, el artículo 42 EC establece que son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, para definir lo cual serán relevantes todas las circunstancias de la transacción particular objeto de examen.⁸⁹⁵

A la facultad del predisponente de imponer el contenido del contrato, corresponde el deber de abstenerse de introducir cláusulas o condiciones que produzcan un desequilibrio en perjuicio del consumidor.⁸⁹⁶

A *contrario sensu*, el predisponente puede, mediante la imposición unilateral de cláusulas o condiciones, introducir un desequilibrio siempre que el mismo se encuentre suficientemente justificado.⁸⁹⁷

En este sentido, serán abusivas las cláusulas o condiciones que produzcan un desequilibrio en la medida en que éste prescinda de un fundamento plausible o de razones que de manera suficiente lo justifiquen.⁸⁹⁸

50.1.2. Los presupuestos de aplicación de la prohibición de abuso.⁸⁹⁹

De acuerdo con lo anterior, dos son los presupuestos que de manera cumulativa exige la aplicación de la prohibición de abuso:⁹⁰⁰

1º Que se defina si la cláusula o condición en examen produce, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio del contrato, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto; y

⁸⁹³ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

⁸⁹⁴ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 94-8.

⁸⁹⁵ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 94-8.

⁸⁹⁶ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss; *Id.*, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

⁸⁹⁷ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-32.

⁸⁹⁸ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss.

⁸⁹⁹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss; *Id.*, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

⁹⁰⁰ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss.

2º Establecida la existencia de tal desequilibrio, que se defina la suficiencia de las razones que puedan justificarlo.⁹⁰¹

Un desequilibrio suficientemente justificado valida la estipulación unilateralmente impuesta por el predisponente. Por el contrario, un desequilibrio contractual injustificado equivale a una cláusula abusiva, que el juez debe excluir del contenido normativo del contrato.⁹⁰²

50.2. Las etapas del juicio de abusividad.

Los anteriores extremos constituyen los presupuestos lógicos de aplicación de la prohibición de abuso, a los que corresponden, respectivamente, las etapas declarativa y discursiva del juicio de abusividad.⁹⁰³

La finalidad de la etapa declarativa es establecer la existencia de un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, es decir, si el predisponente, mediante la imposición unilateral de una cláusula o condición, produce, en detrimento del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes.⁹⁰⁴

A su vez, la finalidad de la etapa discursiva es ponderar, verificada la existencia del desequilibrio producido por el predisponente, la suficiencia de las razones que puedan justificarlo pues, como hemos dicho, un desequilibrio suficientemente justificado valida la estipulación contractual impuesta por el predisponente, en tanto que un desequilibrio injustificado representa una cláusula abusiva que el juez debe excluir como contenido normativo del contrato.⁹⁰⁵

La etapa discursiva del juicio de abusividad tiene entonces por objeto resolver la colisión que suponen las razones que tuvo el predisponente para imponer la cláusula o condición en examen, frente a las razones que tiene el consumidor o

⁹⁰¹ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 106 ss.

⁹⁰² Establecida la existencia de una cláusula abusiva (desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor), el juez ha de definir la forma como se debe reparar la ilicitud que supone la misma, bien mediante su expulsión del contenido del contrato (declaratoria de nulidad), o bien mediante tal declaratoria de nulidad y la reparación de los daños causados al adherente, según el caso.

La prohibición de abuso no sólo proscribire, como hemos visto, los desequilibrios injustificados, sino que también establece la sanción de las cláusulas que resulten abusivas, ordenando su exclusión del contenido del contrato (nulidad parcial) y la reparación de los daños que su adopción haya producido al adherente o consumidor.

Para el juez, el problema radica, no sólo en la fundamentación de tal reparación, que se desprende de la prohibición de abuso o de sus normas complementarias (art. 830 del código colombiano de comercio), sino en la definición de los criterios que permitan establecer en cada caso concreto dicha reparación.

Al respecto, CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 106 ss.

⁹⁰³ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 106 ss; e *Id.*, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32.

⁹⁰⁴ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 106 ss; e *Id.*, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32.

⁹⁰⁵ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-32.

adherente para oponerse a ella. Dicha colisión es resuelta mediante la ponderación de las razones en disputa.⁹⁰⁶

En este sentido, el objeto de la etapa discursiva será definir la suficiencia de las razones que deben prevalecer en un caso concreto en que se discute la abusividad de la cláusula o condición en examen.⁹⁰⁷

50.3. Los criterios metodológicos para definir la suficiencia de las razones que justifican el desequilibrio contractual.

La prohibición de abuso, como hemos dicho, no proscribire cualquier desequilibrio del contrato sino aquel que sea injustificado por carecer de las razones que de manera suficiente lo fundamenten.⁹⁰⁸

Ahora bien, la plausibilidad o suficiencia de las razones que puedan justificar un desequilibrio contractual la define el juez con la ayuda del principio de proporcionalidad, como sostenemos en este trabajo, o de algún otro criterio metodológico de valoración, como pueden ser los principios de racionalidad y razonabilidad.⁹⁰⁹

De esta manera, sólo los desequilibrios justificados de acuerdo con alguno de tales criterios, es decir, los desequilibrios proporcionados o razonables, constituyen estipulaciones contractuales válidas, pese a ser impuestas unilateralmente por el predisponente.⁹¹⁰

Cuanto más y mejores sean las razones que sustentan la cláusula o condición impuesta por el predisponente, estará justificado su mantenimiento definitivo como cláusula del contrato. Se tratará entonces de una estipulación proporcionada o razonable en el sentido de no arbitraria.⁹¹¹

Por el contrario, cuanto más y mejores sean las razones que tenga el adherente para oponerse a la cláusula o condición en disputa, estará justificada su calificación como abusiva y su exclusión del contenido del contrato.⁹¹²

⁹⁰⁶ *ob. cit.*, p. 4-32.

⁹⁰⁷ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

⁹⁰⁸ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32.

⁹⁰⁹ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-32.

⁹¹⁰ *ob. cit.*, p. 4-32; *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

⁹¹¹ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

⁹¹² CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 99-100; y LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, *ob. cit.*, p. 88.

51. Desequilibrio contractual injustificado.⁹¹³

51.1. Desequilibrio de derechos y obligaciones del contrato.

El rasgo definitorio de la abusividad en el derecho colombiano es el desequilibrio contractual injustificado que la cláusula o condición produce en los derechos y obligaciones de las partes.⁹¹⁴

Tal desequilibrio se explica por la supremacía que detenta el predisponente, bien por el conocimiento técnico, bien por la información de que dispone, que le permite definir de manera unilateral el contenido del contrato y, por esta vía, introducir cláusulas abusivas en perjuicio del consumidor.⁹¹⁵

La aplicación de la prohibición de abuso exige que se establezca la existencia de un desequilibrio en el contenido del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares del caso concreto. Establecido tal desequilibrio, corresponde seguidamente definir la suficiencia de las razones que puedan justificarlo.⁹¹⁶

51.1.1. El concepto relacional de desequilibrio.

Según la concepción clásica, para establecer la existencia de un desequilibrio, se ha de valorar si la reglamentación que suponen las cláusulas o condiciones impuestas por el prediponente constituye un conjunto armónico o equilibrado respecto de un modelo ideal considerado paradigmático.⁹¹⁷

Para valorar, en efecto, el carácter equilibrado del contrato será necesario comparar la distribución de derechos y obligaciones de las partes (equilibrio real, Er), con la distribución de derechos y obligaciones que de manera abstracta prevé el modelo o paradigma ideal (equilibrio ideal, Ei).⁹¹⁸

⁹¹³ PEGLION-SIKA, *La notion de clause abusive*, p. 231 ss.

⁹¹⁴ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

⁹¹⁵ CRIADO-CASTILLA, p. 4-36.

⁹¹⁶ STIGLITZ, *Derecho de seguros*, ob. cit., p. 47-51.

⁹¹⁷ FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, ob. cit., p. 88. Se trata de valorar el equilibrio de la reglamentación contenida en las cláusulas o condiciones del contrato mediante su confrontación con la reglamentación que objetivamente se considere justa o equilibrada. Para la concepción clásica, tal modelo ideal lo constituye el derecho dispositivo.

Al respecto, v., entre otros, PEGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive*, ob. cit., p. 231; LORENZETTI, Ricardo, *Tratado de contratos*, Buenos Aires, Rubinzal/Culzoni, 2000, p. 87; y STIGLITZ, *Derecho de seguros*, ob. cit., p. 385-7.

⁹¹⁸ Según LARROUMET, en los contratos de adhesión puede llegarse a concluir, de manera abstracta, que una cláusula, aisladamente considerada, es abusiva. En los demás casos es menester hacer una comparación cualitativa del conjunto de derechos y obligaciones derivadas del contrato para llegar a tal conclusión (LARROUMET, *Teoría general del contrato*, ob. cit., t. I, p. 345).

En resumen, para establecer la existencia de un desequilibrio en un caso concreto de abusividad contractual será necesario establecer la igualdad o desigualdad de Er y Ei.⁹¹⁹

51.1.2. Términos y criterio de la comparación.

Ahora bien, la comparación que supone establecer la igualdad o desigualdad de Er y Ei requiere, a su vez, tanto un objeto o par de comparación (*Vergleichs paar*), como un criterio común de medida o *tertium comparationis*. Tal comparación constituye el rasgo relacional del juicio de abusividad.⁹²⁰

Definir si dos situaciones son iguales o desiguales exige no solo la identificación exacta de tales situaciones (objeto o términos comparados), sino también la definición del punto de vista o la perspectiva desde la cual ambas situaciones son comparadas (criterio de comparación).⁹²¹

No se trata, por tanto, de igualdades fácticas totales, sino de igualdades fácticas parciales. Los rasgos o propiedades comunes que permiten definir la igualdad o desigualdad de los términos de la comparación se llama “*tertium comparationis*”.⁹²²

De dos cosas no se puede decir que son iguales o desiguales sin indicar primero el punto de vista desde el cual son iguales o desiguales y este punto de vista es un rasgo o una característica común de los objetos comparados. De esta manera, el *tertium comparationis* lo constituyen las propiedades comunes a los términos de la comparación que permiten definir la igualdad o desigualdad de éstos.⁹²³

Toda igualdad o desigualdad es, por tanto, relativa, pues sólo en relación con un determinado criterio de comparación o *tertium comparationis* puede ser definida: nunca dos situaciones son iguales o desiguales en todos los aspectos, sino que son iguales o desiguales respecto a determinadas propiedades de los términos de comparación.⁹²⁴

⁹¹⁹ Como será visto más adelante (*infra*, 3ª Parte, Tit. I, Caps. 1-3), mediante la comparación que supone la etapa declarativa del juicio de abusividad, el juez concreta, precisa o define la premisa menor (**n**) en la fundamentación interna del fallo que define la abusividad de la cláusula o condición en examen.

⁹²⁰ La igualdad como concepto relacional y como resultado de un juicio de comparación, exige siempre la existencia de por lo menos dos personas, grupos de personas o estados de cosas (términos de la comparación). La pluralidad de objetos comparados es una condición de posibilidad del juicio de igualdad. Ahora bien, la igualdad o desigualdad de los términos u objetos comparados no se predica de todos sus rasgos o propiedades, sino tan solo de uno o varios rasgos comunes.

Al respecto, ARAGÓN REYES, Manuel, *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, t. II, Madrid, Civitas, 2001, p.136.

⁹²¹ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

⁹²² CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

⁹²³ *ob. cit.*, p. 4-36.

⁹²⁴ Los juicios de igualdad son siempre juicios de igualdad parcial, es decir, referidos no a todas sino solo a algunas de las propiedades del par de comparación. De esta manera, el *tertium comparationis* representa las propiedades comunes a los términos u objetos de la comparación que permite definir la igualdad o desigualdad de estos.

Las situaciones Er y Ei (términos comparados) constituyen los objetos, extremos, términos o pares de la comparación. La propiedad P, que sirve de medida o criterio de la comparación, constituye, por su parte, el *tertium comparationis*. De esta manera, Er es igual o desigual a Ei con respecto a la propiedad P (P₁, P₂...P_n).⁹²⁵

51.1.3. Los problemas metodológicos que supone la definición de los elementos de la comparación.

La elección de las propiedades o criterios de comparación supone valoraciones por parte del juez que decide el caso de abusividad contractual, todo lo cual remite al problema de racionalidad u objetividad de los actos jurídicos y, de manera especial, de racionalidad y objetividad de las decisiones judiciales.⁹²⁶

Ahora bien, la definición del punto de vista, criterio de comparación o *tertium comparationis* es una decisión que, como todo acto judicial, debe estar suficiente y adecuadamente justificado.⁹²⁷

La elección del criterio de comparación presupone que el juez, de acuerdo con un criterio adicional *ad hoc*, establezca la importancia o la relevancia que para la solución del caso concreto tenga el criterio escogido respecto de los demás criterios posibles, así como su aptitud para medir o valorar de forma objetiva la igualdad o desigualdad de los objetos comparados.⁹²⁸

Toda igualdad o desigualdad es, por tanto, relativa, pues solo en relación con un determinado criterio de comparación o *tertium comparationis* puede ser definida.

Sobre los juicios de igualdad como juicios de igualdad o desigualdad fáctica parcial, v. ALEXU, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 388; BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, ob. cit., p. 88; HUSTER, Stefan, *Rechte und Ziele, Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes*, Berlín, Duncker und Humblot, 1993, p. 44; y JOUANJAN, Olivier, *Le principe d'égalité devant la loi en Droit allemand*, París, Economica, 1992, p. 16.

Ahora bien, la definición del punto de vista, criterio de comparación o *tertium comparationis* es una decisión que, dentro del juicio de igualdad, debe estar suficiente y adecuadamente justificada.

Sobre estos aspectos, v. RUBIO LLORENTE, Francisco, «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Introducción», en *Id.*, *La forma del poder, Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, CEC, 1997, p. 608-9; y CARRASCO PERERA, Ángel, «El «juicio de razonabilidad» en la justicia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, REDC, 4, nº 11, 1984, p. 39-106.

⁹²⁵ Sobre la estructura triádica del juicio de igualdad, es decir, las situaciones **a** y **b** (objeto), por una parte, y la propiedad P que sirve de criterio o medida, por la otra, v. PODLECH, Adalbert, *Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes*, Berlín, Duncker und Humblot, 1971, p. 30.

⁹²⁶ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

⁹²⁷ Al respecto, v., entre otros, RUBIO LLORENTE, *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ob. cit., p. 608-9. Sobre los problemas que comporta la definición de los elementos del juicio de igualdad y en especial la definición del *tertium comparationis*, v. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 5, 1987, p. 113. Sobre la necesidad de fundamentación de los actos con que se definen los diferentes extremos del juicio de igualdad en sentido estricto, v. ALEXU, *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 88.

⁹²⁸ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

Tanto la relevancia como la idoneidad del *tertium comparationis* suponen que el juez deba efectuar valoraciones que plantean la cuestión metodológica de saber con fundamento en qué criterios adicionales y de qué forma aquél establece tales extremos.⁹²⁹

51.1.4. El derecho dispositivo como término de la comparación.

Para valorar el carácter equilibrado del contrato o, lo que es lo mismo, para establecer el desequilibrio que exige la aplicación de la prohibición de abuso, se ha de comparar el equilibrio real (Er) con la distribución de derechos y obligaciones que establece el derecho dispositivo, tradicionalmente considerado como el modelo ideal de referencia que, *in abstracto*, contiene la reglamentación justa y equilibrada establecida por el legislador (Ei).⁹³⁰

Ahora bien, además de los problemas metodológicos que comporta establecer la existencia de un desequilibrio del contrato, relacionados con la definición de los términos y el criterio de la comparación, la mera contravención de una cláusula a lo dispuesto por el derecho dispositivo no permite concluir de manera definitiva el desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes.⁹³¹

En primer lugar porque el ordenamiento prevé la posibilidad de que éstas opten por una regulación de sus intereses distinta a la prevista en el derecho dispositivo, que se adecúe mejor a sus necesidades en cada caso concreto, siempre dentro de los límites trazados por las normas imperativas.⁹³²

Por otra parte, según lo exige expresamente el propio artículo 42 EC, para que una cláusula pueda ser considerada abusiva, no basta con que la misma produzca un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, sino que tal desequilibrio ha de ser injustificado, es decir, carente de razones que de manera suficiente lo justifiquen.⁹³³

⁹²⁹ GARCÍA AMADO, *Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad*, ob. cit., p. 113.

⁹³⁰ Sobre este aspecto, Don Federico DE CASTRO considera que el derecho dispositivo tiene una función ordenadora, razón por la cual sus normas no pueden ser desplazadas por las partes en el contrato sin una argumentación suficiente (DE CASTRO Y BRAVO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, ob. cit., p. 335).

⁹³¹ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *ID.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

⁹³² PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1634. No se puede considerar que la sola contravención al derecho dispositivo sea motivo suficiente para calificar una cláusula como abusiva, pues este derecho prevé que las partes pueden regular de manera distinta, dentro de los límites marcados por las normas imperativas, el contenido del contrato, de modo que se adecúe a sus necesidades y preferencias según el tipo de contrato celebrado y las circunstancias especiales de cada caso concreto (PEGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive*, ob. cit., p. 113).

Existe un buen número de cláusulas o condiciones que se separan del derecho dispositivo y que, pese a ello, no pueden ser consideradas abusivas por estar plenamente justificadas según las circunstancias de cada caso concreto. Quizás por este motivo, el legislador colombiano exige, como condición para que una cláusula sea considerada abusiva, que la misma produzca un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, pues puede haber cláusulas que, a pesar de separarse del modelo que representa el derecho dispositivo, no pueden ser consideradas abusivas por estar plenamente justificadas según las circunstancias de cada caso concreto.

⁹³³ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *ID.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

En este sentido, no cualquier desequilibrio es suficiente para calificar una cláusula abusiva, pues de hecho habrá siempre cláusulas o condiciones que, atendiendo las circunstancias del caso concreto, se separan de manera justificada del derecho dispositivo. No todas las cláusulas que limiten o priven al consumidor de derechos reconocidos por normas dispositivas, por ejemplo, son abusivas.⁹³⁴

Por desequilibrio del contrato, en resumen, no debe entenderse la mera contravención del derecho dispositivo, sino la contravención injustificada del mismo, lo que supone que el juicio de abusividad no solo tenga por objeto comprobar la existencia misma del desequilibrio en los derechos y obligaciones del contrato, sino también definir, teniendo en cuenta las condiciones particulares del caso concreto, la suficiencia de las razones que puedan justificarlo.⁹³⁵

51.1.5. Los resultados de la comparación.

Los resultados de la anterior comparación será o el equilibrio o el desequilibrio del contrato:

1º Si la distribución de derechos y obligaciones efectuada por el predisponente es igual a la prevista en el modelo ideal, es decir, $E_r = E_i$, entonces el contrato en cuestión será equilibrado por hacer una distribución de derechos y obligaciones igual a la considerada justa, razonable o proporcionada por el derecho dispositivo.⁹³⁶

En este caso, la cláusula o condición predispuesta hará parte del contenido del contrato y su validez o correspondencia con el modelo de equilibrio ideal hará innecesario el subsiguiente examen de suficiencia que supone la etapa discursiva del juicio de abusividad, pues dicha correspondencia excluye de plano su carácter abusivo.⁹³⁷

2º Por el contrario, si la distribución de derechos y deberes efectuada por el predisponente es diferente de la prevista en el modelo ideal, es decir, $E_r \neq E_i$, entonces el contrato en cuestión será desequilibrado por contener una distribución de derechos y deberes distinta de la considerada justa, razonable o proporcionada en el modelo ideal.⁹³⁸

En este caso, establecida la existencia de un desequilibrio del contrato, la cláusula o condición en examen, como causa del mismo, será objeto de la subsiguiente etapa

⁹³⁴ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36

⁹³⁵ *ob. cit.*, p. 4-36.

⁹³⁶ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

⁹³⁷ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

⁹³⁸ *ob. cit.*, p. 4-36.

discursiva, en la cual, con la ayuda del principio de proporcionalidad, se defina la suficiencia de las razones que puedan justificar la cláusula o condición supuestamente abusiva.⁹³⁹

51.2. El desequilibrio contractual injustificado como objeto de la etapa discursiva del juicio de abusividad.⁹⁴⁰

Definida la existencia de un desequilibrio contractual, seguidamente se debe comprobar si tal desequilibrio se halla suficientemente justificado, toda vez que, como hemos dicho, la prohibición de abuso del artículo 42 EC no proscribire de forma absoluta o definitiva todo desequilibrio, sino aquellos desequilibrios que carezcan de una justificación suficiente.⁹⁴¹

Dicha comprobación tiene lugar en la etapa discursiva del juicio de abusividad, lo que plantea también la cuestión de saber con fundamento en qué criterios pueden los jueces definir la suficiencia de las razones que justifican un desequilibrio de los derechos y obligaciones del contrato y si tal definición ofrece las suficientes garantías de racionalidad y objetividad jurídicas.⁹⁴²

Los criterios tradicionalmente empleados para definir la suficiencia de las razones que justifican un desequilibrio contractual son los principios de interdicción de la arbitrariedad, razonabilidad y proporcionalidad.

51.2.1. Concepto.

El desequilibrio injustificado alude a la idea de ventaja excesiva o exagerada que se auto-atribuye el predisponente en perjuicio del consumidor, desnaturalizando la relación de equivalencia propia de los contratos conmutativos, sin que haya contrapartida o razones suficientes que lo justifiquen.

En otras palabras, el desequilibrio injustificado presupone una ampliación de ventajas a favor del empresario, o un aligeramiento o eliminación de sus obligaciones o deberes y, correlativamente, una agravación de las cargas y obligaciones del consumidor, sin que haya un fundamento legítimo que de manera suficiente lo justifique.⁹⁴³

De esta manera, no todas las cláusulas que limiten o priven al consumidor de derechos reconocidos por normas dispositivas son abusivas, pues para ser tales aquéllas han de producir un desequilibrio injustificado en el contenido del contrato,

⁹³⁹ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

⁹⁴⁰ PEGLION-SIKA, *La notion de clause abusive*, p. 231 ss.

⁹⁴¹ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad* ob. cit., p. 4-36.

⁹⁴² CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

⁹⁴³ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 88; y FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, ob. cit., p. 88.

esto es, una ruptura desproporcionada del sinalagma contractual sin unas razones que de manera suficiente la justifiquen.⁹⁴⁴

Tampoco la sola contravención, sino la contravención injustificada del derecho dispositivo, ha de entenderse como un desequilibrio injustificado, lo que supone una valoración de la cláusula o condición en examen de acuerdo con las condiciones particulares del contrato.⁹⁴⁵

Precisamente el objeto del juicio de abusividad, en especial de su etapa discursiva, será determinar si, a pesar de apartarse del modelo equilibrado que representa el derecho dispositivo, el desequilibrio que la cláusula o condición produce en la distribución de derechos y obligaciones del contrato se encuentra debidamente justificado teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio objeto del mismo o las circunstancias concurrentes al momento de su celebración (mandato de ponderación).⁹⁴⁶

Por último, el desequilibrio injustificado, por una parte, se ha de referir al contenido normativo del contrato, no a su contenido económico, y, por otra, importante o relevante, es decir, que afecte o perjudique de manera significativa los derechos del consumidor.⁹⁴⁷

51.3. Contenido normativo del contrato.

En primer lugar, el concepto de desequilibrio contractual se refiere al contenido jurídico o normativo del contrato, por oposición al contenido económico del mismo, es decir, la reglamentación prevista para disciplinar las relaciones obligatorias que nacen entre las partes, diferentes de las que se refieren al precio y el bien o servicio que constituye su contraprestación.⁹⁴⁸

En otros términos, el concepto de desequilibrio recae sobre los elementos no consentidos del contrato, ya que estos no son tenidos en cuenta por el consumidor en el momento de decidir si contrata o no contrata con un oferente determinado. Por el contrario, tanto el precio como el bien o servicio que constituye su contraprestación, son los únicos elementos en que el consumidor atiende a la hora de decidir si contrata o no contrata con un oferente determinado.⁹⁴⁹

⁹⁴⁴ PERTÍÑEZ VILCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1635

⁹⁴⁵ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

⁹⁴⁶ La mera contravención de una cláusula a lo dispuesto por el derecho dispositivo no permite concluir que produce un desequilibrio de los derechos y obligaciones derivados del contrato, porque precisamente aquél prevé la posibilidad de que las partes escojan una regulación distinta de sus intereses, que se adecúe mejor a sus necesidades concretas de cada caso, siempre que se respeten los límites trazados por la ley imperativa (PERTÍÑEZ VILCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1634).

⁹⁴⁷ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

⁹⁴⁸ RODRÍGUEZ YONG, *Aproximación a las cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 53.

⁹⁴⁹ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

La ley española, a diferencia de la colombiana que a este respecto guarda silencio, excluyó del control del contenido las cláusulas que se refieran a elementos esenciales del contrato: la apreciación del carácter abusivo no se referirá a la definición del objeto principal, ni a la adecuación entre precio y retribución, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida.⁹⁵⁰

Se pretende con dicha prohibición evitar el control judicial de precios, y que la determinación del contenido económico del contrato se mantenga en manos de las partes, no del juez, como quiera que el precio o la contraprestación no son elementos impuestos por el empresario, sino libremente discutidos o negociados por las partes.⁹⁵¹

51.4. Daño importante o relevante del consumidor.

Por otra parte, el desequilibrio contractual introducido por la cláusula o condición ha de ser significativo, relevante o importante, en el sentido de que produzca o sea capaz de producir un daño o perjuicio al consumidor, o que afecte de manera negativa los derechos de éste, de modo que los desequilibrios contractuales nimios e irrelevantes, así sean injustificados, en principio no constituyen cláusulas abusivas.⁹⁵²

Para la apreciación en concreto de la abusividad de una cláusula habrá de tenerse en cuenta la relación de equivalencia al tiempo de la conclusión del contrato y el efecto que la cláusula cuestionada provoca o puede provocar sobre dicha relación, efecto que no es otro que el de atribuir de manera injustificada, es decir, sin contrapartida alguna, o sin un serio fundamento que lo justifique, una ventaja significativa a favor del predisponente y en perjuicio del consumidor, o que comprometa el principio sinalagmático de la máxima reciprocidad de intereses.⁹⁵³

52. Valoración circunstanciada de la abusividad contractual.

Según el artículo 42 EC, tanto las razones que puedan justificar el desequilibrio, como la importancia o magnitud del mismo, han de ser apreciados en cada caso concreto teniendo en cuenta las condiciones particulares del contrato (mandato de ponderación).⁹⁵⁴

⁹⁵⁰ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

⁹⁵¹ Al respecto, v. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, *ob. cit.*, p. 1634. Para el profesor MIQUEL GONZÁLEZ, “*El equilibrio perseguido por el control de contenido es un equilibrio jurídico relativo a los derechos y obligaciones, no un equilibrio económico entre las prestaciones, es decir, no se refiere a la equivalencia entre objeto y precio*” (MIQUEL GONZÁLEZ, *Artículo 10 bis*, *ob. cit.*, p. 934).

⁹⁵² Al respecto, v. RODRÍGUEZ YONG, quien, ante el silencio del artículo 42 EC (que de manera expresa alude únicamente al concepto de desequilibrio injustificado), infiere el requisito de la importancia o relevancia de la parte final de la mencionada disposición, relacionada con la magnitud del desequilibrio (RODRÍGUEZ YONG, *Aproximación a las cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 53-4).

⁹⁵³ STIGLITZ, *Derecho de seguros*, *ob. cit.*, p. 385-7.

⁹⁵⁴ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

Tal valoración circunstanciada corresponde al concepto de juicio de abusividad y, bien se trate de la aplicación de la prohibición de abuso, o de la lista de cláusulas presuntamente abusivas (arts. 42 y 43 EC), constituye un control material sobre el contenido de las cláusulas y estipulaciones predispuestas de los contratos de consumo, que opera conforme a reglas especiales, distintas de las aplicables a los demás contratos privados.⁹⁵⁵

La previsión del artículo 42 EC corresponde, *mutatis mutandi*, a la del artículo 82 TRLGDCU, que sujeta la apreciación del carácter abusivo de una cláusula a los “*criterios instrumentales de ponderación*”, relacionados con la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, las demás cláusulas del contrato o las de otro con el que aquel guarde algún nexo de dependencia (num. 3).⁹⁵⁶

En el caso colombiano, sin embargo, la valoración circunstanciada que supone el juicio de abusividad tiene el espectro más amplio de un mandato de ponderación pues, además de los anteriores criterios, el carácter abusivo de la cláusula o condición supone la valoración conjunta o global del contrato, no sólo porque tal valoración ha de hacerse teniendo en cuenta la totalidad de sus cláusulas o estipulaciones, sin que unas excluyan a las otras,⁹⁵⁷ sino porque el juez, a partir de la existencia del desequilibrio contractual, ha de ponderar, con la ayuda del principio de proporcionalidad, la suficiencia de las razones fácticas o jurídicas que puedan justificar tal desequilibrio.⁹⁵⁸

En la etapa discursiva del juicio de abusividad, en efecto, el juez define la suficiencia de las razones que justifiquen el desequilibrio ocasionado por la imposición unilateral de la cláusula o condición en examen, resultado que logra mediante la ponderación de las razones que jueguen a favor o en contra de mantener tal cláusula o condición (pretensión del predisponente) o, por el contrario, excluirla del contenido del contrato por afectar injustificadamente al consumidor adherente.⁹⁵⁹

El resultado de tal proceso es la norma particular de decisión (Nd) que define lo que al predisponente le está prohibido, permitido u ordenado desde el punto de vista de la prohibición de abuso.⁹⁶⁰ Tal norma particular de decisión expresa la relación de precedencia condicionada de las razones fácticas o jurídicas que juegan a favor o en contra del mantenimiento de la cláusula o condición en examen, o de su exclusión como contenido del contrato.⁹⁶¹

⁹⁵⁵ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

⁹⁵⁶ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

⁹⁵⁷ Díez-PICAZO, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 458.

⁹⁵⁸ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 757-91.

⁹⁵⁹ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

⁹⁶⁰ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

52.1. Del mandato de ponderación.

La finalidad de la etapa discursiva del juicio de abusividad es definir la suficiencia de las razones que puedan justificar el desequilibrio del contrato, ocasionado por el predisponente mediante la imposición unilateral de la cláusula o condición en examen.⁹⁶²

En la etapa discursiva se precisa o concreta, como hemos visto, la norma particular de decisión que sirve de premisa mayor en la fundamentación interna del fallo que define la abusividad de la cláusula o condición en examen.⁹⁶³

En otras palabras, tal norma particular es el resultado de un proceso de concreción de la prohibición de abuso que, por su carácter “principlial” y su validez *prima facie*, se caracteriza por un alto grado de apertura e indeterminación normativa.⁹⁶⁴

Ahora bien, la suficiencia de las razones que puedan justificar el desequilibrio del contrato la define el juez con la ayuda del principio de proporcionalidad y de cada uno de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.⁹⁶⁵

Con la ayuda de tal criterio, en efecto, el juez pondera las razones que juegan a favor o en contra de la abusividad de la cláusula o condición en examen y, en función de su peso específico, establece entre ellas una “relación de precedencia”, condicionada por las circunstancias especiales del caso concreto.⁹⁶⁶

⁹⁶¹ La norma particular de decisión sirve al juez de premisa mayor al fallo mediante el cual se define la abusividad de la cláusula o condición en examen, como quiera que en la etapa discursiva aquél singulariza el contenido normativo de la prohibición de abuso en un caso concreto de imposición unilateral de una cláusula o condición que produce un desequilibrio del contrato en perjuicio del consumidor.

Además de servir como límite objetivo frente a la facultad de imposición del predisponente y de criterio para valorar la suficiencia de las razones que permitan justificar un desequilibrio contractual concreto, el principio de proporcionalidad, como criterio metodológico de valoración, sirve al juez para definir y fundamentar la norma de decisión mediante la cual se concretiza el contenido normativo de la prohibición de abuso, que funge como premisa mayor en la fundamentación interna del fallo con que se define la abusividad de una determinada cláusula o condición.

La aplicación del principio de proporcionalidad en el marco del juicio de abusividad se explica por la función que el mismo cumple o puede cumplir, al lado de otros criterios metodológicos, en la concreción o especificación de normas generales que, como la prohibición de abuso (arts. 42 EC y 82 TRLGDCU), se caracterizan por su alto grado de indeterminación normativa, así como por la validez *prima facie* de las mismas.

⁹⁶² CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *ID.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

⁹⁶³ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

⁹⁶⁴ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 757-91.

⁹⁶⁵ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *ID.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

⁹⁶⁶ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 67-76. El desequilibrio contractual constituye el presupuesto lógico de la etapa discursiva y de la aplicación en ésta del principio de proporcionalidad, pues sólo si se ha definido previamente la existencia de tal desequilibrio, tiene sentido indagar la suficiencia de las razones que puedan justificarlo.

52.1.1. El concepto de ponderación.

Cada caso de abusividad contractual, ocasionado por la imposición unilateral de una cláusula o condición, cuya exclusión del contenido del contrato pretende el consumidor por considerarla abusiva (desequilibrio injustificado), supone una colisión de principios ($P_1, P_2 \dots P_n$), que juegan a favor o en contra de su posible abusividad: por una parte, el principio P_1 que sustentan la pretensión del predisponente a favor del mantenimiento de la cláusula o condición (principalmente su autonomía para definir e imponer unilateralmente el contenido del contrato) y, por la otra, el principio P_2 , o las razones que sustentan la pretensión del adherente a favor de la exclusión de tal cláusula o condición del contenido normativo del contrato (en especial los derechos reconocidos constitucional y legalmente al consumidor).⁹⁶⁷

Tal colisión la resuelve el juez mediante la ponderación de los principios en conflicto, estableciendo entre ellos una relación de precedencia condicionada por las circunstancias especiales del caso concreto (C_1).⁹⁶⁸

De acuerdo con la tesis sostenida en este trabajo, el principio de proporcionalidad, y cada uno de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (mandato de ponderación), es el criterio metodológico de valoración que le permite al juez definir la suficiencia de las razones que puedan justificar el desequilibrio del contrato deducido previamente en la etapa declarativa del juicio de abusividad.⁹⁶⁹

52.1.2. La dimensión del peso en la ponderación.

La colisión de principios que supone cada caso de abusividad contractual, y la relación de precedencia condicionada a que da lugar su ponderación, tiene lugar en la dimensión del peso de cada uno de los principios en conflicto, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto (C).⁹⁷⁰

En éste las razones en disputa tienen un peso relativo o diferenciado y en la colisión entre ellas prima la razón con un peso mayor. Dicho peso es definido por el juez mediante la ponderación de las razones fácticas y jurídicas en juego. Bajo unas circunstancias distintas, la relación de precedencia puede ser otra.⁹⁷¹

⁹⁶⁷ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 757-91; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

⁹⁶⁸ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

⁹⁶⁹ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

⁹⁷⁰ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 757-91; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

⁹⁷¹ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

La ley de colisión expresa el hecho de que entre las razones que sustentan la pervivencia de la cláusula o condición impuesta unilateralmente (pretensión del predisponente), y las que sustentan su exclusión como contenido del contrato, su nulidad e incluso la indemnización de perjuicios (pretensión del adherente), no existe una relación de precedencia absoluta, sino relaciones de precedencia condicionada.⁹⁷²

52.1.3. La relación de precedencia condicionada.

La colisión de principios que supone cada caso de abusividad contractual, la resuelve el juez estableciendo entre ellos una relación de precedencia, condicionada por las circunstancias especiales del caso concreto (C₁).⁹⁷³

El principio de proporcionalidad permite al juez definir la suficiencia de las razones que puedan justificar el desequilibrio del contrato deducido previamente en la etapa declarativa del juicio de abusividad.⁹⁷⁴

Este criterio metodológico de valoración, en efecto, permite al juez establecer, en unas circunstancias determinadas, la relación de precedencia entre las razones que tiene el predisponente para mantener la cláusula o condición en examen (P₁) y las que tiene el adherente o consumidor para pretender su exclusión del contenido del contrato (P₂).⁹⁷⁵

Si en unas circunstancias determinadas (C₁), las razones aducidas por el predisponente a favor del mantenimiento de la cláusula o condición cuestionada priman sobre las razones aducidas por el consumidor, C₁ (P₁ **P** P₂), o si esta supera las exigencias del principio de proporcionalidad, la cláusula o condición no puede considerarse abusiva, sino que constituye una estipulación contractual válida que hace parte del contenido del contrato.⁹⁷⁶

Por el contrario, si en unas circunstancias distintas (C₂), las razones que fundamentan la pretensión del adherente preceden a las que tuvo el predisponente al imponer unilateralmente la cláusula o condición en examen, es decir, C₂ (P₂ **P** P₁), significa entonces que tal imposición y el desequilibrio que ocasiona en los derechos y obligaciones del contrato, es injustificada por carecer de las razones que de manera suficiente lo justifiquen, debiendo el juez declarar la abusividad de la

⁹⁷² En la fijación de tal relación de precedencia concurren por igual los métodos de la ponderación, propia de los principios, y de subsunción, propia de las reglas. Al respecto, BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 791-2.

⁹⁷³ BERNAL, ob. cit., p. 757-91; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e ID., *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

⁹⁷⁴ BERNAL, *El principio de proporcionalidad* ob. cit., p. 757-91; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e ID., *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

⁹⁷⁵ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e ID., *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

⁹⁷⁶ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

cláusula, su consecuencial nulidad y su exclusión como parte del contenido del contrato.⁹⁷⁷

52.1.4. El resultado de la ponderación.

Las circunstancias en que unas razones prevalecen sobre otras, C₁ o C₂, constituyen la condición o el supuesto de hecho (S) de la norma particular de decisión mediante la cual el juez define la abusividad de la cláusula o condición en examen (Nd).⁹⁷⁸

La realización de tal supuesto de hecho acarrea la consecuencia jurídica (F) que la prohibición de abuso prevé ante la existencia de un desequilibrio injustificado del contrato, vale decir, la validez o la nulidad de la cláusula en examen.⁹⁷⁹

Cuando, bajo unas circunstancias determinadas, las razones del predisponente prevalecen sobre las que sustentan la pretensión del consumidor por ser conformes con el criterio de valoración empleado, la cláusula o condición objeto de control debe estimarse válida y parte integrante del contenido normativo del contrato. La validez de la cláusula constituye la consecuencia jurídica de la norma de decisión.⁹⁸⁰

Si bajo unas circunstancias específicas (C₁), las razones del predisponente (G_p) prevalecen sobre las razones del adherente (G_a), es decir, C₁ (G_p P G_a), entonces adquiere validez una norma de decisión (Nd), cuyo supuesto de hecho es C₁ y F su consecuencia jurídica (la validez de la cláusula o condición impugnada): Nd (C₁)→F.⁹⁸¹

Por el contrario, si bajo unas circunstancias distintas, las razones del adherente o consumidor prevalecen sobre las que sustentan la pretensión del predisponente (la validez y mantenimiento de la cláusula o condición impuesta por él de forma unilateral), la cláusula en cuestión debe estimarse abusiva por incumplir las exigencias del principio de proporcionalidad, debiendo, en consecuencia, ser excluida o declarada nula como contenido normativo del contrato.⁹⁸²

Si bajo unas circunstancias distintas (C₂), las razones que fundamentan la pretensión del adherente (nulidad de la cláusula o condición), prevalecen sobre las

⁹⁷⁷ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

⁹⁷⁸ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

⁹⁷⁹ Las consecuencias jurídicas que apareja la realización del supuesto de hecho de la norma particular de decisión son diversas y se refieren a la validez de la cláusula o condición objeto del control, al deber de reparación o a la carga de argumentación. La nulidad en este caso constituye la consecuencia jurídica que se deriva del cumplimiento del supuesto de hecho de la norma de decisión que resulta del juicio de abusividad.

⁹⁸⁰ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

⁹⁸¹ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

⁹⁸² ob. cit., p. 4-36.

que sustentan la pretensión del predisponente, es decir, C₂ (Ga P Gp), entonces adquiere validez la norma de decisión (Nd), cuyo supuesto de hecho es C₂ y F su consecuencia jurídica (nulidad de la cláusula o condición objeto de control): Nd (C₂)→F.⁹⁸³

De acuerdo con lo anterior, en las circunstancias en que las razones del predisponente tengan prelación sobre las del adherente, es decir, en el caso en que aquéllas satisfagan las exigencias del principio de proporcionalidad, el juez deberá considerar justificada la cláusula o condición objeto de control y declarar su validez como parte integrante del contrato.⁹⁸⁴ En consecuencia, la cláusula o condición cuestionada mantendrá su validez por su conformidad con el criterio de valoración y adquirirá validez definitiva para el caso concreto.⁹⁸⁵

En términos del artículo 42 EC, tal cláusula o condición, así produzca en detrimento del adherente un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, constituye una estipulación contractual válida, precisamente por constituir un desequilibrio justificado según el criterio de valoración.⁹⁸⁶

Por el contrario, si en unas circunstancias distintas, las razones del adherente tienen prelación sobre las del predisponente, bien porque de acuerdo con el criterio de valoración tienen más peso o valor, o bien porque se aplique algún criterio de interpretación favorable al adherente (*in dubio pro adherente*, por ejemplo), el juez deberá considerar abusiva la condición bajo examen, declarar su nulidad y excluirla del contenido del contrato.⁹⁸⁷

En este sentido, resolver un caso de abusividad mediante el empleo del principio de proporcionalidad, equivale a establecer una regla de decisión que se fundamenta a partir de las razones relevantes de la ponderación.⁹⁸⁸

⁹⁸³ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

⁹⁸⁴ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

⁹⁸⁵ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

⁹⁸⁶ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

⁹⁸⁷ La nulidad parcial de los contratos que contienen cláusulas abusivas (arts. 3º, num. 1.6; 44 y 47 EC) es una modalidad especial de ineficacia mediante la cual se sancionan las infracciones a normas imperativas contenidas en las leyes especiales de protección de consumidores, entendiéndose que las cláusulas nulas han de ser sustituidas por las legales, sin que haya de atenderse a la voluntad hipotética de los contratantes para mantener en vida el contrato rectificado. Sólo en caso de producirse una situación no equitativa de las posiciones de las partes, habrá lugar a la nulidad total del contrato.

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas en el contrato. La parte de éste afectada por la nulidad se integrará con arreglo al principio de buena fe. El juez que declare la nulidad dispondrá de facultades moderadoras respecto de las obligaciones y derechos de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario.

Al respecto, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español*, ob. cit., t. III, p. 808-9.

⁹⁸⁸ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

52.2. Las condiciones particulares del contrato.

El juicio circunstanciado de abusividad alude a las “*condiciones particulares del contrato*” (art. 42 EC), disposición esta que corresponde, con las debidas matizaciones, al artículo 82 TRLGDCU, que sujeta la apreciación del carácter abusivo de una cláusula a “*la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa (num. 3), o, como los denomina la doctrina española, a los “criterios instrumentales de ponderación”*.”⁹⁸⁹

En el caso colombiano, como fue visto, la valoración circunstanciada que supone el juicio de abusividad tiene un espectro más amplio pues, además de los criterios que señala el estatuto español, el carácter abusivo de la cláusula o condición supone la valoración global del contrato.⁹⁹⁰

En otras palabras, la valoración global no sólo significa que ésta no ha de hacerse en abstracto respecto de cada cláusula específica, sino que ha de comprender todas las estipulaciones del contrato, sin que unas excluyan a las otras, sino también que el juez, a partir de la existencia del desequilibrio contractual, ha de ponderar, con la ayuda del principio de proporcionalidad, la suficiencia de las razones que puedan justificar tal desequilibrio.⁹⁹¹

Como hemos visto (*supra* 48.4), en la medida en que produzca un desequilibrio injustificado, un bien o servicio puede hacer que una cláusula sea considerada abusiva en un contrato concreto, y válida, legítima o justificada en otro que tenga como objeto el mismo bien o servicio, dependiendo, por ejemplo, de que se trate de una prestación única, o de un bien o servicio de naturaleza distinta, incluso realizado por el mismo predisponente.⁹⁹²

El contexto contractual puede también compensar el carácter desequilibrado de una cláusula con otras cláusulas del mismo contrato, como ocurre con la que establece una prórroga tácita si el consumidor no denuncia en un plazo determinado (cláusula *prima facie* abusiva), que puede, dependiendo del caso concreto, ser válida en vista de otra que impone al predisponente, con una antelación razonable, el deber de avisar al consumidor el vencimiento del plazo y de advertirle de las consecuencias de su silencio.⁹⁹³

⁹⁸⁹ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 88.

⁹⁹⁰ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

⁹⁹¹ Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 458. Al respecto, LARROUMET afirma que si bien una cláusula, aisladamente considerada, puede parecer excesiva, no se le debería considerar abusiva si tiene como contraprestación condiciones que son ventajosas para la parte afectada con aquella (LARROUMET, *Teoría general del contrato*, ob. cit., p. 345).

⁹⁹² PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1635.

⁹⁹³ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

Lo mismo sucede con la estipulación contractual en la que el predisponente se niega al cumplimiento de su obligación por incumplimiento del consumidor (*exceptio non adimpleti contractus*), la cual, si bien *in abstracto* puede ser considerada abusiva en la medida en que rompe, en detrimento de éste, el principio sinalagmático de los contratos conmutativos,⁹⁹⁴ puede, sin embargo, no serlo si se la considera en relación con las demás cláusulas del mismo contrato, o cuando es “*compensada*” por otra que establece a cargo del predisponente la obligación de constituir una fianza que garantice la devolución de las cantidades pagadas, tanto en caso de incumplimiento como de cumplimiento defectuoso o insolvencia del deudor.⁹⁹⁵

En un caso concreto, consideradas las circunstancias de una situación específica, la función de garantía que cumple el principio sinalagmático, puede ser sustituida por la constitución de una fianza, razón que puede ser suficiente por sí sola para justificar la validez de la cláusula del contrato.⁹⁹⁶

Tales circunstancias deben valorarse conjuntamente, sin que unas excluyan a las otras.⁹⁹⁷

⁹⁹⁴ ALONSO PÉREZ, Mariano, *Sobre la esencia del contrato bilateral*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1967, p. 33.

⁹⁹⁵ LARROUMET, *Teoría general del contrato*, *ob. cit.*, p. 345.

⁹⁹⁶ Por circunstancias objetivas existentes en el momento de la contratación se entiende, por ejemplo, el poder de negociación de las partes, el control o la posición dominante de éstas en el mercado, o las atinentes a las características de éste, a los usos del tráfico en un determinado sector, las condiciones tecnológicas de cada momento, la publicidad que se haya hecho de un bien o servicio, entre otras.

Las circunstancias que inciden en la abusividad de una determinada cláusula pueden ser también las particulares de cada contrato, como los tratos previos con un cliente determinado, las relaciones anteriores con un mismo cliente, la apariencia externa del contrato, los hechos del predisponente anteriores a la celebración del contrato, todo lo cual puede tener incidencia en el juicio de sorpresividad, como quiera que en un caso concreto pueden generar en el consumidor una expectativa especial sobre el contenido del contrato que puede ser frustrada por una cláusula o condición.

En la valoración del carácter abusivo de una cláusula de contenido normativo no debe tenerse en cuenta el precio del contrato, pues, como fue visto, el control de las cláusulas de contenido normativo se justifica porque las mismas no son tomadas en cuenta por el consumidor a la hora de contratar.

Sin embargo, de manera excepcional, un precio más bajo puede justificar o legitimar en un momento dado la validez de una cláusula de contenido normativo cuando ésta sea asumida de manera consciente por el consumidor, como ocurre en los casos de elección de tarifas, pero en dicho evento la cláusula en cuestión deja de ser una condición general para convertirse en una cláusula plenamente consentida que escapa, por tanto, al control de contenido.

Al respecto, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, *ob. cit.*, p. 1636-7.

⁹⁹⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *ob. cit.*, p. 1637.

CAPITULO X TIPOLOGÍA GENERAL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

53. Criterios de clasificación.

Según el artículo 82.4 TRLGDCU, son en todo caso abusivas las cláusulas que vinculen el contrato a la voluntad del empresario; limiten los derechos del consumidor o usuario; determinen la falta de reciprocidad en el contrato; impongan al consumidor o usuario garantía desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato; y contravengan las reglas sobre competencia y ley aplicable.⁹⁹⁸

Si bien existe asimetría entre los criterios de ordenación adoptados, déficits sistemáticos, reiteraciones, solapamientos y normas innecesarias, es innegable que el criterio utilizado por el legislador para identificar cada grupo de cláusulas, actúa como medio de alarma que contribuye a valorar su posible abusividad.⁹⁹⁹

La expresión de prohibiciones generales, como la arbitrariedad del empresario, la limitación de los derechos del consumidor o la falta de reciprocidad, contribuyen a valorar el posible carácter abusivo de cláusulas que, por no aparecer expresamente en la lista, deben ser valoradas en aplicación de la fórmula general.¹⁰⁰⁰

Tales prohibiciones generales sirven, además, para deducir la “identidad de razón” y como referente interpretativo en la definición por analogía de la abusividad de cláusulas próximas a las expresamente prohibidas.¹⁰⁰¹

Igualmente, los criterios contenidos en las cláusulas expresamente prohibidas sirven de referente para la aplicación de la regla de interpretación a contrario, limitada estrictamente a los supuestos en que la norma prohibitiva detalle de modo completo y preciso los factores determinantes de la abusividad de la cláusula.¹⁰⁰²

La clasificación de las cláusulas abusivas puede hacerse teniendo en cuenta diferentes criterios, formales o materiales.¹⁰⁰³

⁹⁹⁸ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1631.

⁹⁹⁹ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 96-7.

¹⁰⁰⁰ CARBALLO FIDALGO, ob. cit., p. 96-7.

¹⁰⁰¹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1631; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 96-7.

¹⁰⁰² CARBALLO FIDALGO, ob. cit., p. 97.

¹⁰⁰³ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100.

53.1. Criterios formales.

Desde el punto de vista formal, teniendo en cuenta, por ejemplo, el grado de indeterminación normativa, las cláusulas abusivas pueden ser generales o abiertas o particulares o cerradas.¹⁰⁰⁴

53.1.1. Cláusulas abiertas y cerradas.

Las cláusulas son generales o abiertas cuando la definición de su abusividad requiera de una evaluación previa, bien porque el supuesto de hecho de la norma de abusividad lo constituya un concepto jurídico indeterminado, bien porque tal definición remita al cumplimiento de ciertos requisitos, como ocurre con la mayoría de los casos previstos en la lista de cláusulas presuntamente abusivas del artículo 43 EC, que tácitamente reenvía al concepto de desequilibrio injustificado y a la evaluación circunstanciada de las condiciones particulares del contrato.¹⁰⁰⁵

Las cláusulas particulares o cerradas, por el contrario, son aquellas cuya abusividad opera automáticamente una vez verificada la ocurrencia del supuesto de hecho, sin necesidad de valoración judicial alguna.¹⁰⁰⁶ Los conceptos de cláusulas abusivas abiertas o cerradas se relacionan con los conceptos de listas grises o negras de cláusulas abusivas, y con los conceptos de cláusulas-principios y cláusulas-reglas.¹⁰⁰⁷

53.2. Criterios materiales.

La tipología de las cláusulas abusivas puede hacerse también teniendo en cuenta los derechos y facultades, por una parte, y las cargas y obligaciones, por la otra, bien del predisponente (empresario o profesional), bien del adherente (consumidor o usuario).¹⁰⁰⁸

Desde el primer punto de vista, las cláusulas son abusivas si atribuyen al predisponente derechos y facultades de carácter exorbitante (57), o si introducen limitaciones y restricciones en los derechos y facultades del adherente (58).

Desde el segundo punto de vista, las cláusulas son abusivas cuando reduzcan o supriman las obligaciones y cargas del predisponente (59) o cuando aumenten desproporcionadamente las cargas y obligaciones del adherente o consumidor (60).¹⁰⁰⁹ Siguen también un criterio material las cláusulas relativas al precio (63) y

¹⁰⁰⁴ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100.

¹⁰⁰⁵ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 100.

¹⁰⁰⁶ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 469-70; y DíEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, ob. cit., v. II, p. 41-3.

¹⁰⁰⁷ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 100.

¹⁰⁰⁸ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 469-70; y DíEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, ob. cit., v. II, p. 41-3.

¹⁰⁰⁹ DíEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, ob. cit., v. II, p. 41-3.

las abusivas por defecto de transparencia (62) o por falta de reciprocidad contractual (61).

Las cláusulas sorprendidas (64), además de corresponder a un criterio material especial, la definición de los presupuestos lógicos de su aplicación, principalmente el concepto de sorprendidad, determina una estructura especial del juicio de abusividad, por cierto llamado por la doctrina “juicio de sorprendidad”.¹⁰¹⁰

54. Cláusulas que atribuyen al predisponente derechos y facultades de carácter exorbitante.

Dentro de este primer grupo se cuentan las cláusulas que atribuyen al predisponente la facultad exclusiva de interpretar el contrato; las que sujetan la ejecución o cumplimiento de las prestaciones a la voluntad exclusiva del predisponente; o las que atribuyen al mismo la libre rescisión del contrato.¹⁰¹¹

Pertenecen también a este grupo las cláusulas que atribuyen a favor del predisponente formas privilegiadas de garantías, o las que le otorgan la facultad de fijar o modificar los elementos del contrato o su régimen jurídico.¹⁰¹²

54.1. Condiciones dependientes de la voluntad del profesional.

También se consideran abusivas las cláusulas que entrañen la supeditación a una condición cuya realización depende del profesional para el cumplimiento de la prestación, cuando al consumidor se le haya exigido un compromiso firme. Esta prohibición guarda estrecha relación con las condiciones de carácter potestativo.¹⁰¹³

El cumplimiento de la obligación que pesa sobre el profesional no puede quedar supeditado a una condición que signifique exclusivamente la voluntad del profesional, porque ello, de nuevo, entraña arbitrariedad y significa que la obligación se cumplirá si el obligado lo quiere.¹⁰¹⁴

En Colombia tal prohibición se relaciona con la prevista en el num. 6 del artículo 43 EC, según la cual son abusivas e ineficaces de pleno derecho las cláusulas que vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla con sus obligaciones.¹⁰¹⁵

¹⁰¹⁰ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1641.

¹⁰¹¹ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 469-70.

¹⁰¹² DíEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, ob. cit., v. II, p. 41-3.

¹⁰¹³ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 469-70.

¹⁰¹⁴ DíEZ-PICAZO, ob. cit., p. 469-70.

¹⁰¹⁵ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 9.

54.2. Plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados.

Se consideran abusivas las cláusulas que reservan al profesional que contrata con el consumidor, un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o para satisfacer la prestación debida, así como las que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor manifestar su voluntad de no prorrogarlo.¹⁰¹⁶

Se supone que los plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados, debilitan la vinculación del profesional predisponente de las cláusulas y le permiten una situación de superioridad respecto del consumidor.¹⁰¹⁷

1º Respecto de los plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados para aceptar o rechazar una oferta contractual, es evidente que el supuesto de hecho se refiere a la etapa precontractual de negociaciones previas o preliminares, en la que el consumidor ha realizado una oferta.¹⁰¹⁸

Para que puedan existir estas cláusulas es necesario que el período de negociaciones se rija por un contrato rector de estas, prerredactado por el profesional.¹⁰¹⁹ El plazo insuficiente o excesivamente largo para aceptar o rechazar la oferta, crea una situación de indefensión para el consumidor, de la que la ley quiere que salga sin demora.¹⁰²⁰

2º Frente a los plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados para satisfacer la prestación debida, en esta hipótesis vuelve a aparecer la idea de la debilitación del vínculo, especialmente cuando los plazos se encuentran insuficientemente determinados, que permitirán al profesional manejar la situación a su gusto.¹⁰²¹

Respecto de la prórroga automática de los contratos de duración determinada, aunque estos deben concluir al finalizar la duración pactada, la ley no impide que puedan quedar prorrogados si el consumidor no se manifiesta en contra.¹⁰²²

¹⁰¹⁶ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 466-7.

¹⁰¹⁷ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 466-7.

¹⁰¹⁸ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 466-7.

¹⁰¹⁹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 466-7.

¹⁰²⁰ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100.

¹⁰²¹ DíEZ-PICAZO, ob. cit., p. 466-7.

¹⁰²² PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1645 ss.

Sólo lo prohíbe en aquellos casos en que, para impedir la prórroga, se requiera una declaración de voluntad positiva, para la que se fija una fecha límite que no permita al consumidor manifestar la voluntad de no prorrogar.¹⁰²³

En otros términos, se está impidiendo la prosecución de prórrogas no efectivamente deseadas.¹⁰²⁴

54.3. La facultad de decidir la corrección del cumplimiento.

También se consideran abusivas las cláusulas que otorguen al profesional el derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato.

Decidir si el deudor, que en la hipótesis contemplada es el profesional, ha cumplido correcta y exactamente con su deber de prestación, exige un juicio de confrontación o de contraste entre la configuración ideal de la prestación, tal y como esta se encontraba estructurada en el contrato, y su realización efectiva.¹⁰²⁵

Este juicio puede ser hecho por las dos partes de común acuerdo o, en otro caso, quedar remitido a la decisión de terceras personas (peritos), o a la decisión de autoridad judicial.

Si esa facultad se otorga a quien ha sido deudor de la prestación, es evidente que se introduce un elemento de arbitrariedad y, en la práctica, la ejecución del contrato se deja a la exclusiva voluntad del deudor.¹⁰²⁶

El num. 7 del artículo 43 EC considera abusivas las cláusulas que conceden al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo.¹⁰²⁷

54.4. Consignación de fechas meramente indicativas.

Igualmente se consideran abusivas las cláusulas en que se consigna la fecha de entrega como meramente indicativa, condicionada a la voluntad del profesional.

Se trata de cláusulas inciertas en que se señala la fecha de cumplimiento, pero la misma se desvirtúa asignándole un carácter meramente indicativo y dejándolo a voluntad del profesional.¹⁰²⁸ Como en el caso de las condiciones potestativas, con

¹⁰²³ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 466-7.

¹⁰²⁴ Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 466-7.

¹⁰²⁵ Díez-PICAZO, ob. cit., p. 472.

¹⁰²⁶ ob. cit., p. 472.

¹⁰²⁷ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p.100.

¹⁰²⁸ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 466-7.

ello se desvirtúa la vinculación contractual, pues será difícil hablar de incumplimiento en tales casos.¹⁰²⁹

Aunque se habla de condiciones de entrega, lo que parecería restringir su aplicabilidad a las obligaciones de dar, no existe inconveniente en admitir una interpretación extensiva de la regla a supuestos de obligaciones de hacer o de no hacer.¹⁰³⁰

54.5. Cláusulas que atribuyen al predisponente las facultades exorbitantes de interpretación y modificación unilateral del contrato.

En la mayoría de legislaciones es también abusiva la reserva a favor del empresario o profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo, así como la de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o la de resolver en plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación, con antelación razonable, un contrato por tiempo indefinido, salvo por incumplimiento del contrato o por motivos graves, que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo.¹⁰³¹

Todos los supuestos cubiertos por la anterior prohibición se relacionan con la interdicción de la arbitrariedad y con el otorgamiento, a favor del predisponente, de facultades de predominio sobre el contrato que resultan claramente exorbitantes.¹⁰³²

Las hipótesis cubiertas por la prohibición son normalmente las siguientes:

54.5.1. La reserva de facultades de interpretación del contrato.

Esta cláusula facilita al predisponente apropiarse de una fracción del beneficio contractual que puede encontrarse en disputa por razón de la duda o laguna interpretativa y permite que la reserve en el sentido que más le beneficie.¹⁰³³

La reserva a favor del profesional de facultades de interpretación del contrato, contradice el principio pro consumatore (art. 4º EC), el deber de interpretación más favorable al consumidor o usuario en los contratos a condiciones generales (art. 34 EC) y, en general, los criterios interpretativos previstos en el c.c.col. (arts. 1618-1624).¹⁰³⁴

¹⁰²⁹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 466-7.

¹⁰³⁰ Díez-PICAZO, ob. cit., p. 470.

¹⁰³¹ ob. cit., p. 470.

¹⁰³² CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 466-7.

¹⁰³³ Díez-PICAZO ob. cit., p. 467-9.

¹⁰³⁴ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1646.

54.5.2. La reserva de facultades de modificación unilateral del contrato.

Su fundamento se encuentra en la interdicción de la arbitrariedad, porque es arbitrario y exorbitante que una de las partes pueda modificar a su gusto el contrato.¹⁰³⁵

Tal facultad de modificación puede afectar a cualquier elemento contractual: la prestación debida por el profesional, las circunstancias de la obligación, las modalidades de cumplimiento, el cambio de los sujetos o cualquier otra cosa similar.¹⁰³⁶

Como excepción, puede haber motivos suficientes, especificados en el propio contrato, que justifiquen el desequilibrio que pueda producir la modificación unilateral del mismo, caso en el cual la cláusula o condición puede no ser abusiva.¹⁰³⁷

54.6. La cláusula que reconoce al profesional un derecho de denuncia o resolución anticipada de los contratos con plazo determinado.

La prohibición consiste en dotar al predisponente de la facultad de resolver o denunciar anticipadamente un contrato de duración determinada y la posibilidad de ejercitar dicha facultad libremente, sin necesidad de fundarla en ninguna causa.¹⁰³⁸

El fundamento de la prohibición es la llamada “excepción de igualdad de armas”: se admite la facultad, a favor del profesional, de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado, a condición de que al consumidor se le reconozca en el contrato el mismo derecho.¹⁰³⁹

Ahora bien, la igualdad de armas sólo impide la calificación de una cláusula como abusiva cuando el deber que se reconozca al adherente y predisponente tenga un resultado similar.¹⁰⁴⁰

54.7. La facultad resolutoria de carácter general.

Tal prohibición impide que el profesional resuelva el contrato, cuando pueda hacerlo, en un plazo desproporcionadamente breve y sin previa notificación con un preaviso razonable en el contrato que tenga una duración indefinida.¹⁰⁴¹

¹⁰³⁵ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 466-7.

¹⁰³⁶ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 99-100; y Díez-PICAZO, ob. cit., p. 466-7.

¹⁰³⁷ Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 467-9.

¹⁰³⁸ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 466-7.

¹⁰³⁹ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 99-100; y Díez-PICAZO, ob. cit., p. 466-7.

¹⁰⁴⁰ Díez-PICAZO, ob. cit., p. 467-9.

55. Cláusulas que restringen los derechos y facultades del adherente.

Restringen injustificadamente los derechos y facultades del adherente, las cláusulas que limitan o prohíben a este el ejercicio de acciones en los casos de incumplimiento total o parcial o de cumplimiento defectuoso de las obligaciones a cargo del predisponente, en especial las que imponen al adherente la renuncia al ejercicio de acciones judiciales o le obliguen a acudir al arbitraje en caso de conflicto, o las que modifiquen a favor del predisponente la distribución de la carga de la prueba según el derecho aplicable.¹⁰⁴²

La cláusula típica de limitación de las obligaciones del predisponente es la que exonera al mismo de responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de sus obligaciones contractuales (num. 1 del art. 43 EC).¹⁰⁴³

55.1. Renuncia y limitación de derechos.

También es abusiva, de manera genérica, la cláusula que impone renunciaciones o limita los derechos del consumidor. El num. 2 del artículo 43 EC, considera abusivas las cláusulas o condiciones que impliquen la renuncia de los derechos del consumidor que por ley le corresponden.¹⁰⁴⁴

La imposición de renunciaciones se encuentra prevista de manera genérica y, por consiguiente, se refiere a cualquier dejación convencional de los derechos del consumidor, por lo que podría pensarse que la cláusula no es abusiva si con la renuncia se obtiene alguna ventaja que además fuera significativa.¹⁰⁴⁵

55.2. La privación de los derechos del consumidor frente al incumplimiento del profesional.

Igualmente son abusivas las cláusulas mediante las cuales se excluyen o limitan, de forma inadecuada, los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial, o cumplimiento defectuoso del profesional.¹⁰⁴⁶

En principio, la regla prevé cualquier derecho del consumidor frente al incumplimiento. Por consiguiente, incluye todos los remedios y acciones que frente a tal incumplimiento, total o parcial, o cumplimiento defectuoso, se puedan ejercitar:

¹⁰⁴¹ *ob. cit.*, p. 467-9.

¹⁰⁴² DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de derecho civil, ob. cit.*, v. II, p. 41-3.

¹⁰⁴³ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas, ob. cit.*, p. 99-100; y DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos, ob. cit.*, p. 474.

¹⁰⁴⁴ DÍEZ-PICAZO, *ob. cit.*, p. 474.

¹⁰⁴⁵ *ob. cit.*, p. 474.

¹⁰⁴⁶ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas, ob. cit.*, p. 99-100; y DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos, ob. cit.*, p. 474.

cumplimiento del contrato, resolución del mismo o indemnización de daños y perjuicios.¹⁰⁴⁷

Respecto del cumplimiento defectuoso por la existencia de vicios ocultos, si bien las normas legales sobre los mismos deben quedar inmunes, en términos generales, a las cláusulas abusivas, se permite que se pueda reemplazar la obligación legal de saneamiento por la de reparación o sustitución de las cosas objeto del contrato, siempre que ello no conlleve gasto adicional alguno para el consumidor y que no se limiten los derechos de éste a la indemnización de daños y perjuicios.¹⁰⁴⁸

55.3. La exclusión de la excepción de incumplimiento contractual.

En este caso la abusividad se refiere a la imposición de obligaciones al consumidor para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el profesional no hubiere cumplido los suyos.¹⁰⁴⁹

Se prohíbe que continúe existiendo la obligación del consumidor, a pesar de que el profesional, por su parte, no haya cumplido, es decir, suprimiendo la excepción de incumplimiento contractual, lo que supone una ruptura del equilibrio del contrato y la introducción de un factor de arbitrariedad, toda vez que si el profesional continúa detentando el derecho a exigir el cumplimiento frente al consumidor, sin haber él cumplido, de nuevo el contrato queda en sus manos.¹⁰⁵⁰

El num. 8 del artículo 43 EC considera abusivas las cláusulas que impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor.¹⁰⁵¹

55.4. La privación o limitación de las facultades de compensación, retención y consignación.

También se consideran abusivas las cláusulas que priven o restrinjan al consumidor de las facultades de compensación de créditos, así como de la de retención o consignación. En principio, el régimen de la compensación de créditos previsto en el código civil tiene carácter dispositivo y es admisible una compensación convencional.¹⁰⁵²

¹⁰⁴⁷ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 99-100; y Díez-PICAZO, *ob. cit.*, p. 472.

¹⁰⁴⁸ Díez-PICAZO, *ob. cit.*, p. 472-3.

¹⁰⁴⁹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 99-100; y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 474.

¹⁰⁵⁰ Díez-PICAZO *ob. cit.*, p. 475-6.

¹⁰⁵¹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 99-100; y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 474.

¹⁰⁵² Díez-PICAZO, *ob. cit.*, p. 474.

Sin embargo, como medida de protección del consumidor, se consideran abusivas las cláusulas que le priven del derecho de compensar, o las que lo restrinjan. La regla aplica la misma solución a la cláusula que priva al consumidor de la facultad de retención, en los casos en que legalmente proceda, o las que restrinjan esta facultad y, del mismo modo, las que impidan o limiten la consignación como modalidad liberatoria de las obligaciones.¹⁰⁵³

Según el num. 5 del artículo 43 EC, son abusivas las cláusulas que establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado.¹⁰⁵⁴

55.5. La renuncia a la entrega del documento acreditativo de la operación.

En las legislaciones especiales de consumo tal tipo de cláusula se considera por lo general abusiva, pues la falta del documento acreditativo de la operación contractual deja al consumidor a merced del profesional, le impide cualquier actividad de carácter probatorio y, por consiguiente, en rigor, introduce un grave factor de arbitrariedad.¹⁰⁵⁵

55.6. Limitación o exclusión de la facultad de resolver por incumplimiento el contrato.

También se consideran abusivas las cláusulas en que se limite o excluya, de forma inadecuada, la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional.¹⁰⁵⁶

La facultad resolutoria de la relación contractual por incumplimiento de la otra parte contratante, es un remedio idóneo para satisfacer el interés del contratante insatisfecho, que le permite desligarse de la relación contractual estableciendo otra que la pueda sustituir.¹⁰⁵⁷

Tal facultad resolutoria contribuye al equilibrio contractual y, por consiguiente, privar al consumidor de dicha facultad, o limitarla en forma inadecuada, no sólo es contrario a la buena fe, sino también perjudicial para él.¹⁰⁵⁸

Ahora bien, la regla impide la exclusión o limitación de la facultad resolutoria cuando se haya producido de forma inadecuada, fórmula muy abierta y de no fácil concreción.¹⁰⁵⁹

¹⁰⁵³ *ob. cit.*, p. 474.

¹⁰⁵⁴ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 99-100; y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 474.

¹⁰⁵⁵ Díez-PICAZO, *ob. cit.*, p. 475.

¹⁰⁵⁶ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 99-100; y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 475.

¹⁰⁵⁷ Díez-PICAZO, *ob. cit.*, p. 475.

¹⁰⁵⁸ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 99-100; y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 475.

En términos generales, la limitación o exclusión es adecuada si la facultad resolutoria ha sido sustituida en el contrato por otros remedios concretos que satisfagan plenamente el interés del consumidor.¹⁰⁶⁰

55.7. El reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación.

También son abusivas las cláusulas que contengan una negativa expresa al cumplimiento de obligaciones o prestaciones propias del productor o suministrador, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación.¹⁰⁶¹

Esta prohibición se relaciona con las que consideran abusivas las limitaciones o privaciones de los derechos normales del consumidor frente al incumplimiento.¹⁰⁶²

55.8. Limitación o restricción de la libertad del consumidor mediante la imposición de bienes y servicios complementarios o accesorios.

Generalmente se consideran abusivas las cláusulas que impongan al consumidor de bienes, la adquisición de servicios accesorios o complementarios no solicitados.¹⁰⁶³

La abusividad de tal cláusula radica en que la imposición de nuevas prestaciones, atenta contra la libertad del consumidor y en que en aquellos casos en que ésta nueva prestación no esté suficientemente expresada, el consumidor puede realmente no conocer aquello que contrata.¹⁰⁶⁴

La abusividad en este caso también podría sustentarse en la sorpresividad de una cláusula semejante y también en que en este tipo de prácticas el profesional realiza con los demás empresarios una competencia que podría resultar no lícita.¹⁰⁶⁵

De todos modos, la abusividad de la cláusula depende de que los bienes y servicios no hayan sido solicitados por el adherente o consumidor. Por el contrario, la solicitud de los bienes o servicios complementarios por parte del consumidor, descarta la abusividad de la cláusula.¹⁰⁶⁶

¹⁰⁵⁹ DíEZ-PICAZO, *ob. cit.*, p. 474-5.

¹⁰⁶⁰ *ob. cit.*, p. 474-5.

¹⁰⁶¹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 99-100; y DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 480.

¹⁰⁶² DíEZ-PICAZO, *ob. cit.*, p. 480-1.

¹⁰⁶³ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 99-100; y DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 480.

¹⁰⁶⁴ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 480.

¹⁰⁶⁵ *ob. cit.*, p. 480.

¹⁰⁶⁶ *ob. cit.*, p. 47

55.9. Cláusulas arbitrales.

Igualmente, se consideran abusivas las cláusulas en que se someta al consumidor a arbitrajes distintos al de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por ley para un sector o un supuesto específico.¹⁰⁶⁷

En términos generales, y con independencia de la validez de los pactos arbitrales incluidos en condiciones generales de contratación, en los contratos con consumidores se consideran abusivos los convenios arbitrales de derecho común, lo que puede tener su fundamento en el costo y en la dificultad que para el consumidor pueda significar acudir a estos sistemas de arbitraje, que incluso pueden tramitarse en países distintos con arreglo a derechos distintos y en condiciones que generalmente pueden considerarse especialmente onerosos o como cargas muy difíciles de cumplir.¹⁰⁶⁸

Por excepción se admiten, naturalmente, los llamados arbitrajes de consumo, establecidos por la ley para la defensa de los consumidores. También se admiten los arbitrajes de carácter institucional, regulados legalmente para resolver problemas o contiendas dentro de un determinado sector.¹⁰⁶⁹

La Ley 1480 de 2011 (art. 43, num. 12) considera abusivas las cláusulas que obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral, norma que fue derogada expresamente por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, sobre arbitraje nacional e internacional.¹⁰⁷⁰

55.10. Pactos de sumisión expresa.

Suelen también ser abusivos los pactos de sumisión expresa a un juez o tribunal distinto de aquel que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar de cumplimiento de la obligación o a aquel en que se encuentre el bien, si este fuere inmueble.¹⁰⁷¹

La razón de la abusividad en este caso es probablemente la misma que en el caso de los arbitrajes: la mayor onerosidad que se puede causar de esta manera al consumidor y la posibilidad de una imposición de cargas de difícil cumplimiento, al tener que litigar este ante tribunales o foros distintos de aquellos que la ley señala.¹⁰⁷²

¹⁰⁶⁷ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 480.

¹⁰⁶⁸ DíEZ-PICAZO, ob. cit., p. 480.

¹⁰⁶⁹ ob. cit., p. 481.

¹⁰⁷⁰ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 480.

¹⁰⁷¹ DíEZ-PICAZO, ob. cit., p. 480.

¹⁰⁷² ob. cit., p. 481-2.

55.11. Las cláusulas de elección de la ley aplicable.

En principio son también abusivas las cláusulas que contengan la sumisión del contrato a un derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial, o donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.¹⁰⁷³

Aun cuando la elección de la ley aplicable al contrato es producto de pacto o acuerdo entre las partes, la protección de los consumidores parece exigir una limitación en este terreno, porque, en principio, no se les puede privar de la protección que otorga el derecho del país de su residencia habitual, como quiera que la ignorancia de los derechos extranjeros y los costos que la sumisión del contrato a alguno de ellos pueda suponer, determinan una especial onerosidad.¹⁰⁷⁴

La limitación consiste en exigir que el país a cuya legislación se remitan las partes, tenga una vinculación objetivamente adecuada con estas o con el mercado en el que actúan.¹⁰⁷⁵

55.12. La modificación de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

También se consideran abusivas las cláusulas en que se impone la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante, según las reglas que al respecto prevén las normas de procedimiento civil.¹⁰⁷⁶ Según el num. 3 del artículo 43 EC, son abusivas las cláusulas que inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.¹⁰⁷⁷

Esta prohibición, que guarda estrecha relación con aquella otra que proscribe coartar el ejercicio de derechos y acciones por parte del consumidor, considera abusiva la cláusula o condición que impone, en perjuicio de este, la carga de probar hechos que de acuerdo con las reglas procesales correspondería probar al profesional.¹⁰⁷⁸

55.13. Declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios y declaraciones de adhesión a cláusulas.

Esta regla comprende dos tipos diferentes de cláusulas abusivas: la declaración de recepción o conformidad sobre hechos ficticios; y la declaración de adhesión del

¹⁰⁷³ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 480.

¹⁰⁷⁴ Díez-PICAZO, ob. cit., p. 480.

¹⁰⁷⁵ ob. cit., p. 480-1.

¹⁰⁷⁶ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 480.

¹⁰⁷⁷ Díez-PICAZO, ob. cit., p. 480.

¹⁰⁷⁸ ob. cit., p. 477.

consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tener conocimiento real antes de la celebración del contrato.¹⁰⁷⁹

La consideración como abusivas de las cláusulas sobre declaración de recepción o de conformidad y su consiguiente nulidad, supone la privación de cualquier valor declarativo que esta cláusula pudiera tener, y al negarle valor declarativo es obvio que la cláusula pretende también desplazar la carga de la prueba en contra del consumidor.¹⁰⁸⁰

La recepción significa tomar o hacerse cargo uno de lo que le envían, y debe entenderse referida al cumplimiento, sea de una obligación de entrega, sea de una carga o sobre cualquier otro comportamiento del predisponente, cuya recepción se pretenda atribuir al adherente en los contratos a condiciones generales.¹⁰⁸¹

Por su parte, en la declaración de conformidad, se trata de la adecuación material del objeto de la obligación que el deudor pretende cumplir según las exigencias establecidas en el contrato y el ordenamiento jurídico.¹⁰⁸² La abusividad de la cláusula se produce en aquellos casos de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, es decir, sucesos fingidos a los que se da la apariencia de realidad.¹⁰⁸³

En relación con la anterior prohibición, el num. 9 del artículo 43 EC considera abusivas las cláusulas o condiciones que presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo.¹⁰⁸⁴

El segundo supuesto se refiere a cláusulas que recogen una adhesión del consumidor a otras cláusulas o condiciones generales respecto de las cuales aquél no haya tenido la oportunidad de conocer o de tomar un conocimiento real antes de la celebración del contrato.¹⁰⁸⁵

Tal oportunidad de conocer constituye, cuando se trata de condiciones generales, un requisito de incorporación (art. 37 EC), por lo que la nulidad sólo tendrá aplicación en aquellos casos en que se trate de cláusulas abusivas no contenidas en condiciones generales, o en que se pueda pretender un control abstracto de las mismas (arts. 3º, num. 1.6; 44, 56 y 57 EC).¹⁰⁸⁶

¹⁰⁷⁹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 478.

¹⁰⁸⁰ Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 478.

¹⁰⁸¹ ob. cit., p. 478.

¹⁰⁸² CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 478.

¹⁰⁸³ Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 478.

¹⁰⁸⁴ ob. cit., p. 478.

¹⁰⁸⁵ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 478.

¹⁰⁸⁶ Díez-PICAZO, ob. cit., p. 478; y CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100

56. Cláusulas que imponen al adherente obligaciones o cargas exorbitantes.

Dentro de las cláusulas que imponen a los adherentes obligaciones o cargas exorbitantes se encuentran las que establecen una indemnización desproporcionadamente alta en caso de incumplimiento o constituyan algún obstáculo irrazonable o desconsiderado al ejercicio de sus derechos.¹⁰⁸⁷

56.1. Garantías desproporcionadas.

También se consideran abusivas las cláusulas en que se imponen al consumidor garantías desproporcionadas en relación con los riesgos asumidos por el profesional a quien las garantías favorecen.¹⁰⁸⁸

La expresión “garantías” tiene en este caso un significado amplio, en el que se comprende cualquier tipo de medidas de aseguramiento de las obligaciones y, por consiguiente, cualquier medida que refuerce el derecho del profesional.¹⁰⁸⁹

El problema que la regla plantea es que, al declarar abusivas las cláusulas de manera general y, por consiguiente, nulas, las garantías no desaparecen en aquella parte en que resulten desproporcionadas, sino en su totalidad, lo que probablemente resulte excesivo.¹⁰⁹⁰

De todas maneras, el centro de gravedad de la prohibición es la desproporción entre las garantías y la obligación que con ella se trata de asegurar, que puede ser calificada, por consiguiente, como sobre-garantizada. Puede ser desproporcionada, por ejemplo, la concurrencia de varias garantías que aseguren una única obligación.¹⁰⁹¹

El num. 13 del artículo 43 EC considera abusivas las cláusulas que restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor o proveedor las garantías a que hace referencia tal ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles.¹⁰⁹²

¹⁰⁸⁷ DíEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, ob. cit., v. II, p. 41-3.

¹⁰⁸⁸ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 477.

¹⁰⁸⁹ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 478.

¹⁰⁹⁰ ob. cit., p. 477.

¹⁰⁹¹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 477.

¹⁰⁹² RIAÑO SAAD, Anabel, “La proporcionalidad y la protección del fiador en el derecho francés”, *Revista de Derecho Privado*, 22, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 299-320.

56.2. Indemnización desproporcionadamente alta.

También se consideran abusivas las cláusulas mediante las cuales se imponga una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones.¹⁰⁹³

Tal prohibición se relaciona con la regulación de las cláusulas penales. Al respecto, la declaración de abusividad no impide el ejercicio por el juez de los poderes de ajuste de la pena que la ley le reconoce, de suerte que es de su elección el considerar nula por abusiva la cláusula, privándola de todo efecto, o reducir equitativamente la pena.¹⁰⁹⁴

57. Cláusulas que limitan las obligaciones legales o contractuales del predisponente.

57.1. La exclusión o limitación de la responsabilidad del profesional.

Se consideran abusivas las cláusulas que supongan la exclusión o limitación de responsabilidad del empresario o profesional en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor debidos a una acción u omisión de aquél.¹⁰⁹⁵

La prohibición se refiere a la responsabilidad del empresario o profesional por los daños causados por su propio incumplimiento y, por consiguiente, el derecho de indemnización que el consumidor puede tener por tal motivo.¹⁰⁹⁶

En términos generales se trata de daños de cualquier tipo, referidos a bienes de la personalidad o bienes patrimoniales distintos del interés contractual, cualesquiera que aquellos sean.¹⁰⁹⁷

La regla habla de daños que sean causados por una acción u omisión del profesional, entre las que se cuentan los daños imputables directamente a este o de que este deba responder, como los causados por sus auxiliares.¹⁰⁹⁸

El num. 1 del artículo 43 EC sanciona con la ineficacia de pleno derecho a las cláusulas que limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley le corresponden.¹⁰⁹⁹

¹⁰⁹³ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 469.

¹⁰⁹⁴ DíEZ-PICAZO, ob. cit., p. 469.

¹⁰⁹⁵ ob. cit., p. 473.

¹⁰⁹⁶ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 473.

¹⁰⁹⁷ DíEZ-PICAZO, ob. cit., p. 473.

¹⁰⁹⁸ ob. cit., p. 473-4.

¹⁰⁹⁹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 470.

Muy relacionada con lo anterior, el num. 4 del artículo 43 EC también considera abusivas las cláusulas que trasladen al consumidor, o a un tercero, que no sea parte en el contrato, la responsabilidad del productor o proveedor.¹¹⁰⁰

57.2. El respeto de los compromisos de los mandatarios.

Se consideran abusivas las cláusulas en las que se produzca la exclusión o limitación de la obligación del profesional de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes.¹¹⁰¹

Se da por supuesto que se trata de mandatarios o representantes con poderes suficientes de representación para obligar y vincular al profesional (incluidos los poderes tácitos de *facta concludentia*), pues nada impide que éste pueda limitar o revocar, en su caso, tales poderes de representación.¹¹⁰²

Por consiguiente, si el profesional se encuentra vinculado por los compromisos establecidos por su mandatario o representante, no resulta legítimo, y es sin duda abusivo, que excluya tales compromisos o los limite de cualquier manera, exigiendo, por ejemplo, una ratificación expresa del mismo profesional o de otros órganos de la empresa.¹¹⁰³

Tal tipo de cláusulas pueden producirse respecto de modificaciones posteriores del contrato, pero pueden producirse también en el momento de la negociación inicial, en el caso de que esta se encuentre regida por condiciones generales de contratación, o se hubiere suscrito un contrato para la negociación.¹¹⁰⁴

57.3. Liberación de responsabilidad por cesión del contrato a tercero.

También suelen ser abusivas las cláusulas en las que el predisponente se libera de su responsabilidad por cesión del contrato a tercero sin consentimiento del deudor, especialmente cuando pueda producir merma de las garantías de éste.¹¹⁰⁵

La regla prohíbe cualquier cesión de contratos no consentida por el consumidor que pueda suponer merma de las garantías legales o de los derechos de éste.¹¹⁰⁶

¹¹⁰⁰ DíEZ-PICAZO, *ob. cit.*, p. 470.

¹¹⁰¹ *ob. cit.*, p. 470.

¹¹⁰² *ob. cit.*, p. 470.

¹¹⁰³ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 99-100; y DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 473.

¹¹⁰⁴ DíEZ-PICAZO, *ob. cit.*, p. 473.

¹¹⁰⁵ *ob. cit.*, p. 473.

¹¹⁰⁶ *ob. cit.*, p. 473-4.

57.4. La supeditación de los compromisos propios al cumplimiento de formalidades.

Respecto de los compromisos propios del profesional, cualquiera que sea la vía o la forma en que hubieren sido adquiridos o celebrados los pactos, no resulta legítimo que la vinculación contractual del profesional, no obstante la existencia del pacto, se supedite a determinadas formalidades posteriores. En este supuesto también se defrauda la confianza y las reglas generales, en virtud de las cuales la contratación no requiere ninguna formalidad especial.¹¹⁰⁷

Tal tipo de cláusulas pueden producirse respecto de modificaciones posteriores del contrato, pero pueden producirse también en el momento de la negociación inicial, en el caso de que esta se encuentre regida por condiciones generales de contratación, o se hubiere suscrito un contrato para la negociación.¹¹⁰⁸

57.5. La transmisión de errores administrativos y de gestión.

También se consideran abusivas las cláusulas en que se contenga una transmisión o traslación al consumidor de las consecuencias económicas que se deriven de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables.¹¹⁰⁹

La idea de errores administrativos o de gestión se refiere a un mal funcionamiento de la administración y gestión del profesional, que se manifiesta en la producción de una consecuencia inadecuada durante la ejecución del contrato.¹¹¹⁰

La mayor parte de los supuestos de este error afectará a la realización de la prestación, en cuyo caso tendrá lugar un cumplimiento defectuoso o a la inobservancia de cargas que estén puestas o deban pesar sobre el profesional.¹¹¹¹

La idea de error no juega aquí como vicio del consentimiento, sino como defecto del cumplimiento de obligaciones o defectuosa inobservancia de cargas.¹¹¹²

¹¹⁰⁷ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 479.

¹¹⁰⁸ Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 479.

¹¹⁰⁹ ob. cit., p. 479.

¹¹¹⁰ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 479.

¹¹¹¹ Díez-PICAZO, ob. cit., p. 479.

¹¹¹² ob. cit., p. 479.

57.6. Los gastos de documentación o transmisión.

También se consideran abusivas las cláusulas en que se impongan al consumidor los gastos de documentación y tramitación que por ley imperativa corresponda al profesional.¹¹¹³

La nulidad procede, en este caso, de la infracción a una ley imperativa y no, específicamente, de la abusividad intrínseca de la cláusula, porque lo que la norma establece es que no se puedan trasladar al consumidor aquellos gastos que por ley imperativa corresponda satisfacer al profesional, como los gastos de otorgamiento de instrumentos, en especial de escrituras públicas (gastos de documentación), y gastos de tramitación como los relativos a la inscripción en los registros públicos.¹¹¹⁴

El num. 11 del artículo 43 EC considera abusivas las cláusulas que para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan.¹¹¹⁵

58. Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad contractual.

58.1. La facultad de rescisión discrecional.

También se considera abusiva la cláusula que otorgue al profesional la facultad de rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad. Aquí la expresión “rescisión” comprende cualquier facultad que permita al profesional poner fin al contrato y desligarse de él de manera discrecional.¹¹¹⁶

La razón de abusividad de la prohibición es, nuevamente, la ausencia de reciprocidad, pues si ambas partes pueden discrecionalmente apartarse del contrato, la abusividad no se produce.¹¹¹⁷

58.2. La retención de cantidades abonadas por renuncia.

También es abusiva la cláusula que prevé la retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia, sin contemplar la correlativa indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el profesional.¹¹¹⁸

¹¹¹³ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 476.

¹¹¹⁴ DíEZ-PICAZO, ob. cit., p. 476.

¹¹¹⁵ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 476.

¹¹¹⁶ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 476.

¹¹¹⁷ ob. cit., p. 476.

¹¹¹⁸ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 473.

Tal cláusula permite al profesional retener las cantidades abonadas por el consumidor si este renuncia a la celebración del contrato, sin disponer que el consumidor tenga derecho a recibir del profesional una indemnización por una cantidad equivalente cuando sea este el que renuncie.¹¹¹⁹ La regla parece remitir a la órbita de las arras penitenciales, o del dinero de desistimiento o de arrepentimiento.¹¹²⁰

La cláusula no impide que el consumidor pueda desistir del contrato (renuncia a celebrarlo), o que renuncie a su ejecución habiéndose aquél celebrado, o incluso que lo haga mediante el pago de una cantidad, siempre que ésta no resulte por sí misma abusiva.¹¹²¹ Lo que no puede permitirse es la retención sin que al profesional se le trate de la misma manera. El carácter abusivo de la cláusula deriva de la falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor.¹¹²²

59. Cláusulas abusivas por defecto de transparencia.

Se trata de saber si, dentro de las circunstancias concurrentes al momento de la celebración del contrato que se deben tener en cuenta en la valoración de la abusividad de una cláusula (art. 83.2 TRLGDCU), el juez puede considerar la forma en que el profesional ha redactado y comunicado el contrato al consumidor, es decir, si ha dado o no cumplimiento al deber de transparencia en la presentación de las cláusulas contractuales.¹¹²³

El derecho español impone al predisponente una doble obligación orientada a garantizar la cognoscibilidad por el adherente de las estipulaciones llamadas a integrar el contrato.¹¹²⁴ De una parte, es preciso que, con independencia de la forma de conclusión del contrato, se facilite previamente al consumidor el contenido íntegro de las condiciones a las que se adhiere, como presupuesto físico ineludible para su posible conocimiento.¹¹²⁵

En la contratación escrita, el anterior requisito se cumple mediante la inserción del clausulado en el documento contractual con carácter antepuesto a la firma (arts. 63 y 80 TRLGDCU).¹¹²⁶

¹¹¹⁹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 476.

¹¹²⁰ Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 476.

¹¹²¹ ob. cit., p. 476.

¹¹²² ob. cit., p. 476.

¹¹²³ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 476.

¹¹²⁴ Díez-PICAZO, ob. cit., p. 476.

¹¹²⁵ ob. cit., p. 476.

¹¹²⁶ ob. cit., p. 476.

Además, las cláusulas así facilitadas han de estar redactadas de forma clara, concreta, legible y comprensible, como *conditio sine quae non* de la accesibilidad intelectual del proyecto contractual que se ofrece al consumidor.¹¹²⁷

La sanción atribuida al incumplimiento de los anteriores requisitos es en todos los casos es la no incorporación de la cláusula al respectivo contrato, lo que la exime de cualquier control posterior, en especial del test de abusividad centrado en el concepto de cláusula abusiva (desequilibrio importante y contravención de la buena fe).¹¹²⁸

Las cláusulas no incorporadas son expulsadas pura y simplemente del contrato, sin que su nulidad de pleno derecho impida la conservación de aquel, en la medida en que pueda subsistir sin ellas.¹¹²⁹

A pesar de que el sistema de control formal pareciera autosuficiente como mecanismo de purga de las cláusulas que el consumidor no ha tenido la posibilidad real de conocer y por las que no se verá vinculado, lo cierto es que la dicotomía control de incorporación versus control de abusividad presenta zonas de confluencia en que la nulidad de las cláusulas concretas que faltan al deber de transparencia ha de ser acometida desde los parámetros brindados por la prohibición general de abusividad (art. 82 TRLGCU).¹¹³⁰

60. Cláusulas abusivas respecto del precio del contrato.

También se consideran abusivas las cláusulas que contengan la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio, o la facultad del profesional para aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas, o sin reconocer al consumidor el derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al inicialmente estipulado.¹¹³¹

El primer tipo indicado corresponde a la llamada “cláusula de reserva del precio”, en la cual el consumidor acepta un precio del que no se conoce su cuantía y cuya determinación se deja en manos del profesional para el momento en que la prestación se haya cumplido. En estos casos, en realidad, no existe precio cierto.¹¹³²

El segundo tipo de cláusulas faculta al profesional para aumentar el precio final. El precio inicialmente fijado es, por consiguiente, sólo indicativo, y no impide la

¹¹²⁷ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 476; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *La contratación en el ámbito de las relaciones con consumidores*, ob. cit., p. 16

¹¹²⁸ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 476.

¹¹²⁹ Díez-PICAZO, ob. cit., p. 476.

¹¹³⁰ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *La contratación en el ámbito de las relaciones con consumidores*, ob. cit., p. 16; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 110-1.

¹¹³¹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 476.

¹¹³² Díez-PICAZO, ob. cit., p. 476.

posibilidad de que el profesional lo aumente en cualquiera de los factores que deban formarlos. Es claro que en este caso nos encontramos también en presencia de un precio no cierto y que en este sentido la cláusula es abusiva.¹¹³³

La contundencia que parece existir en la declaración de abusividad de las estipulaciones que permiten al profesional fijar el precio en el momento de la entrega o la de aumentarlo, se tempera, sin embargo, con las siguientes condiciones: que existan razones objetivas y que se reconozca al consumidor el derecho de rescindir el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado.¹¹³⁴

Por razones objetivas se entienden aquellas que excluyen la arbitrariedad y que no dependen de la voluntad del profesional, aunque resulte discutible que puedan considerarse introducidas aquellas que suponen siempre riesgos del contratante, como puede ser el caso del aumento de los costos del producto.¹¹³⁵

Se discute si la posibilidad que la norma otorga al profesional de fijar el precio en el momento de la entrega o de aumentarlo cuando existan razones objetivas, es independiente del derecho del consumidor de rescindir el contrato, o debe ir en todo caso unida a él, problema que, en beneficio del consumidor, debe resolverse haciendo coincidir ambas posibilidades.¹¹³⁶

De la regla se excluye la modificación de los precios por el profesional cuando ello signifique adaptación de tales precios a un índice, siempre que los índices deban considerarse legales, lo que parece significar legalmente admitidos y que en las cláusulas se describa suficiente y explícitamente el modo de variación.¹¹³⁷

60.1. Incrementos injustificados de precio.

También se consideran abusivos los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos por indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso, expresadas con la debida claridad o separación.¹¹³⁸

El centro de gravedad de la prohibición se ubica en que todas las partidas mencionadas y calificadas como incrementos de precio, deben haber quedado expresadas con la debida claridad y separación, lo cual, en el caso de las condiciones generales, constituye un requisito de incorporación y, en concordancia

¹¹³³ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 471.

¹¹³⁴ DíEZ-PICAZO, ob. cit., p. 471.

¹¹³⁵ ob. cit., p. 471.

¹¹³⁶ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 471.

¹¹³⁷ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 471-2.

¹¹³⁸ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; y DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 476.

con ello, que exista la posibilidad de aceptación separada a cada uno de esos casos.¹¹³⁹

61. Cláusulas sorprendivas.

Las cláusulas sorprendivas son aquellas que, de acuerdo con las circunstancias y, en especial, la naturaleza del contrato, resultan tan insólitas que no pueden ser razonablemente esperadas por el consumidor medio.¹¹⁴⁰

La prohibición se fundamenta en el carácter insólito o inesperado de cualquier tipo de previsión que altere en perjuicio del consumidor la relación contractual (los derechos o el ejercicio de los mismos por parte de éste), cuyo conocimiento pudo ser determinante de su consentimiento.¹¹⁴¹

Este último aspecto otorga a las cláusulas sorprendivas un espacio propio, que descansa sobre el principio de autonomía de la voluntad, al excluir del contenido del contrato las estipulaciones que contradigan aspectos sobre los cuales el consumidor se ha forjado una expectativa razonable, digna de protección.¹¹⁴²

En la medición de las expectativas frustradas del consumidor son atendibles cualesquiera circunstancias que tengan por efecto hacer pasar por desapercibida a un contratante normal una alteración inesperada de la relación contractual, en especial la relacionada con la conclusión del contrato (contenido de la publicidad y oferta contractual, tratos previos y acuerdos alcanzados por las partes), la presentación del documento contractual (epígrafe que precede a las cláusulas o presentación gráfica que las haga pasar desapercibidas), así como la naturaleza del tipo contractual en causa, que no debe verse sustancialmente alterado por cláusulas que desdibujen sus rasgos identificativos o que destruyan el carácter recíproco de las prestaciones.¹¹⁴³

La cláusula que se desvía de lo razonablemente esperable carece de carácter vinculante, bien porque se considere que la prohibición de las cláusulas sorprendivas constituye una regla complementaria a los requisitos de incorporación, que al igual que estos excluye del programa contractual las cláusulas que el adherente no ha podido conocer de manera completa al tiempo de celebrar el contrato por razón de su imprevisibilidad; o bien porque que las cláusulas insólitas

¹¹³⁹ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 480.

¹¹⁴⁰ El artículo 61 del TRLGDCU preserva las expectativas legítimas del consumidor basadas en la información precontractual.

Al respecto, CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 111.

¹¹⁴¹ PERTÍÑEZ WILCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1641-4.

¹¹⁴² CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 112.

¹¹⁴³ CARBALLO FIDALGO, ob. cit., p. 112.

constituyen una manifestación concreta de la cláusula general de abusividad, como supuesto de cláusula abusiva por falta de transparencia.¹¹⁴⁴

Pese a superar los requisitos formales de inclusión en el contrato, las cláusulas sorprendivas producen una alteración inesperada y subrepticia de las razonables expectativas del consumidor, las cuales se ven injustificadamente frustradas, constituyendo per se un perjuicio a sus intereses contrario a las exigencias de la buena fe.¹¹⁴⁵

61.1. Características de las cláusulas sorprendivas.

Como categoría especial de cláusula abusiva, las cláusulas sorprendivas se caracterizan básicamente por su imprevisibilidad según las circunstancias y la materia objeto del contrato.¹¹⁴⁶

La cláusula es sorprendiva cuando su uso no sea habitual, o sean tan insólitas que el adherente no alcance a imaginar siquiera que integrarían el contenido del contrato y su incorporación a este sea inicuo e irracional.¹¹⁴⁷

En consecuencia, no basta con que la cláusula sorprendiva sea sólo inesperada, sino que debe ser también acentuadamente inequitativa, productora de un desequilibrio contractual injustificado, y de subrayada anormalidad, en el sentido de que el adherente razonablemente no contaba con su inclusión en el contrato.¹¹⁴⁸

¹¹⁴⁴ PERTÍÑEZ WILCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1641-2.

¹¹⁴⁵ SSTS de 8 de noviembre de 2001 y 1º de marzo de 2007, en las que, pese a constituir una genuina cláusula sorprendente, el Tribunal Supremo aplica la doctrina de la interpretación *contra proferentem* para descartar su operatividad; y las SSTS de 27 de diciembre de 2001 y de 2 de marzo de 2011, en las que la abusividad de la cláusula se liga a su carácter sorprendente o desapercibida para el consumidor.

Al respecto, CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 112.

¹¹⁴⁶ PERTÍÑEZ WILCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1643.

¹¹⁴⁷ Se entiende por cláusulas sorprendivas las disposiciones contractuales que, de acuerdo con las circunstancias y naturaleza del contrato, el adherente no ha podido contar con su existencia.

Al respecto, Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, ob. cit., v. II, p. 39.

¹¹⁴⁸ Las razones por las que el ordenamiento jurídico reacciona frente a esta clase de cláusulas, teniéndolas por no escritas, como no formando parte del contrato, es porque aparecen como un *plus* por sobre la generalidad de las cláusulas abusivas. Las cláusulas sorprendivas, además de desnaturalizar el vínculo contractual en detrimento del consumidor, son inusuales e insólitas.

La cláusula abusiva es previsible, pues su contenido se conoce por anticipado, lo que no ocurre con las cláusulas sorprendivas, con las que el adherente razonablemente no cuenta o no las espera, pues aparecen subrepticia o clandestinamente, exhibiendo un alto grado de deslealtad contractual.

Por eso para que sean eficaces no basta con la firma de cada cláusula específica, sino que se hace necesario llamar la atención del adherente sobre su inclusión en el texto del contrato, y tenerlas por incorporadas al mismo siempre y cuando el cliente haya tenido una efectiva noticia y comprensión de las mismas. Al efecto no son suficientes formas solemnes, ficciones de conocimiento o presunciones de consentimiento.

Al respecto, STIGLITZ, *Derecho de seguros*, ob. cit., p. 88.

Una cláusula predispuesta es sorpresiva cuando, analizado todo el *iter* o recorrido negocial, desde las tratativas iniciales hasta la celebración del contrato, pasando también por la publicidad, contradice de modo importante las expectativas normales que el contrato genera en el adherente, provocando una desnaturalización de la relación de equivalencia por la forma insólita como se integra al contenido del contrato.¹¹⁴⁹

Por esta razón se ha instado a los predisponentes para que las cláusulas de contenido inhabitual, susceptibles de sorprender al adherente, queden recogidas de manera visible en el impreso del contrato, o que se haga una referencia a las mismas de manera expresa.¹¹⁵⁰

Para definir su existencia y si se encuentran legítimamente incorporadas al contrato, se exige que el predisponente haya informado al adherente, identificándola adecuadamente, la respectiva cláusula (*reasonable notice*). Las estipulaciones inusuales que de manera inesperada aparecen en las condiciones generales, no forman parte del contrato si son desventajosas para el adherente y no haya razones que justifiquen su existencia en dichas circunstancias (*unreasonable and unusual*).¹¹⁵¹

Por el contrario, dichas cláusulas están legitimadas si el efecto sorpresa ha desaparecido como consecuencia de una suficiente identificación o referencia contenida en la respectiva condición antes de perfeccionarse el contrato. En ese sentido, cláusula inusual o cláusula sorpresiva son términos equivalentes, ya que el hecho de que una cláusula sea usual impide que se la califique de sorpresiva. En todo caso, lo determinante consiste en establecer si los destinatarios indeterminados de la cláusula podían razonablemente contar con una condición general sorpresiva.¹¹⁵²

La característica esencial de toda cláusula sorpresiva es que tal carácter se predique con relación al cliente y no con relación al predisponente que es quien la redacta y la impone. El destinatario del efecto sorpresa debe ser el consumidor o usuario, no el sujeto que la predispone.¹¹⁵³

¹¹⁴⁹ PERTÍÑEZ WILCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1643; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 112.

¹¹⁵⁰ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; STIGLITZ, *Derecho de seguros*, ob. cit., p. 88; PERTÍÑEZ WILCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1643; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 112.

¹¹⁵¹ STIGLITZ, *Derecho de seguros*, ob. cit., p. 88.

¹¹⁵² PERTÍÑEZ WILCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1643; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 112.

¹¹⁵³ STIGLITZ, *Derecho de seguros*, ob. cit., p. 88.

En consecuencia, una cláusula sorpresiva no deja de serlo por el hecho de que sea habitualmente usada por el empresario. Si una cláusula es usual para el adherente, sencillamente no puede ser sorpresiva.¹¹⁵⁴

Cuando la cláusula conlleva un perjuicio para el usuario o consumidor, además de sorpresiva es abusiva, y su contenido nunca será legítimo así se provea su debida información y hasta su explicación al adherente, o la forma destacada que se emplee para llamar la atención de éste o la especial referencia que de ella se haga.¹¹⁵⁵

¹¹⁵⁴ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; STIGLITZ, *Derecho de seguros*, ob. cit., p. 88; PERTÍÑEZ WILCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1643; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 112.

¹¹⁵⁵ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 99-100; STIGLITZ, *Derecho de seguros*, ob. cit., p. 88; PERTÍÑEZ WILCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1643; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 112.

CONCLUSIONES SOBRE LA NOCIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

62. Definición de cláusula abusiva.

Según lo expuesto en el presente trabajo, por cláusula o condición abusiva se entiende toda intervención injustificada del predisponente en los derechos y posiciones del consumidor, apreciada teniendo en cuenta las condiciones especiales de celebración y ejecución del contrato.¹¹⁵⁶

Por intervención injustificada se entiende la imposición unilateral de una cláusula o condición que ocasiona un desequilibrio en los derechos y obligaciones del contrato, sin que haya razones suficientes o argumentos plausibles que lo justifiquen o fundamenten.¹¹⁵⁷

De conformidad con los artículos 3º, 1.6; 5º, 4; 37 y 42 EC, son cláusulas abusivas las estipulaciones predispuestas o no negociadas de los contratos de adhesión que, en perjuicio del consumidor, producen un desequilibrio injustificado de los derechos y obligaciones de las partes, según las circunstancias particulares de celebración y ejecución del contrato.¹¹⁵⁸

De acuerdo con la anterior definición, los siguientes son los rasgos de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano del consumo, los cuales guardan una relación directa con los presupuestos de aplicación de la prohibición de abuso (art. 42 EC) y la estructura del juicio de abusividad:¹¹⁵⁹

1º Ser una estipulación predispuesta o no negociada (cláusula o condición general o particular) que, como parte de su contenido normativo, se incorpore a un contrato de adhesión.

2º Que tal estipulación produzca un desequilibrio injustificado en los derechos y obligaciones de las partes;

3º Que el desequilibrio, además de injustificado, produzca un perjuicio importante al consumidor; y

¹¹⁵⁶ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss; *Id.*, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹¹⁵⁷ PERTÍÑEZ WILCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1643; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 112.

¹¹⁵⁸ PERTÍÑEZ WILCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1643.

¹¹⁵⁹ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 112.

4º Que el carácter injustificado del desequilibrio sea el resultado de valorar las circunstancias particulares de la celebración y ejecución del contrato (mandato de ponderación).¹¹⁶⁰

62.1. Estipulación predispuesta o no negociada de los contratos de adhesión.

El concepto de cláusula abusiva se relaciona directamente con el contenido predispuesto o no negociado de los contratos de adhesión, a los que de manera exclusiva el estatuto colombiano limita el control material de abusividad contractual (art. 3º, 1.6 EC).¹¹⁶¹

Esta limitación del ámbito objetivo de aplicación se explica porque los contratos de adhesión, cuyo elemento estructural definitorio es la desigualdad y asimetría de las partes, propician la imposición de cláusulas abusivas que apuntalan la posición contractual dominante del predisponente.¹¹⁶²

El contrato de adhesión, cuyo contenido es impuesto unilateralmente por el predisponente, se caracteriza por su rigidez o inalterabilidad como quiera que, al suprimirse la negociación previa, impide al adherente discutir el contenido de las cláusulas y condiciones del contrato.¹¹⁶³

62.1.1. Contenido predispuesto y contenido negociado del contrato.

El contenido predispuesto de los contratos de adhesión, que puede ser a condiciones generales o a condiciones particulares, según que las mismas se incorporen a una pluralidad de contratos o a un contrato en particular (art. 1:1 LCGC), se caracteriza por su preparación y redacción previa por el profesional o empresario predisponente, o por un tercero, con la consecuente imposibilidad para el consumidor de influir sobre tal contenido, por una parte, y por su imposición unilateral, lo que se traduce en su inevitabilidad para el consumidor si desea obtener el bien o servicio de que se trate, por la otra.¹¹⁶⁴

Puede suceder, sin embargo, como ocurre en el contrato de seguro, que una o varias cláusulas de un contrato de adhesión, bien a condiciones generales, bien a condiciones particulares, sea objeto de libre negociación entre el empresario y el consumidor, precisamente por ello llamadas “cláusulas individualmente negociadas”, las cuales se hallan legalmente excluidas del control material de

¹¹⁶⁰ PERTÍÑEZ WILCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1643; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 112.

¹¹⁶¹ PERTÍÑEZ WILCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1643.

¹¹⁶² CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 112.

¹¹⁶³ PERTÍÑEZ WILCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1643; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 112; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-30

¹¹⁶⁴ PERTÍÑEZ WILCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1643.

abusividad por ser expresión de la autonomía de las partes y objeto del consentimiento de éstas.¹¹⁶⁵

62.1.2. Contenido normativo y contenido económico del contrato.

Aparte de cláusulas o condiciones negociadas, por ser expresión de la autonomía de las partes y objeto del consentimiento de estas, también se hallan excluidas del control material de abusividad los elementos esenciales o el contenido económico de los contratos de adhesión, pues la adecuación del precio o remuneración que debe pagar el consumidor con relación al bien o servicio suministrado por el empresario, son cuestiones sobre las que las partes consienten libremente.¹¹⁶⁶

Como hemos dicho, tal control recae de manera exclusiva sobre el contenido predispuesto o no negociado, que contiene el programa normativo del contrato impuesto por la voluntad exclusiva del predisponente y al que el consumidor en bloque se adhiere.¹¹⁶⁷

62.2. Desequilibrio injustificado de los derechos y obligaciones de las partes.

El desequilibrio injustificado alude a la idea de ventaja excesiva o exagerada que el predisponente se autoatribuye en perjuicio del consumidor, desnaturalizando la relación de equivalencia propia de los contratos conmutativos, sin que haya contrapartida o razones suficientes que lo justifiquen.¹¹⁶⁸

Tal concepto presupone una ampliación de ventajas a favor del empresario, o un aligeramiento o eliminación de sus obligaciones o deberes y, correlativamente, una agravación de las cargas y obligaciones del consumidor, sin que haya un motivo serio o un fundamento legítimo que de manera suficiente lo justifique.¹¹⁶⁹

Ahora bien, esta suficiencia la define el juez con la ayuda del principio de proporcionalidad, de manera que sólo el desequilibrio justificado de acuerdo con este criterio valida la cláusula o condición en examen, a pesar del trastorno o la desarmonía que ocasiona en los derechos y obligaciones de las partes.¹¹⁷⁰

¹¹⁶⁵ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 112.

¹¹⁶⁶ PERTÍÑEZ WILCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1643; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 112; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-30

¹¹⁶⁷ PERTÍÑEZ WILCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1643.

¹¹⁶⁸ PERTÍÑEZ WILCHEZ, ob. cit., p. 1643; y PEGLION-SIKA, *La notion de clause abusive*, p. 231 ss.

¹¹⁶⁹ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 112.

¹¹⁷⁰ CARBALLO FIDALGO, ob. cit., p. 112.

En este sentido, serán abusivas las cláusulas o condiciones que produzcan un desequilibrio en la medida en que éste carezca de un fundamento plausible o de razones que de manera suficiente lo justifiquen.¹¹⁷¹

62.2.1. La definición judicial del desequilibrio contractual.

Para establecer la existencia de un desequilibrio, se ha de valorar si la reglamentación que contienen las cláusulas o condiciones impuestas por el predisponente (equilibrio real, Er), constituye un conjunto armónico o equilibrado respecto de un modelo ideal reputado como paradigmático (equilibrio ideal, Ei), es decir, valorar igualdad o desigualdad de Er y Ei.¹¹⁷²

Ahora bien, la comparación que supone establecer la igualdad o desigualdad de Er y Ei requiere, a su vez, un objeto o par de comparación (*Vergleichs paar*), y un criterio común de medida o *tertium comparationis*.¹¹⁷³

Definir si dos situaciones son iguales o desiguales exige no sólo la identificación exacta de tales situaciones (objeto o términos comparados), sino también la definición del punto de vista o la perspectiva desde la cual ambas situaciones son comparadas (criterio de comparación).¹¹⁷⁴

Para la doctrina tradicional, el derecho dispositivo es el modelo abstracto e ideal de referencia, o la reglamentación justa y equilibrada (Ei), con el que se ha de contrastar el equilibrio real del contrato (Er) para valorar el carácter equilibrado de éste.¹¹⁷⁵

62.2.2. Los problemas que supone el derecho dispositivo como término de comparación.

Además de los problemas que comporta establecer la existencia de un desequilibrio del contrato, relacionados con la definición de los términos y el criterio de la comparación (valoraciones que remiten a los problemas de racionalidad y objetividad de las decisiones judiciales y de la suficiente y adecuada justificación de las mismas), la mera contravención de una cláusula a lo dispuesto por el derecho dispositivo no permite concluir de manera definitiva la abusividad de la misma.¹¹⁷⁶

¹¹⁷¹ PERTÍÑEZ WILCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1643; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 112; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-30.

¹¹⁷² PEGLION-SIKA, *La notion de clause abusive*, p. 231 ss; y PERTÍÑEZ WILCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1643.

¹¹⁷³ PERTÍÑEZ WILCHEZ, ob. cit., p. 1643.

¹¹⁷⁴ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 112.

¹¹⁷⁵ CARBALLO FIDALGO, ob. cit., p. 112.

¹¹⁷⁶ PERTÍÑEZ WILCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1643; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 112; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-30

En primer lugar porque el ordenamiento prevé la posibilidad de que las partes, siempre dentro de los límites trazados por las normas imperativas, opten por una regulación de sus intereses distinta a la prevista en el derecho dispositivo, que se adecúe mejor a sus necesidades en cada caso concreto.¹¹⁷⁷

Por otra parte, según lo exige expresamente el propio artículo 42 EC, para que una cláusula pueda ser considerada abusiva, no basta con que la misma produzca un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, sino que tal desequilibrio ha de ser injustificado, es decir, carente de razones que de manera suficiente lo justifiquen.¹¹⁷⁸

En este sentido, no cualquier desequilibrio es suficiente para calificar una cláusula abusiva, pues de hecho habrá siempre cláusulas o condiciones que, atendiendo las circunstancias del caso concreto, se separan de manera justificada del derecho dispositivo.¹¹⁷⁹

Por desequilibrio del contrato, en resumen, no debe entenderse la mera contravención del derecho dispositivo, sino la contravención injustificada del mismo, lo que supone que el juicio de abusividad no sólo tenga por objeto comprobar la existencia misma del desequilibrio en los derechos y obligaciones del contrato, sino también definir, teniendo en cuenta las condiciones particulares del caso concreto, la suficiencia de las razones que puedan justificarlo.¹¹⁸⁰

Definida la existencia de un desequilibrio contractual, seguidamente se debe comprobar si tal desequilibrio se halla suficientemente justificado, en otras palabras, si la ruptura del sinalagma contractual carece de razones que de manera suficiente la justifiquen, comprobación que tiene lugar en la etapa discursiva del juicio de abusividad.¹¹⁸¹

Tampoco la sola contravención, sino la contravención injustificada del derecho dispositivo, ha de entenderse como un desequilibrio injustificado. Precisamente el objeto del juicio de abusividad, en especial de su etapa discursiva, será determinar si, a pesar de apartarse del modelo equilibrado que representa el derecho dispositivo, el desequilibrio que la cláusula o condición produce en la distribución de derechos y obligaciones del contrato se encuentra debidamente justificado teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio objeto del mismo o las circunstancias concurrentes al momento de su celebración (mandato de ponderación).¹¹⁸²

¹¹⁷⁷ PERTÍÑEZ WILCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1643.

¹¹⁷⁸ PERTÍÑEZ WILCHEZ, ob. cit., p. 1643.

¹¹⁷⁹ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 112.

¹¹⁸⁰ CARBALLO FIDALGO, ob. cit., p. 112; y PEGLIION-SIKA, *La notion de clause abusive*, p. 231 ss.

¹¹⁸¹ PERTÍÑEZ WILCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1643; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 112; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-30.

¹¹⁸² PERTÍÑEZ WILCHEZ, ob. cit., p. 1643; y CARBALLO FIDALGO, ob. cit., p. 112; CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-30

62.3. Desequilibrio significativo e importante en perjuicio del consumidor.

Para que la cláusula sea abusiva se requiere que el desequilibrio injustificado, por una parte, se refiera al contenido normativo del contrato, no a su contenido económico, y, por otra, que dicho desequilibrio sea importante o relevante, es decir, que afecte o perjudique de manera significativa los derechos del consumidor.¹¹⁸³

62.3.1. Contenido normativo del contrato.

En primer lugar, el concepto de desequilibrio contractual se refiere al contenido jurídico o normativo del contrato, por oposición al contenido económico del mismo, es decir, la reglamentación prevista para disciplinar las relaciones obligatorias que nacen entre las partes, diferentes de las que se refieren al precio y el bien o servicio que constituye su contraprestación.¹¹⁸⁴

En otros términos, el concepto de desequilibrio recae sobre los elementos no consentidos del contrato, ya que estos no son tenidos en cuenta por el consumidor en el momento de decidir si contrata o no contrata con un oferente determinado. Por el contrario, tanto el precio como el bien o servicio que constituye su contraprestación, son los únicos elementos que el consumidor atiende a la hora de decidir si contrata o no contrata con un oferente determinado.¹¹⁸⁵

62.3.2. Daño importante o relevante del consumidor.

Por otra parte, el desequilibrio contractual introducido por la cláusula o condición ha de ser significativo, relevante o importante, en el sentido de que produzca o sea capaz de producir un daño o perjuicio al consumidor, o que afecte de manera negativa los derechos de éste, de modo que los desequilibrios contractuales nimios e irrelevantes, así sean injustificados, en principio no dan lugar a cláusulas abusivas.¹¹⁸⁶

Para la apreciación en concreto de la abusividad de una cláusula habrá de tenerse en cuenta la relación de equivalencia al tiempo de la conclusión del contrato y el efecto que la cláusula cuestionada provoca o puede provocar sobre dicha relación, efecto que no es otro que el de atribuir de manera injustificada, es decir, sin contrapartida alguna, o sin un serio fundamento que lo justifique, una ventaja significativa a favor del predisponente y en perjuicio del consumidor, o que comprometa el principio sinalagmático de la máxima reciprocidad de intereses.¹¹⁸⁷

¹¹⁸³ PERTÍÑEZ WILCHEZ, *ob. cit.*, p. 1643; y PEGLION-SIKA, *La notion de clause abusive*, p. 231 ss.

¹¹⁸⁴ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, *ob. cit.*, p. 112.

¹¹⁸⁵ CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 112.

¹¹⁸⁶ PERTÍÑEZ WILCHEZ, *Contratos de adhesión*, *ob. cit.*, p. 1643; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, *ob. cit.*, p. 112; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-30.

¹¹⁸⁷ PERTÍÑEZ WILCHEZ, *Contratos de adhesión*, *ob. cit.*, p. 1643.

62.4. Valoración circunstanciada de la abusividad contractual.

Según el artículo 42 EC, tanto las razones que puedan justificar el desequilibrio, como la importancia o magnitud del mismo, han de ser apreciados en cada caso concreto teniendo en cuenta las condiciones particulares del contrato (mandato de ponderación) o, como se dice en el derecho español, unos “criterios instrumentales de ponderación” (art. 82 TRLGDCU), relacionados con la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, las demás cláusulas del contrato o las de otro con el que aquel guarde algún nexo de dependencia (num. 3).¹¹⁸⁸

En el caso colombiano, la valoración circunstanciada que supone el juicio de abusividad tiene un espectro más amplio como quiera que, además de los anteriores criterios, el carácter abusivo de la cláusula o condición supone la valoración conjunta o global del contrato, no sólo porque ha de tener en cuenta la totalidad de sus cláusulas o estipulaciones, sino también porque el juez, a partir de la existencia del desequilibrio contractual, ha de ponderar, con la ayuda del principio de proporcionalidad, la suficiencia de las razones fácticas o jurídicas que puedan justificar tal desequilibrio.¹¹⁸⁹

En la etapa discursiva, en efecto, el juez deberá definir la suficiencia de las razones que justifiquen el desequilibrio ocasionado por la imposición unilateral de la cláusula o condición en examen, resultado que logra mediante la ponderación de las razones que jueguen a favor o en contra de mantener tal cláusula o condición (pretensión del predisponente) o, por el contrario, excluirla del contenido del contrato por afectar injustificadamente al consumidor adherente.¹¹⁹⁰

El resultado de tal proceso es la norma particular de decisión (Nd) que define lo que al predisponente le está prohibido, permitido u ordenado desde el punto de vista de la prohibición de abuso. Tal norma de decisión expresa la relación de precedencia condicionada de las razones fácticas o jurídicas que juegan a favor o en contra del mantenimiento de la cláusula o condición en examen, o de su exclusión como contenido del contrato.¹¹⁹¹

¹¹⁸⁸ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹¹⁸⁹ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹¹⁹⁰ ob. cit., p. 4-36.

¹¹⁹¹ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

TÍTULO QUINTO LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO COLOMBIANO

CAPÍTULO XI LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN COLOMBIA

63. El fundamento de la prohibición de abuso.¹¹⁹²

En el marco de la corriente internacional antes descrita, el derecho colombiano, tímida y paulatinamente, introdujo su lucha contra las cláusulas abusivas en favor de los contratantes débiles, y lo hizo básicamente a través de las siguientes dos vías:¹¹⁹³

1º Una vía legal, de carácter sectorial y de alcances muy limitados que se plasmó en la Ley 142 de 1994, sobre servicios públicos domiciliarios.

2º Una vía jurisprudencial, de carácter más general, implementada por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, cuya interpretación de la Constitución y la ley en esta materia es aplicable a cualquier clase de contratos, no necesariamente de adhesión y para la protección exclusiva de los consumidores, en los que se presenten abusos en detrimento de una de las partes.¹¹⁹⁴

En la Ley 142 de 1994 se presume, por el hecho de que en el contrato se inserte uno de los supuestos previstos en ella, la posición dominante de la empresa y la abusividad de la cláusula que lo contiene, de manera que corresponde a aquélla desvirtuar dicha presunción demostrando que, en su conjunto, el contenido del contrato se encuentra equilibrado teniendo en cuenta las obligaciones especiales asumidas por la empresa.¹¹⁹⁵

De no desvirtuarse la presunción, la cláusula en cuestión sería anulada, pero conservarían, sin embargo, su validez las demás estipulaciones que no hayan sido objeto de sanción (art. 133). Por lo demás, los supuestos que ejemplificativamente enuncia la Ley 142 de 1994 como potencialmente abusivos, en general coinciden con los establecidos en las listas negras o grises del derecho comparado.¹¹⁹⁶

¹¹⁹² SUESCÚN MELO, *Derecho privado, ob. cit.*, II, p. 213 ss; y RODRÍGUEZ YONG, *Cláusulas abusivas, ob. cit.*, p. 28 ss.

¹¹⁹³ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas, ob. cit.*, p. 106 ss.

¹¹⁹⁴ SUESCÚN MELO, *Derecho privado, ob. cit.*, II, p. 213 ss; CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo, *Justicia y abuso contractual*, en MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco (dirs.), *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Legis/Universidad del Rosario, 2007, p. 693-720; y CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo, *La protección del contratante y la evolución del derecho contemporáneo*, en MANTILLA ESPINOSA y TERNERA BARRIOS, *Los contratos en el derecho privado, ob. cit.*, p. 772-807.

¹¹⁹⁵ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas, ob. cit.*, p. 106 ss.

¹¹⁹⁶ SUESCÚN MELO, *Derecho privado, ob. cit.*, II, p. 214.

Como explicaremos más adelante, la jurisprudencia reciente, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, claramente tiende a proteger al contratante débil, especialmente frente a quien detenta una posición dominante.¹¹⁹⁷

En todo caso, antes de la Ley 1480 de 2011 (EC), que estableció en Colombia un sistema de protección contractual de los consumidores frente a las cláusulas abusivas, circunscrito, como hemos visto, a los contratos de adhesión, la teoría de la abusividad construida jurisprudencialmente en Colombia, más general y con un alcance mayor que el sistema previsto en el estatuto de los consumidores, se fundamenta en los principios de abuso del derecho, buena fe y equilibrio económico de los contratos, cuyos desarrollos legales, como pasamos a ver enseguida, hallan las cortes en varias disposiciones del código civil colombiano.¹¹⁹⁸

63.1. La teoría del abuso del derecho.¹¹⁹⁹

Los derechos subjetivos constituyen poderes o prerrogativas otorgadas por el ordenamiento jurídico a las personas para la satisfacción de sus intereses. De esta manera, toda persona está obligada a ejercer sus derechos y, su no ejercicio, puede constituir un abuso.¹²⁰⁰

Por otra parte, los derechos deben ejercerse de tal forma que no se cause perjuicio a las demás personas o a la colectividad en general (función social de los derechos) y, por tanto, quien en ejercicio de sus derechos cause un daño a otro, queda obligada a la indemnización (*neminem laedere*).¹²⁰¹

¹¹⁹⁷ CÁRDENAS MEJÍA, *La protección del contratante y la evolución del derecho contemporáneo*, ob. cit., p. 772-807

¹¹⁹⁸ SUESCÚN MELO, *Derecho privado*, ob. cit., II, p. 214; y CÁRDENAS MEJÍA, *La protección del contratante y la evolución del derecho contemporáneo*, ob. cit., p. 772-807.

¹¹⁹⁹ Artículos 95 de la Constitución y 830 c. com. col. Sobre la teoría del abuso del derecho como fundamento de la prohibición de las cláusulas abusivas, v. las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, de 19 de octubre de 1994, magistrado ponente Carlos Esteban Jaramillo Scholss; y de 30 de agosto de 2011, magistrado ponente William Namén Vargas.

En la doctrina francesa, v. JOSSERAND, Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, París, Dalloz, 1939; e *ID.*, «Relatividad y abuso del derecho», en *Del abuso del derecho y otros ensayos*, Bogotá, Temis, 1982.

v. también, en la doctrina francesa, STOFFEL-MUNCK, *L'abuse dans le contrat*, ob. cit.; KARIMI, Abbas, *Les clauses abusives et la théorie de l'abuse de droit*, París, LGDJ, 2001; y, en la nacional, RODRÍGUEZ YONG, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 31.

¹²⁰⁰ JOSSERAND, *Relatividad y abuso del derecho*, ob. cit., p. 5 ss; y STOFFEL-MUNCK, *L'abuse dans le contrat*, ob. cit., p. 88.

¹²⁰¹ A pesar de su notable formalismo, la prohibición de abuso tuvo aplicación entre los romanos, para quienes no podía abusarse de un derecho, ni ejercerse éste sin un motivo serio y legítimo (v., al respecto, SPOTA, Alberto, *Tratado de derecho civil*, t. I, vol. 2 (*Relatividad y abuso de los derechos*), Buenos Aires, Depalma, 1947, p. 35; y SOHM, Rudolf, *Instituciones de derecho privado romano, Historia y sistema* (Wenceslao ROCES, trad.), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1936.

Tal principio, sin embargo, tuvo su eclipse en el siglo XIX debido, principalmente, al legalismo de la escuela francesa de la exégesis, que impedía la aplicación de una norma que no estuviera expresamente establecida en la ley, así como al exagerado individualismo de la época, reflejado en el *Code civil*, que concebía a los derechos como facultades absolutas, lo que permitía a sus titulares, sin ninguna consecuencia jurídica, ejercer o abstenerse de ejercer los mismos, así con ello se produjera un daño a otra persona o a la sociedad en general. (v., sobre este aspecto, BONNECASE, Julien, *L'école de l'exégèse en Droit civil*, París, E. de Boccard, 1924, p. 214 ss).

En esto consiste el principio general del abuso de los derechos. Entre los romanos no podía abusarse de un derecho, esto es, ejercerse sin un motivo serio o legítimo.¹²⁰²

No se puede abusar de los propios derechos y, el abstenerse de ejercerlos, cuando ello signifique un perjuicio para otras personas o para la colectividad, o ejercerlos en un sentido contrario a su propio contenido y a los fines sociales del ordenamiento jurídico, constituye un abuso que debe ser sancionado.¹²⁰³

Cuando alguien se niega a celebrar un contrato con un determinado individuo, sin un motivo serio o atendible, causándole así un perjuicio, compromete su responsabilidad.¹²⁰⁴

En el código civil colombiano no existe disposición que establezca tal principio, aunque en varios de sus artículos se hacen importantes aplicaciones del principio del abuso de los derechos (arts. 1002, 2136 y 2138 c.c.col.).¹²⁰⁵

Por su parte, el código colombiano de comercio (art. 830 c.co.col.), expresamente impone a quien abuse de sus derechos, la obligación de indemnizar los perjuicios que ocasione.¹²⁰⁶

Si bien los derechos subjetivos atienden ante todo a necesidades o intereses individuales o privados, cumplen también una función social que los limita y compromete la responsabilidad de sus titulares en la medida en que su su ejercicio o abstención dañe otros derechos.

Crítico de la escuela francesa de la exégesis, como su demoleedor y detractor más caracterizado, v. GÉNY, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo (Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif)*, ob. cit., p. 53 ss; y, respecto del formalismo de la dogmática o pandectística alemana, VON IHERING, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, ob. cit., p. 88.

¹²⁰² LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Manual de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1980, p. 137-

¹²⁰³ VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, ob. cit., t. I, p. 204 ss.

¹²⁰⁴ VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, ob. cit., t. I, p. 205-6.

¹²⁰⁵ Sobre la teoría del abuso del derecho, véase las, para la época, audaces sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Colombia del 6 de septiembre de 1935 (G.J., t. XLII, p. 601 ss); 5 de agosto de 1937 (G.J., t. XLV, 1937, p. 418); 21 de febrero de 1938 (G.J., t. XLVI, p. 56, con cita de las *Conferences de Droit Civil*, París, 1936, de JOSSE RAND); 24 de marzo de 1939 (G.J., t. XLVII, 1938); y 2 de junio de 1958 (G.J., t. LXXXVIII, p. 137 ss). Más recientemente, v. la sentencia del 19 de octubre de 1994.

Al respecto, VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, ob. cit., t. I, p. 206.

¹²⁰⁶ SUESCÚN MELO, *Derecho privado*, ob. cit., p. 12-3. El artículo 1280 del código colombiano de comercio, impone también el deber de indemnización en caso de revocación abusiva del mandato. La jurisprudencia colombiana ha reconocido el principio según el cual, quien cause un daño a otro en ejercicio de un derecho, debe repararlo.

63.2. El principio de buena fe.¹²⁰⁷

La buena fe significa que cada cual debe celebrar sus negocios, cumplir con sus obligaciones y, en general, ejercer sus derechos con probidad, lealtad y sinceridad, de una manera honesta y razonable.¹²⁰⁸

63.2.1. Buena fe activa y buena fe pasiva.

La buena fe se desdobra en dos aspectos: cada persona debe usar para con aquel con quien establece una relación jurídica, una conducta sincera, vale decir, ajustada a las exigencias del decoro social (buena fe activa).¹²⁰⁹

De esta manera, el vendedor está obligado a advertir al comprador sobre los defectos ocultos de la cosa que vende. Si guarda silencio al respecto, podría entonces incurrir en mala fe.¹²¹⁰

En segundo lugar, cada persona tiene derecho a esperar de la otra esa misma lealtad o sinceridad (buena fe pasiva o confianza). A este respecto, el código civil colombiano define la adquisición de la posesión como la conciencia de haberse adquirido la cosa por medios legítimos, exento de fraude y de todo otro vicio (art. 768 c.c.col.).¹²¹¹

63.2.2. Buena fe simple y buena fe exenta de culpa.

La buena fe es susceptible de dos grados: la buena fe simple y la buena fe exenta de culpa o buena fe cualificada, creadora de derechos.

La primera es la que se exige normalmente en los negocios, de forma activa y pasiva, y que la ley protege de forma especial. Si el adquirente de una cosa mueble o inmueble ha obrado de buena fe pero por error adquirió de quien no era propietario, estará obligado a restituir la cosa al verdadero dueño, pero hace suyos

¹²⁰⁷ RODRÍGUEZ YONG, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 34 ss. La buena fe (*bona fides* en el lenguaje jurídico de la Roma republicana), referida a lo «bueno» según la reelaboración pretoriana que remitía a la más antigua *fides*, fe, y, por tanto, desde el punto de vista del pretor, al compromiso de un comportamiento confiable, fundado en la tradición romana como límite a las astucias mercantiles mediterráneas.

Al respecto, SCHIAVONE, *IUS, La invención del derecho en Occidente*, ob. cit., p. 173; STOLFI, Emanuele, *Bonae fidei interpretatio, Ricerche sull'interpretazione di buona fide fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Jovene, Nápoles, 2004, p. 18 ss; TALAMANCA, Mario, "La buona fides nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento", en «*Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti convegno in onore di A. Burdese*», IV, Padua, 2003, p. 13 ss; LOMBARDI, Luigi: *Dalla fides alla bona fides*, Milán, 1961, p. 165 ss; y WIEACKER, Franz, *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*, en ZSS, LXXX, 1963, p. ss.

¹²⁰⁸ SUESCÚN MELO, *Derecho privado*, ob. cit., p. 11-2; y SUMMERS, Robert, «*The conceptualisation of good faith in American contract law: a general account*», en ZIMMERMANN/WHITTAKER, *Good Faith in European Contract Law*, ob. cit., p. 118-44.

¹²⁰⁹ VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, ob. cit., t. I, p. 212 ss.

¹²¹⁰ VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, ob. cit., t. I, p. 212 ss; SUÁREZ FRANCO, Roberto, *Introducción al derecho civil*, Bogotá, Temis, 2008, p. 288; y SUESCÚN MELO, *Derecho privado*, ob. cit., p. 11.

¹²¹¹ VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, ob. cit., t. I, p. 213 ss.

los frutos de la cosa desde el día en que la recibió hasta aquel en que es demandado (art. 964 c.c.col.).¹²¹²

En cambio, el poseedor de mala fe, por ejemplo, el que compró a sabiendas de que el vendedor había robado la cosa, será condenado a restituir la cosa junto con los frutos que ella produjo durante el tiempo en que la hubiese poseído.¹²¹³

Otras aplicaciones de la buena simple se hacen en los artículos 1603 del código civil y 863 y 871 del código de comercio.

La buena fe exenta de culpa tiene efectos superiores a los de la buena simple, como quiera que da nacimiento a derechos subjetivos. Si alguien, en la adquisición de un derecho, comete un error que cualquier persona prudente y diligente, en unas mismas circunstancias, también hubiera cometido (exento de culpa), por tratarse de una adquisición que en su configuración externa tiene todas las apariencias de existencia real, el adquirente es protegido mudando lo falso en verdad y lo meramente aparente en realidad (*error communis facit ius*).¹²¹⁴

Para ello se expropia el derecho o situación a su verdadero titular y se adjudica a quien ha obrado de buena fe exenta de culpa. La buena fe exenta de culpa exige, por tanto, los dos siguientes requisitos:¹²¹⁵

1º La conciencia de que se obra con rectitud o lealtad (elemento subjetivo, común a la buena fe simple); y

2º La seguridad de que quien se presenta como titular del derecho o situación es realmente el titular de aquél o de ésta.¹²¹⁶

La situación jurídica o el derecho deben aparecer exteriormente configurados en cabeza de una persona, de modo que sea imposible dudar de su existencia (elemento objetivo).¹²¹⁷

La jurisprudencia considera la buena fe exenta de culpa como un principio general, aplicable, en consecuencia, a los casos que obedezcan a la máxima *error communis facit ius*, y no sólo a los eventos previstos expresamente en el código civil colombiano.¹²¹⁸

¹²¹² VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *ob. cit.*, p. 214.

¹²¹³ *ob. cit.*, p. 215 ss.

¹²¹⁴ SUESCÚN MELO, *Derecho privado, ob. cit.*, p. 92 ss; VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil, ob. cit.*, t. I, p. 214 ss; y SUÁREZ FRANCO, *Introducción al derecho civil, ob. cit.*, p. 2.

¹²¹⁵ VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil, ob. cit.*, t. I, p. 65.

¹²¹⁶ VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *ob. cit.*, t. I, p. 65.

¹²¹⁷ *ob. cit.*, t. I, p. 65.

¹²¹⁸ Al respecto, v. SCSJ, SCC, de 23 de julio de 1996, en la que la Corte Suprema de Justicia aplicó este principio para dar validez a las hipotecas constituidas de buena fe, aun cuando después se declaren simulados los títulos de enajenación.

63.2.3. Desarrollos legales del principio de buena fe exenta de culpa (teoría de la apariencia de los derechos).¹²¹⁹

El código civil colombiano hace los siguientes desarrollos de la buena fe exenta de culpa:

1º Quien adquiere una cosa mueble en establecimiento comercial abierto al público, adquiere la propiedad, aunque más tarde se pruebe que se adquirió de quien no era dueño (art. 947 c.c.col.).

En este caso se autoriza al verdadero dueño para que de nuevo compre la cosa al comprador mediante indemnización plena, es decir, pago del precio y de las mejoras.¹²²⁰

2º Quien adquiere, mediante un título inscrito en la oficina de instrumentos públicos, un inmueble que se hallaba sujeto a condición resolutoria, pero no expresada en el título, el cumplimiento de tal condición no afecta al adquirente en amparo de su buena fe (art. 1548 c.c.col.).¹²²¹

Al cumplirse la condición resolutoria, se extingue el derecho del tradente y se extinguiría retroactivamente el adquirido por el tercero. Sin embargo, como este no tenía forma de conocer la mencionada condición por no constar en el título, la buena fe exenta de culpa tiene la virtud de neutralizar y dejar sin efecto la resolución del contrato base de la adquisición del derecho.¹²²²

Al cumplirse la condición resolutoria, se extingue el derecho del tradente y se extinguiría retroactivamente el adquirido por el tercero. Sin embargo, como este no tenía forma de conocer la mencionada condición por no constar en el título, la buena

También en las SSCSJ, SCC, de 20 de mayo de 1936 y de 23 de junio de 1958, la Corte, con base en la buena fe exenta de culpa, consideró válida la adquisición de inmuebles efectuada con fundamento en escrituras públicas debidamente otorgadas y registradas, aunque posteriormente se comprobara que la propiedad pertenecía a una sociedad conyugal disuelta pero ilíquida. Igualmente, en las SSCSJ, SCC, de 18 de mayo de 1955 y 5 de mayo de 1961, la Corte Suprema de Justicia, con base en el principio *error communis facit ius*, reconoció la validez de la compra de un inmueble efectuada con fundamento en la copia de escritura firmada por notario, así se hubiera comprobado luego que este no firmó la escritura original.

¹²¹⁹ Entre las diversas aplicaciones que la doctrina y la jurisprudencia extranjera y nacional han derivado del principio de buena fe, cabe mencionar las siguientes: 1º Las partes deben colaborar lealmente para el cabal y oportuno cumplimiento o ejecución del contrato, sin incurrir en prácticas dilatorias; 2º Las partes deben colaborar en el aporte de pruebas en caso de litigio; 3º Cada una de las partes debe obrar con la diligencia y cuidado necesarios para no agravar la situación de la otra; y 4º El contratante que haya sufrido un perjuicio como consecuencia del incumplimiento del otro, debe hacer todo lo que razonablemente esté a su alcance para mitigar el daño (*Mitigation of damages*).

Al respecto, SUESCÚN MELO, *Derecho privado, ob. cit.*, p. 12-3

¹²²⁰ VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil, ob. cit.*, t. III, p. 88; y SUESCÚN MELO, *ob. cit.*, p. 12-3.

¹²²¹ VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil, ob. cit.*, t. III, p. 88.

¹²²² VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *ob. cit.*, t. III, p. 88.

fe exenta de culpa tiene la virtud de neutralizar y dejar sin efecto la resolución del contrato base de la adquisición del derecho.¹²²³

3º Todo contrato celebrado con un incapaz (menores de edad o interdictos judicialmente, por ejemplo), queda afectado de nulidad. Sin embargo, si el incapaz oculta su incapacidad y aparenta que es capaz, no podrá alegarse la nulidad del contrato (art. 1744).¹²²⁴

4º Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efectos contra terceros (art. 1766). En otros términos, la simulación en los contratos no afecta derechos adquiridos por terceros de buena fe.¹²²⁵

Aquí el tercero se atiene a lo pactado en la escritura pública y, con base en ella, adquiere válidamente un derecho o situación jurídica, aunque más tarde la justicia declare que lo pactado en la escritura pública era simulado.¹²²⁶

5º El pago hecho de buena fe a la persona que estaba en posesión del crédito, es válido aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía (art. 1634).

Normalmente, el poseedor del crédito es titular del mismo, de manera que lo que busca dicha disposición es proteger la confianza exenta de toda culpa que el deudor puso en la existencia del crédito en quien lo poseía.¹²²⁷

63.2.4. Criterios de valoración de la buena fe.

Los usos sociales y las buenas costumbres representan el estándar o medida que permite establecer cuándo una persona ha obrado de buena fe. De acuerdo con este criterio objetivo, obra de mala fe quien pretende obtener ventajas o beneficios sin la suficiente probidad que marcan los usos sociales y las buenas costumbres.¹²²⁸

63.3. El principio de equilibrio económico del contrato.

Los contratos deben cumplirse de la forma convenida por los contratantes (*pacta sunt servanda*, art. 1602 c.c.col.), pero puede suceder que durante su ejecución se produzca un hecho imprevisto que altere el equilibrio o la equivalencia de las prestaciones que existía al momento de la celebración del contrato.¹²²⁹

¹²²³ *ob. cit.*, t. III, p. 88.

¹²²⁴ *ob. cit.*, t. III, p. 88; y SUÁREZ FRANCO, *Introducción al derecho civil, ob. cit.*, p. 288.

¹²²⁵ SUÁREZ FRANCO, *ob. cit.*, p. 288.

¹²²⁶ VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil, ob. cit.*, t. III, p. 88; y SUESCÚN MELO, *Derecho privado, ob. cit.*, p. 116 ss.

¹²²⁷ SUESCÚN MELO, *ob. cit.*, p. 116 ss..

¹²²⁸ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas, ob. cit.*, p. 106 ss; *Id.*, *El juicio de abusividad, ob. cit.*, p. 4-32; *Id.*, *El principio de proporcionalidad, ob. cit.*, p. 4-36.

De esta manera, cuando dicho equilibrio se rompe y uno de los contratantes resulta injustificadamente lesionado, tiene derecho a que se revisen las prestaciones del contrato con fundamento en un elemental principio de equidad (*rebus sic stantibus*).¹²³⁰

A diferencia del código de comercio, el código civil colombiano no enuncia la regla del equilibrio económico del contrato, o la de la imprevisión contractual, aunque en su artículo 2060 hace una importante aplicación de este principio: el constructor puede pedir aumento del precio cuando circunstancias desconocidas ocasionaren costos que no pudieron preverse.¹²³¹

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, con fundamento en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, pese a la falta de previsión legislativa, el principio de equilibrio contractual sirve de base a la formulación judicial de normas jurídicas concretas.¹²³²

64. El régimen general de abusividad contractual.

64.1. Antecedentes del régimen general de cláusulas abusivas.

Antes de la Ley 1480 de 2011, no había en Colombia una regulación general de las relaciones de consumo, ni de los derechos y deberes de los consumidores (arts. 1º y 3º EC), como tampoco de la responsabilidad de productores y proveedores.¹²³³

Salvo algunas disposiciones en materia de seguros y el propio artículo 830 del código de comercio, que proscribe el abuso del derecho, como antecedentes de las anteriores disposiciones sobre abusividad contractual pueden mencionarse, como veremos más adelante, las leyes 142 de 1994 (servicios públicos domiciliarios), 1328 de 2009 (consumidor financiero) y 1341 de 2009 (usuarios de servicios de comunicaciones).¹²³⁴

¹²²⁹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss.

¹²³⁰ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 106 ss.

¹²³¹ El artículo 868 del código colombiano de comercio otorga a la parte afectada la acción de revisión contractual y al juez la potestad de ordenar el reajuste que la equidad le indique, y si esto no fuere posible, la de decretar la terminación del contrato. Dicha regla se aplica a los contratos de ejecución sucesiva que no sean aleatorios.

¹²³² Al respecto, v. SSCSJ, SCC, de 29 de octubre de 1936 y de 23 de mayo de 1938.

¹²³³ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss; *Id.*, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹²³⁴ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss.

A partir de reglas clásicas del código civil (art. 16) y del código de comercio (art. 830), la noción de cláusula abusiva fue abordada en Colombia inicialmente por la doctrina del derecho privado y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.¹²³⁵

En efecto, antes de la regulación legal, las primeras referencias sobre la materia fueron hechas por la doctrina, la que introdujo en la discusión nacional la noción y el tratamiento que en el derecho comparado se daba a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.¹²³⁶

Según la Corte Suprema de Justicia, tanto el dinamismo del mercado como la producción masiva de bienes y servicios determinaron la aparición de los contratos de adhesión, principalmente de los provistos de condiciones generales, en los que el consumidor que pretende un bien o servicio acepta o rechaza en bloque el clausulado contractual que se le presenta.¹²³⁷

En aras de corregir la asimetría que presenta la relación de los consumidores y quienes tienen el poder de negociación y el conocimiento técnico del proceso de producción, la mayoría de legislaciones prohíben, como forma de intervenir en la autonomía de los particulares, las estipulaciones contractuales que causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio grave e injustificado de las obligaciones derivadas del contrato.¹²³⁸

¹²³⁵ VALBUENA QUIÑONES, Gustavo, «Reflexiones sobre el tratamiento de las cláusulas abusivas en Colombia», en VALDERRAMA ROJAS, *Perspectivas del Derecho del consumo*, ob. cit., p. 392. La orientación marcadamente individualista, propia de las corrientes liberales del siglo XVIII, con la que el código civil colombiano de 1873 acogió el principio de autonomía privada, ha sido matizada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a partir del Acto Legislativo 1 de 1936, que hizo referencia explícita a la función social de la propiedad y la intervención del Estado en las actividades económicas de los particulares, así como por la Constitución de 1991, que si bien reconoce la propiedad privada y la libertad de empresa, asigna a ambos derechos una función social que legitima la dirección general de la economía por parte del Estado y la potestad de éste de intervenirla por mandato de la ley.

En el marco de la protección de los derechos e intereses colectivos, el constituyente de 1991 optó por salvaguardar los intereses de los consumidores frente a los abusos por parte de los productores y proveedores de bienes y servicios (art. 78). La actuación de estos, en efecto, tiene sus límites en los derechos de los consumidores, so pena de las sanciones previstas en la ley.

Al respecto, VALBUENA QUIÑONES, *Reflexiones sobre el tratamiento de las cláusulas abusivas en Colombia*, ob. cit., p. 406-11.

¹²³⁶ VALBUENA QUIÑONES, ob. cit., p. 415.

¹²³⁷ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss.

¹²³⁸ Al respecto, v., por ejemplo, SCSJ, SC de 19 de octubre de 1994 (magistrado ponente: Jaramillo Schloss), en la que se define a las cláusulas abusivas como aquellas estipulaciones reprobadas por el ordenamiento en virtud del empleo excesivo o anormal del poder de negociación o de la posición dominante, que causen un desequilibrio económico injusto o carente de legitimidad.

En la SCSJ, de 2 de febrero de 2001, la Corte Suprema de Justicia señaló los siguientes rasgos característicos de la cláusula abusiva: 1º Que no haya sido individualmente negociada; 2º Que lesione los requerimientos emergentes de la buena fe negocial; y 3º Que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y obligaciones de las partes.

En este sentido, v. RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 197; y VALBUENA QUIÑONES, *Reflexiones sobre el tratamiento de las cláusulas abusivas en Colombia*, ob. cit., p. 399.

Por lo demás, con fundamento en principios como el abuso del derecho, en especial en el ejercicio abusivo de la libertad contractual,¹²³⁹ o buena fe,¹²⁴⁰ así como en disposiciones legales como los artículos 16 del código civil (según el cual “*no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres*”) y 830 del código de comercio (“*el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause*”), la Corte Suprema de Justicia ha aplicado a casos concretos la noción general de cláusula abusiva.¹²⁴¹

64.2. Contenido del régimen general de abusividad contractual.

Siguiendo de cerca el modelo español del TRLGDCU, las normas básicas en materia de abusividad contractual contenidas en el estatuto colombiano de protección del consumidor se relacionan con las siguientes materias:¹²⁴²

1º El carácter imperativo o de orden público de las normas que lo integran, lo que supone la prohibición de eludir su aplicación mediante el reenvío a regulaciones sectoriales especiales, frente a las cuales las normas generales del estatuto representan el mínimo de protección de los consumidores (art. 4º EC).

2º Los principios de interpretación favorable e *in dubio pro consumatore*, conforme a los cuales las condiciones generales de los contratos de adhesión, así como los requisitos que deben cumplir éstas, han de ser interpretadas de la manera más favorable al consumidor, so pena de ser declaradas ineficaces (arts. 34 y 37 EC).

3º Como derecho de los consumidores, el estatuto colombiano establece la protección contractual frente a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (arts. 3º, num.1.6; y 5º, num. 4).

También en el marco de los contratos de adhesión, a los productores y proveedores está prohibido incluir cláusulas que les permitan modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones (art. 38).

4º El juicio de abusividad como mecanismo de protección contractual del consumidor frente a la contratación predispuesta, aunque limitado, como hemos dicho, al control material de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y como el instrumento más importante de armonización de los intereses de ambos

¹²³⁹ RENGIFO GARCÍA, *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, ob. cit., p. 190-1; y POSADA TORRES, *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano*, ob. cit., p. 12. Sobre este particular, v., además, Laudo arbitral del 1º de diciembre de 2006, Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

¹²⁴⁰ ROPPO, *Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos*, ob. cit., p. 59.

¹²⁴¹ VALBUENA QUIÑONES, *Reflexiones sobre el tratamiento de las cláusulas abusivas en Colombia*, ob. cit., p. 416-9.

¹²⁴² CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss.

contratantes, de indemnidad del equilibrio contractual y de protección del contratante débil.¹²⁴³

En este sentido, el juicio de abusividad limita el ejercicio de la autonomía del predisponente, mantiene el equilibrio entre las partes y protege al consumidor que no ha tenido la posibilidad de participar en la definición del contenido del contrato, limitándose a aceptar lo predispuesto por el profesional o empresario.¹²⁴⁴

Desde un punto de vista normativo, la regulación legal de la abusividad en los contratos de consumo se articula en torno a una prohibición de abuso y un mandato de ponderación (art. 42 EC), complementados con una lista enunciativa o no exhaustiva de cláusulas *prima facie* abusivas (art. 43 EC).¹²⁴⁵

A diferencia de la fórmula general de abusividad del derecho español (art. 82 TRLGDCU), que centra la noción de cláusula abusiva en el concepto de desequilibrio importante del contrato, la prohibición de abuso del estatuto colombiano lo hace, a su turno, sobre el concepto de desequilibrio injustificado y en la necesidad de valorar, de forma circunstanciada, todas las condiciones particulares del contrato (mandato de ponderación).¹²⁴⁶

La prohibición general pretende ser comprensiva de todos los supuestos posibles de abusividad, en tanto que la lista enunciativa y no exhaustiva contiene tan solo supuestos *prima facie* abusivos, frecuentemente incorporados a los contratos celebrados con consumidores, dejando abierta la posibilidad de declarar abusivo, en los casos concretos, a partir de la fórmula general, cualquier supuesto no previsto *ab initio* en tal catálogo.¹²⁴⁷

Ahora bien, entre la prohibición de abuso y la lista de cláusulas abusivas, existe no sólo una relación de concreción normativa, sino también un nexo material de fundamentación, en el sentido de que no basta, para que una cláusula sea considerada abusiva, que la misma se subsuma en alguno de los supuestos previstos en la lista, sino que requiere, además, que produzca, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en los derechos y obligaciones derivados del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares de su celebración y ejecución.¹²⁴⁸

5º El desequilibrio injustificado en que consiste la cláusula abusiva, no se refiere a los elementos esenciales del contrato, esto es, ni al bien o servicio objeto de este,

¹²⁴³ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 106 ss.

¹²⁴⁴ RODRÍGUEZ YONG, *Cláusulas abusivas, ob. cit.*, p. 27.

¹²⁴⁵ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas, ob. cit.*, p. 106 s

¹²⁴⁶ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 106 ss.

¹²⁴⁷ VALBUENA QUIÑONES, *Reflexiones sobre el tratamiento de las cláusulas abusivas en Colombia, ob. cit.*, p. 424.

¹²⁴⁸ MIQUEL GONZÁLEZ, *Artículo 10 bis, ob. cit.*, p. 894.

ni a su contraprestación o precio, aspectos estos que, por ser materia de negociación individual, el estatuto deja al libre juego del mercado y de la competencia, quedando a salvo la carga del profesional de formularlos de manera clara y comprensible (art. 37 EC).¹²⁴⁹

Por el propósito protector que lo anima, el control material de abusividad se centra, en la reglamentación del contenido predispuesto o no negociado del contrato.

6º Por último, el estatuto colombiano sanciona la inclusión de cláusulas abusivas con la nulidad de éstas, sanción que no afecta la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas declaradas nulas (arts. 42, inc. final y 44 EC).

El artículo 43 EC establece, en este mismo sentido, que la nulidad o ineficacia de una cláusula no afecta la totalidad del contrato en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces. Cuando el contrato subsista, la autoridad competente aclarará cuales serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente.¹²⁵⁰

64.2.1. La lista de cláusulas *prima facie* abusivas.

El artículo 43 EC establece que son ineficaces de pleno derecho las siguientes cláusulas:¹²⁵¹

- 1º Las que limiten la responsabilidad legal del productor o proveedor;
- 2º Impliquen la renuncia de los derechos legales del consumidor;
- 3º Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
- 4º Trasladen al consumidor, o un tercero que no sea parte del contrato, la responsabilidad del productor o proveedor;
- 5º Las que permiten que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado;
- 6º Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumplan sus obligaciones;

¹²⁴⁹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss.

¹²⁵⁰ Si bien los artículos 42 y 43 EC se refieren a la ineficacia de pleno derecho, el artículo 44 EC habla de nulidad para referirse a los efectos de la incorporación de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, lo que, interpretado de manera completa y sistemática, evidencia claramente la intención del legislador de anticipar, como consecuencia jurídica, la nulidad de las cláusulas declaradas abusivas.

Al respecto, VALBUENA QUIÑONES, *Reflexiones sobre el tratamiento de las cláusulas abusivas en Colombia*, ob. cit., p. 421-2.

¹²⁵¹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss.

7º Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo;

8º Impidan al consumidor resolver el contrato en caso de que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero;

9º Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de ésta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo;

10º Incluyan el pago de intereses no autorizados legamente;

11º Impongan al consumidor, para la terminación del contrato, mayores requisitos que los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas;

12º Obliguen al consumidor a acudir a la jurisdicción arbitral;

13º Eliminen o restrinjan la facultad del usuario del bien para hacer efectiva directamente, ante el productor o proveedor, las garantías legales en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles;

14º Establezcan la renovación automática y que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento, o que le impongan sanciones por la terminación anticipada del contrato.¹²⁵²

64.3. Ámbito objetivo de aplicación: los contratos de adhesión como objeto exclusivo del control material de abusividad.

Como fue visto, el contenido predispuesto de los contratos de adhesión (sus cláusulas o condiciones no negociadas), constituye el ámbito objetivo al que de manera exclusiva el estatuto colombiano limita la aplicación de las normas que establecen el control material de abusividad contractual (num. 1.6 del artículo 3º EC).¹²⁵³

La restricción del ámbito objetivo de aplicación al campo exclusivo de los contratos de adhesión se explica porque este tipo de contratos favorece la imposición de cláusulas abusivas, de la que el empresario se aprovecha, a falta de discusión, para introducir, por la vía de la predisposición, cláusulas o condiciones que apuntalan su posición contractual dominante.¹²⁵⁴

¹²⁵² CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss.

¹²⁵³ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 88; y RODRÍGUEZ YONG, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 42.

¹²⁵⁴ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 88.

La desigualdad de las partes constituye el elemento estructural definitorio del contrato de adhesión, como quiera que el contenido contractual es impuesto unilateralmente por el predisponente.¹²⁵⁵

Dicho esquema negocial se caracteriza por su rigidez o inalterabilidad, ya que al suprimir las tratativas previas y la negociación individual de cada cláusula, impide al adherente discutir el contenido predispuesto del contrato.¹²⁵⁶

Ahora bien, tal contenido predispuesto puede ser a condiciones generales o a condiciones particulares, según que las mismas se incorporen a una pluralidad de contratos o a un contrato en particular (art. 1:1 LCGC).¹²⁵⁷

El contenido predispuesto de los contratos de adhesión se caracteriza entonces por las dos siguientes notas:¹²⁵⁸

1º Por una parte, su preparación y redacción previa por el propio profesional o empresario predisponente, o por un tercero, con la consecuente imposibilidad para el consumidor de influir sobre tal contenido.¹²⁵⁹

Las cláusulas del contrato son presentadas al adherente o consumidor previamente redactadas, bien por el predisponente mismo, bien por otra persona o entidad, o bien porque hayan sido reproducida total o parcialmente de formularios o modelos tipo.¹²⁶⁰

2º Por otra parte, la imposición unilateral de las cláusulas o condiciones no negociadas individualmente, lo que se traduce en la inevitabilidad de estas para el consumidor si desea obtener el bien o servicio de que se trate.¹²⁶¹

¹²⁵⁵ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 106 ss.

¹²⁵⁶ STIGLITZ, Rubén, *Derecho de seguros*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, p. 88.

¹²⁵⁷ Para el caso español, esta última disposición establece que las condiciones generales, como contenido contractual predispuesto, puede tener lugar en cualquier tipo de contrato privado (mercantil o de consumo), aunque la ley no establece un sistema general de control del contenido contractual, limitando la fiscalización de la abusividad al ámbito de los contratos celebrados con consumidores (art. 8º), llamados también B2C (*Business to Consumers*), por la calidad de las partes.

En efecto, el artículo 8.2 LCGC sanciona en particular la nulidad de las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, con la consiguiente inaplicación de la sanción de nulidad a las posibles cláusulas abusivas de los contratos celebrados entre profesionales, que no tendrán más protección que la prevista por el derecho común (art. 6.3 c.c.esp.).

Al respecto, CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, *ob. cit.*, p. 42.

¹²⁵⁸ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 106 ss.

¹²⁵⁹ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 106 ss.

¹²⁶⁰ STIGLITZ, *Derecho de seguros*, *ob. cit.*, p. 47-51.

¹²⁶¹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 88.

64.4. Supuestos de exclusión e inclusión del control material de abusividad.

El régimen de protección contractual frente a las cláusulas abusivas y el juicio de abusividad mediante el cual se precisa o especifica el control material de éstas, como derecho subjetivo y mecanismo de protección de los consumidores frente a la contratación predispuesta, se encuentra limitado a los contratos de adhesión (arts. 3º, num.1.6 EC), a los que el estatuto colombiano define como aquellos “*en que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no pueda modificarlas o hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas*” (art. 5º, num. 4 EC).¹²⁶²

Ahora bien, a diferencia de su homólogo español, el estatuto colombiano del consumidor no se refiere a las prácticas no consentidas, ni a las conocidas como “*cláusulas declarativas*”, que incorporan al contrato una norma jurídica preexistente (art. 82.1 TRLGDCU).¹²⁶³

La escueta referencia a los contratos de adhesión que hace el estatuto, plantea entonces el problema de saber si en el caso colombiano, atendiendo la finalidad tuitiva y protectora del derecho contractual del consumo, el control material de abusividad puede ser extendido a tales prácticas.¹²⁶⁴

También si, rechazando una interpretación literal de la norma y distinguiendo entre el contenido negociado y el contenido predispuesto, se debe excluir del control material de abusividad tanto las cláusulas declarativas como las estipulaciones individualmente negociadas de los contratos de adhesión, en especial las que se refieren contenido económico del contrato o a sus elementos esenciales: el precio o retribución y los bienes o servicios que han de proporcionarse como contrapartida.¹²⁶⁵

Como quiera que tales extremos reflejan la autonomía y consentimiento de las partes, extender a ellos el control material de abusividad contradiría el propósito protector del legislador de limitar tal mecanismo al contenido predispuesto de los contratos de adhesión, porque es éste el que refleja la asimetría y la posibilidad de desequilibrios injustificados por parte del predisponente.¹²⁶⁶

64.4.1. Contenido predispuesto y contenido negociado del contrato.

Por estipulaciones no negociadas individualmente se entienden las cláusulas, condiciones o estipulaciones propiamente dichas que, impuestas unilateralmente

¹²⁶² CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

¹²⁶³ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 88.

¹²⁶⁴ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

¹²⁶⁵ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-32.

¹²⁶⁶ ob. cit., p. 4-32.

por el predisponente, constituyen un precepto negocial autónomo, susceptible de ser individualizado del resto de la reglamentación y potencialmente apto para producir un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.¹²⁶⁷

Ahora bien, los contratos de adhesión pueden ser a condiciones generales o a condiciones particulares, según se pretenda incorporar tales condiciones a una pluralidad de contratos o a uno solo en particular. De esta manera, el contenido predispuesto del contrato lo conforman las condiciones generales o particulares, según el caso, sobre las cuales recae de manera exclusiva el control material de abusividad.¹²⁶⁸

Puede suceder, sin embargo, como ocurre en el contrato de seguro, que una o varias cláusulas o condiciones de un contrato de adhesión, bien a condiciones generales, bien a condiciones particulares, sea objeto de libre negociación entre el empresario y el consumidor, llamadas precisamente “cláusulas individualmente negociadas”, las cuales se hallan legalmente excluidas del control material de abusividad por ser expresión de la autonomía de las partes y objeto del consentimiento de éstas.¹²⁶⁹

Existe, pues, una clara diferencia entre el contenido predispuesto (condiciones generales y particulares), y el contenido individualmente negociado de los contratos de adhesión o, en otras palabras, entre las cláusulas predispuestas y las cláusulas negociadas de estos, que se refleja en el sometimiento o exclusión que la ley hace, según el caso, de cada uno de ellos respecto del control material de abusividad.¹²⁷⁰

64.4.2. Presunción legal de predisposición o no negociación.

Ahora bien, del hecho de haber existido negociación respecto de una o varias cláusulas, o de haberse insertado una o varias condiciones individualmente negociadas, no se sigue que las demás cláusulas del contrato pierdan su carácter de condiciones generales (art. 40 EC), las cuales deberán cumplir las exigencias formales de incorporación so pena de ineficacia (art. 37 EC), y podrán ser declaradas abusivas en la medida en que produzcan un desequilibrio injustificado del contrato (arts. 3º, num. 1.6; y 42 EC).¹²⁷¹

La negociación individual de una cláusula o condición corresponderá probarla, en todo caso, al predisponente.¹²⁷²

¹²⁶⁷ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 73.

¹²⁶⁸ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 88.

¹²⁶⁹ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

¹²⁷⁰ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 73.

¹²⁷¹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss.

¹²⁷² CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 73.

64.4.3. La exclusión del control de abusividad de las cláusulas individualmente negociadas de los contratos de adhesión.

Siguiendo una interpretación teleológica del estatuto colombiano, podríamos concluir, en efecto, que éste limita el control material de abusividad a las estipulaciones no negociadas individualmente, vale decir, al contenido predispuesto, en estricto sentido, de los contratos de adhesión, pese a la escueta referencia que el numeral 1.6 del artículo 3º EC hace a este tipo de contratos, sin distinguir entre el contenido negociado y el contenido predispuesto.¹²⁷³

Lo contrario llevaría a admitir, siguiendo una interpretación literal de la disposición, que el control material de abusividad recaería indistintamente sobre cualquier cláusula del contrato de adhesión, predispuesta o negociada, lo que sobrepasaría el propósito protector perseguido por el legislador de limitar la tutela del consumidor al contenido predispuesto del contrato, precisamente porque tal contenido refleja la asimetría contractual de las partes y la posibilidad de abuso y de desequilibrios injustificados por parte del predisponente.¹²⁷⁴

64.4.4. La exclusión del control material de abusividad del contenido económico del contrato.

El control material de abusividad recae exclusivamente sobre el contenido predispuesto o no negociado del contrato. Las cláusulas de los contratos de adhesión, sean a condiciones generales o particulares, están llamadas a ser parte, como segmento predispuesto, del contenido del contrato perfeccionado por el consentimiento de las partes sobre un objeto y su contraprestación (segmento negociado).¹²⁷⁵

La función de tales condiciones es dotar al contrato de un programa normativo o reglamentario, así tal programa contractual no brote de las fuentes formales del derecho (ley, reglamento, uso o costumbre), sino de la voluntad exclusiva de la parte predisponente y de la adhesión del consumidor.¹²⁷⁶

¹²⁷³ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss.

¹²⁷⁴ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 88.

¹²⁷⁵ ob. cit., p. 88.

¹²⁷⁶ La validez de las condiciones generales o particulares de los contratos de adhesión es contractual y no normativa en el sentido de que proviene de las declaraciones de voluntad de las dos partes del contrato: el acto de predisposición del profesional o empresario (preparación e imposición), y el acto de adhesión del adherente (rechazo o aceptación). En ese sentido, tales condiciones tienen carácter contractual y valen como una declaración de las partes, al margen de las fuentes de integración normativa.

Sin embargo, la fuente de legitimación negocial de los contratos de adhesión no es el consentimiento, sino el cumplimiento de los requisitos formales de incorporación establecidos en la ley. En otras palabras, la contractualidad de las condiciones generales y particulares, como parte integrante del contenido predispuesto del contrato, no permite afirmar que la obligatoriedad de las mismas derive del consentimiento de las partes, sino del cumplimiento de los requisitos de incorporación previstos en la ley.

Al respecto, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 426; y STIGLITZ, *Derecho de seguros*, ob. cit., p. 47-51.

Por esta razón, el desequilibrio contractual difícilmente podrá resultar de la falta de adecuación del precio o remuneración que debe pagar el usuario con relación al bien o servicio suministrado por la empresa, pues estas son cuestiones sobre las que las partes consienten libremente.¹²⁷⁷

La ley española excluye del control de contenido a las cláusulas que se refieran a elementos esenciales del contrato: la apreciación del carácter abusivo no se referirá a la definición del objeto principal, ni a la adecuación entre precio y retribución, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida.¹²⁷⁸

Se pretende con dicha prohibición evitar el control judicial de precios, y que la determinación del contenido económico del contrato se mantenga en manos de las partes, no del juez.¹²⁷⁹

La razón de tal limitación es que el precio o la contraprestación no son elementos impuestos por el empresario, sino libremente discutidos por las partes.¹²⁸⁰

64.4.5. Otros supuestos de no negociación.

También hacen parte del contenido predispuesto o no negociado del contrato de adhesión las cláusulas o condiciones, generales o particulares, en cuya formación el adherente no haya tenido participación, o cuando su participación haya sido insignificante o carente de importancia frente al contenido global del contrato y la importancia de las condiciones impuestas unilateralmente por el predisponente.¹²⁸¹

Tampoco existe negociación individual de las cláusulas o condiciones del contrato, no sólo cuando dicha negociación sea imposible, sino cuando ella, de facto, no existe, o cuando la negociación no conduce a resultado alguno.¹²⁸²

64.4.6. La exclusión del control de abusividad de las “cláusulas declarativas”.

En el caso de las cláusulas declarativas, la razón de su exclusión del control material de abusividad es la presunción de licitud que acompaña a tales cláusulas, en virtud de la cual se considera equilibrada, salvo prueba en contrario, la ponderación de derechos y obligaciones efectuada por el legislador.¹²⁸³

¹²⁷⁷ STIGLITZ, *ob. cit.*, p. 47-51; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión, ob. cit.*, p. 88.

¹²⁷⁸ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas, ob. cit.*, p. 106 ss.

¹²⁷⁹ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 106 ss; CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor, ob. cit.*, p. 73; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión, ob. cit.*, p. 88.

¹²⁸⁰ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 106 ss; CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 73; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *ob. cit.*, p. 88.

¹²⁸¹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas, ob. cit.*, p. 106 ss.

¹²⁸² STIGLITZ, *Derecho de seguros, ob. cit.*, p. 47-51.

¹²⁸³ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor, ob. cit.*, p. 81-4.

En este sentido, se excluirían del control de abusividad las condiciones generales que reflejen disposiciones o principios previstos en convenios internacionales en los que Colombia sea parte, así como las reguladas por una disposición legal o administrativa de carácter general, que sea de aplicación obligatoria para los contratantes. En este caso se excluye del control a la condición general que ha de integrar el contrato, no ya por voluntad de las partes, sino por disposición de la ley.¹²⁸⁴

Ahora bien, la exclusión de cláusulas declarativas en materia de control de contenido, se extiende incluso a las cláusulas predispuestas que no conformen estrictamente condiciones generales. Por esta vía queda fuera de duda la exclusión de control de abusividad de cláusulas que incorporen disposiciones legales, sean imperativas o dispositivas.¹²⁸⁵

En España, como fue visto, los artículos 80 y 82 del TRLGDCU son claros al establecer la sujeción a tales normas de toda cláusula no negociada, sin excepción alguna.¹²⁸⁶

64.4.7. La extensión del control de abusividad a las prácticas no consentidas.

Las prácticas no consentidas expresamente hacen referencia a los obstáculos no contractuales que impiden el ejercicio de los derechos reconocidos a los consumidores, en especial los que obstruyen o dificultan el ejercicio de la facultad de poner fin al contrato.¹²⁸⁷

Tales actos, omisiones, conductas, comunicaciones o manifestaciones no se integran al contrato, ni pueden ser tratados como auténtico contenido contractual, ni equipararse sin más a las cláusulas contractuales.¹²⁸⁸

Sin embargo, en determinadas circunstancias, tales prácticas podrían ser objeto del juicio de abusividad si se tiene en cuenta que el fin perseguido por el legislador al prohibir las cláusulas abusivas es el mismo que se buscaría al moderar o erradicar

¹²⁸⁴ CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 81-4; y DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 426.

¹²⁸⁵ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, *ob. cit.*, p. 81-4.

¹²⁸⁶ Las cláusulas que en la contratación con consumidores inserten disposiciones de naturaleza reglamentaria que, por producir un desequilibrio significativo en perjuicio del consumidor y a despecho de las exigencias de la buena fe, deben ser sencillamente inaplicadas por el juzgador, y ello por imperativo del propio sistema de fuentes que somete al juez al principio de jerarquía normativa y le impide desconocer normas de rango superior, como es el TRLGDCU, que en este caso no establece excepción alguna.

En este sentido, pese a la posición en contrario sostenida por el Tribunal Supremo (SSTS de 3 de noviembre de 2006 y 9 de mayo de 2013), el control de contenido ha sido extendido de *facto* por las Audiencias Provinciales sobre los contratos normados inscritos en el ámbito de servicios públicos, cuyo contenido es fijado en normas de naturaleza reglamentaria y aplicación imperativa. STJUE de 21 de marzo de 2013 (Asunto RWE Vertrieb AG/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e. V).

Al respecto, CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, *ob. cit.*, p. 81-4.

¹²⁸⁷ CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 81-4.

¹²⁸⁸ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 106 ss.

los obstáculos que impiden el ejercicio de los derechos del consumidor, siempre, claro está, que tales actos produzcan un desequilibrio injustificado del contrato (art. 42 EC).¹²⁸⁹

64.5. El control de abusividad de las condiciones generales de los contratos de adhesión.

Como hemos visto, un rasgo distintivo de los contratos de adhesión es que su contenido predispuesto, las cláusulas o condiciones generales o particulares, como consecuencia de la supresión de las tratativas previas y de la negociación individual de cada una de ellas, es preparado e impuesto unilateralmente por el predisponente, al cual se adhiere en bloque el consumidor si desea obtener el bien o servicio que necesita.¹²⁹⁰

Aunque el legislador colombiano no limita el control material de abusividad a las condiciones generales de los contratos, sino que lo extiende a todo el contenido predispuesto de éstos (lo que incluye a las condiciones particulares), dada su frecuencia en el tráfico y su importancia económica y social, centraremos nuestra atención en las condiciones generales como objeto principal de dicho control, y a falta de una definición legal, por ellas entendemos las cláusulas o estipulaciones predispuestas, vale decir, no negociadas individualmente, preparadas e impuestas unilateralmente por el predisponente para ser incorporadas a una pluralidad de contratos (Cap. II, arts. 37-4 EC).¹²⁹¹

64.6. Requisitos de las condiciones negociales generales.

De acuerdo con lo anterior, los requisitos para calificar una cláusula como condición general de contratación son, cumulativamente, los siguientes: 1. Contractualidad (v. *supra*, Primera parte, Tít. II, Cap. I);¹²⁹² 2. Predisposición (preparación unilateral); 3. Imposición (predisposición unilateral); y 4. Uniformidad o generalidad.

¹²⁸⁹ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 106 ss; e *Id.*, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32.

¹²⁹⁰ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-32; y RODRÍGUEZ YONG, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 49.

¹²⁹¹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 88. En el derecho español, de acuerdo con lo dispuesto en la LCGC, son condiciones generales de contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos (art. 1º).

¹²⁹² La validez de las condiciones generales es contractual y no normativa en el sentido de que proviene de las declaraciones de voluntad de las dos partes del contrato: el acto de predisposición del profesional o empresario (preparación e imposición), y el acto de adhesión del adherente (rechazo o aceptación). En ese sentido, las condiciones generales tienen carácter contractual y valen como una declaración de las partes, al margen de las fuentes de integración normativa.

Sin embargo, la fuente de legitimación negocial de los contratos de adhesión a condiciones generales no es el consentimiento, sino el cumplimiento de los requisitos formales de incorporación establecidos en la ley. En otras palabras, la contractualidad de las condiciones generales (como parte integrante del contenido del contrato), no permite afirmar que la obligatoriedad de las mismas derive del consentimiento de las partes, sino del cumplimiento de los requisitos de incorporación previstos en la ley.

64.6.1. La predisposición (preparación unilateral).

Este requisito se refiere a la necesidad de que las condiciones generales hayan sido preparadas con anterioridad a la conclusión del contrato al que se incorporan, ya sea por el propio predisponente o por un tercero.¹²⁹³

Lo relevante para que una cláusula sea considerada predispuesta, es que no haya habido negociación entre las partes en la fase precontractual. Por tanto, no son cláusulas predispuestas y, en consecuencia, no son condiciones generales, aquellas cláusulas redactadas unilateralmente antes de la celebración del contrato, tras una fase de negociación entre las partes.¹²⁹⁴

Para efectos de la predisposición es indiferente la autoría material de las condiciones: como hemos visto (*supra* Cap. IV), pueden ser redactadas por el predisponente o por un tercero (otros empresarios, organizaciones o asociaciones empresariales, o simplemente encargada su elaboración a abogados, o copiado su texto de formularios o modelos preimpresos), con independencia también de su apariencia externa o de su extensión.¹²⁹⁵

Ahora bien, a la potestad del predisponente de preparar unilateralmente el contenido normativo del contrato, corresponde también un deber especial de transparencia a su cargo, deber que se concretiza en la obligación de garantizar que el adherente conozca efectivamente los derechos y obligaciones que se derivan del contrato, mediante una redacción clara y comprensible de las condiciones generales (art. 37, num. 2, EC), en especial de las que establecen el monto total del precio y su relación con el bien o servicio objeto de la contraprestación.¹²⁹⁶

Por otra parte, la ley española presume la falta de negociación de las condiciones generales en los contratos celebrados con consumidores, presunción *iuris tantum* en virtud de la cual corresponde al predisponente la carga de la prueba en la medida en que pretenda los efectos de una cláusula negociada de forma individual.¹²⁹⁷

Por aplicación del principio *contra proferentem*, corresponde a éste probar, si pretende excluir el carácter general de las condiciones, la existencia de negociación individual. El adherente, en otros términos, no tiene que probar la imposibilidad de negociación o la falta efectiva de ésta.¹²⁹⁸

¹²⁹³ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 88.

¹²⁹⁴ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 88.

¹²⁹⁵ *ob. cit.*, p. 88.

¹²⁹⁶ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 446.

¹²⁹⁷ DíEZ-PICAZO, *ob. cit.*, p. 446.

¹²⁹⁸ *ob. cit.*, p. 446.

64.6.2. Imposición unilateral.

Lo que singulariza, sin embargo, el carácter de condición general de una cláusula contractual, no es sólo su preparación unilateral sino principalmente su imposición, es decir, la ausencia de consentimiento.¹²⁹⁹

En efecto, son condiciones generales las cláusulas relativas a los aspectos normativos del contrato, que no son objeto de elección entre las diferentes ofertas del mercado, como ocurre con el bien o servicio y su contraprestación, objeto del consentimiento de las partes.¹³⁰⁰

Más que a la preparación de las condiciones generales, la predisposición se refiere en estricto sentido a la imposición unilateral de las mismas al adherente, sin la posibilidad para este de discutir su contenido.¹³⁰¹

En consecuencia, las condiciones generales se corresponden con la idea general de adhesión: si el adherente quiere el contrato, o el bien o servicio que constituye su objeto, lo ha de querer en los términos fijados unilateralmente por el predisponente y con el contenido precisamente definido por éste. La adhesión en este caso equivale a falta de negociación o la negación de efectos a cualquier negociación.¹³⁰²

64.6.3. Generalidad y uniformidad.

Este requisito alude a la posibilidad de que las condiciones generales sean incorporadas al contenido de una pluralidad de contratos, o mejor, que hayan sido preparadas con el propósito de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.¹³⁰³

Por tanto, no se trata de que sean uniformes o iguales las condiciones generales de todos los contratos del mismo tipo que celebre el empresario, sino de que exista la intención o el propósito de incorporar al contenido de una pluralidad de contratos tales condiciones generales.¹³⁰⁴

Prueba de dicha generalidad podría ser la demostración de que el bien o servicio que constituye el objeto del contrato se produce o distribuye en forma masiva, sin

¹²⁹⁹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 88; y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 446.

¹³⁰⁰ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss.

¹³⁰¹ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 106 ss.

¹³⁰² La nota clave de las condiciones generales es que las mismas son impuestas por el predisponente de manera unilateral al adherente, sin que éste tenga ocasión de discutir el contenido de dichas condiciones, limitándose a rechazar o aceptar la celebración del contrato. La imposición unilateral de las condiciones generales significa que, si el adherente quiere el contrato, lo ha de querer, necesariamente, con ese contenido, si pretende obtener el bien o servicio al que el contrato se refiere.

Al respecto, Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 446.

¹³⁰³ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss.

¹³⁰⁴ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 88; y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 446.

que sea necesario probar que dicha condición general se encuentre incorporada en otro contrato que tiene por objeto el mismo bien o servicio.¹³⁰⁵

64.bis. La regulación sectorial de las cláusulas abusivas.

Después de la Constitución de 1991, que bajo el concepto de estado social de derecho establece la prevalencia del interés general sobre el particular, el tratamiento legal de las cláusulas abusivas, hasta ahora referido exclusivamente a los contratos de adhesión celebrados con consumidores, se ha concretado sectorialmente en el régimen de los servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994), financiero (Ley 1328 de 2009) y servicios de comunicaciones (Ley 1341 de 2009).¹³⁰⁶

64.bis.1. Régimen legal de los servicios públicos domiciliarios.¹³⁰⁷

La Ley 142 de 1994 establece 26 supuestos de cláusulas cuya inclusión en los contratos de servicios públicos hace presumir el abuso de la posición de la empresa prestadora de los mismos, dada la asimetría existente entre predisponente y usuario.¹³⁰⁸

A pesar de que la norma habla de “*abuso de la posición dominante*”, noción ésta más propia del derecho de la competencia, es evidente que se refiere al concepto de cláusulas abusivas, las que podrán ser invalidadas por el juez o la comisión de regulación competente en la medida en que la empresa prestadora limite su responsabilidad o establezca prerrogativas irracionales a favor de la misma o cargas excesivas en contra del usuario.¹³⁰⁹

64.bis.1.1. La lista de supuestos abusivos.

Según el artículo 133 de la Ley 142 de 1994, sobre servicios públicos domiciliarios, se presume que hay abuso de posición dominante de la empresa de servicios públicos en cualquiera de los siguientes supuestos:¹³¹⁰

1º En los contratos cuyas cláusulas excluyan o limiten la responsabilidad que corresponda a la empresa de acuerdo a las normas comunes; o las que trasladen

¹³⁰⁵ DÍEZ-PICAZO, *ob. cit.*, p. 446.

¹³⁰⁶ Sobre el fundamento de esta legislación protectora, v. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-340-93, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Al respecto, CÁRDENAS MEJÍA, *La protección del contratante y la evolución del derecho contemporáneo*, *ob. cit.*, p. 772.

¹³⁰⁷ SUESCÚN MELO, *Derecho privado*, *ob. cit.*, t. II, p. 213 ss.

¹³⁰⁸ SUESCÚN MELO, *ob. cit.*, t. II, p. 213.

¹³⁰⁹ *ob. cit.*, t. II, p. 213.

¹³¹⁰ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 106 ss.

al suscriptor o usuario la carga de la prueba que esas normas ponen en cabeza de la empresa (num. 1);

2º Las que den a la empresa la facultad de disolver el contrato o cambiar sus condiciones o suspender su ejecución, o revocar o limitar cualquier derecho contractual del suscriptor o usuario, por razones distintas al incumplimiento de este o a fuerza mayor o caso fortuito (num. 2);

3º Las que condicionan al consentimiento de la empresa de servicios públicos el ejercicio de cualquier derecho contractual o legal del suscriptor o usuario (num. 3);

4º Las que obligan al suscriptor o usuario a recurrir a la empresa de servicios públicos, o a otra determinada, para adquirir cualquier bien o servicio que no tenga relación directa con el objeto del contrato, o le limiten su libertad para escoger a quien pueda proveerle ese bien o servicio; o lo obligan a comprar más de lo que necesite (num. 4);

5º Las que limiten la libertad de estipulación del suscriptor o usuario en sus contratos con terceros, y los que lo obligan a comprar solo a ciertos proveedores (num. 5);

6º Las que imponen al suscriptor o usuario una renuncia anticipada a cualquiera de los derechos que el contrato le concede (num. 6);

7º Las que autorizan a la empresa, o a un delegado suyo, a proceder en nombre del suscriptor o usuario para que aquélla pueda ejercer alguno de los derechos que ella tiene frente al suscriptor o usuario (num. 7);

8º Las que obligan al suscriptor o usuario a preparar documentos de cualquier clase, con el objeto de que éste tenga que asumir la carga de una prueba que, de otra forma, no le correspondería (num. 8);

9º Las que sujetan a término o a condición no previsto en la ley, el uso de recursos o de acciones que tiene el suscriptor o usuario; o le permitan a la empresa hacer oponibles a este ciertas excepciones que, de otra forma, le serían inoponibles; o impiden al suscriptor o usuario utilizar remedios judiciales que la ley pondría a su alcance (num. 9);

10º Las que confieren a la empresa mayores atribuciones que al suscriptor o usuario en el evento de que sea preciso someter a decisiones arbitrales o de amigables componedores las controversias que surjan entre ellas (num. 10);

11º Las que confieren a la empresa la facultad de elegir el lugar en que el arbitramento o la amigable composición han de tener lugar, o escoger el factor territorial que ha de determinar la competencia del juez que conozca de las controversias (num. 11);

12º Las que confieran a la empresa plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados para el cumplimiento de una de sus obligaciones o para la aceptación de una oferta (num. 12);

13º Las que confieran a la empresa la facultad de modificar sus obligaciones cuando los motivos para ello sólo tienen en cuenta los intereses de la empresa (num. 13);

14º Las que presumen cualquier manifestación de voluntad del suscriptor, salvo las excepciones legales (num. 14);

15º Las que permitan presumir que la empresa ha realizado un acto que la ley o el contrato consideran indispensable para determinar el alcance o la exigibilidad de las obligaciones y derechos del suscriptor o usuario; y las que la eximan de realizar tal acto, salvo en cuanto la ley autorice lo contrario (num. 15);

16º Las que permitan a la empresa, en el evento de la terminación anticipada del contrato por parte del suscriptor o usuario, exigir a este una compensación excesivamente alta por el uso de una cosa o de un derecho recibido en desarrollo del contrato; o una compensación excesivamente alta por los gastos realizados por la empresa para adelantar el mismo; o que asuma la carga de la prueba respecto del monto real de los daños que ha podido sufrir la empresa, si la compensación pactada resulta excesiva (num. 16);

17º Las que limitan el derecho del suscriptor o usuario a pedir la resolución del contrato, o perjuicios, en caso de incumplimiento total o parcial de la empresa (num. 17);

18º Las que limiten la obligación de la empresa a hacer efectivas las garantías de la calidad de sus servicios y de los bienes que entrega; y las que trasladan al consumidor o usuario una parte cualquiera de los costos y gastos necesarios para hacer efectiva esa garantía; y las que limitan el plazo previsto en la ley para que el suscriptor o usuario ponga de presente los vicios ocultos de los bienes y servicios que recibe (num. 18);

19º Las que obligan al suscriptor o usuario a continuar con el contrato por más de dos años, o por un plazo superior al que autoricen las comisiones por vía general para los contratos con grandes suscriptores o usuarios (num. 19);

20º Las que suponen que las renovaciones tácitas del contrato se extienden por períodos superiores a un año (num. 20);

21º Las que obligan al suscriptor o usuario a dar preaviso superior a dos (2) meses para la terminación del contrato, salvo que haya permiso expreso de la comisión (num. 21);

22º Las que obligan al suscriptor o usuario a aceptar por anticipado la cesión que la empresa haga del contrato, a no ser que en el contrato se identifique al cesionario o que se reconozca al cedido la facultad de terminar el contrato (num. 22);

23º Las que obliguen al suscriptor o usuario a adoptar formalidades poco usuales o injustificadas para cumplir los actos que le correspondan respecto de la empresa o de terceros (num. 23);

24º Las que limitan el derecho de retención que corresponda al suscriptor o usuario, derivado de la relación contractual (num. 24);

25º Las que impidan al suscriptor o usuario compensar el valor de las obligaciones claras y actualmente exigibles que posea contra la empresa (num. 25);

26º Cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y deberes del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo (num. 26).¹³¹¹

64.bis.1.2. Presunción de abusividad y nulidad de la cláusula declarada abusiva.

Como fue visto, el artículo 133 de la Ley 142 de 1994 presume que hay abuso de posición dominante de la empresa de servicios públicos en cualquiera de los anteriores supuestos.¹³¹²

Sin embargo, esa misma disposición permite desvirtuar la presunción de abusividad si, al considerarse el contrato en su conjunto, las cláusulas presuntamente abusivas se hallan equilibradas con las obligaciones especiales que asume la empresa prestadora.¹³¹³

La presunción de abuso de la posición dominante puede desvirtuarse si se establece que las cláusulas aludidas, al considerarse en el conjunto del contrato, se encuentran equilibradas o compensadas con obligaciones especiales que asume la empresa.¹³¹⁴

La presunción se desvirtuará, además, en aquellos casos en que requiera permiso expreso de la comisión para contratar una de tales cláusulas, y esta lo haya concedido.¹³¹⁵

Finalmente, las cláusulas declaradas abusivas serán anuladas por el juez o la comisión respectiva, pero el contrato se mantendrá incólume con las demás

¹³¹¹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss.

¹³¹² CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 106 ss.

¹³¹³ SUESCÚN MELO, *Derecho privado*, ob. cit., t. II, p. 214; y CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 88.

¹³¹⁴ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 106 ss.

¹³¹⁵ SUESCÚN MELO, *Derecho privado*, ob. cit., t. II, p. 214.

estipulaciones que no fueron objeto de invalidación. Anulada una de las cláusulas a que se refiere el artículo 133, conservarán, sin embargo, su validez todas las demás que no hayan sido objeto de la misma sanción.¹³¹⁶

Cuando una comisión haya rendido concepto previo sobre un contrato de condiciones uniformes, o sobre sus modificaciones, el juez que lo estudie debe dar a ese concepto el valor de una prueba pericial firme, precisa y debidamente fundada.¹³¹⁷

64.bis.2. Cláusulas abusivas en el sector financiero.

La Ley 1328 de 2009 protege a los consumidores financieros frente a las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.¹³¹⁸

Además de definir los contratos de adhesión, a los que se circunscribe el control material de abusividad, y distinguir entre prácticas y cláusulas abusivas, dicha ley prohíbe a las entidades financieras la inclusión de estas últimas, so pena de que las mismas se tengan por no escritas o sin efectos para el consumidor financiero.¹³¹⁹

Por último, el legislador faculta a la Superintendencia Financiera para establecer la abusividad de estipulaciones contractuales distintas a las contenidas en el catálogo de cláusulas abusivas previsto en la propia Ley 1328 de 2009.¹³²⁰

64.bis.2.1. Ley 1328 de 2009, sobre consumidor financiero.

El literal e) del artículo 7º de la Ley 1328 de 2009, establece, por su parte, como deber especial de las entidades financieras, “abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual”.¹³²¹

64.bis.2.2. Lista de cláusulas abusivas.

El artículo 11 de la Ley 1328 de 2009, a su vez, prohíbe las siguientes cláusulas o estipulaciones contractuales incorporados en los contratos de adhesión:¹³²²

¹³¹⁶ SUESCÚN MELO, *ob. cit.*, t. II, p. 214.

¹³¹⁷ VALBUENA QUIÑONES, *Reflexiones sobre el tratamiento de las cláusulas abusivas en Colombia*, *ob. cit.*, p. 420.

¹³¹⁸ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 106 ss.

¹³¹⁹ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 88.

¹³²⁰ VALBUENA QUIÑONES, *ob. cit.*, para quien la atribución otorgada a la Superintendencia Financiera de establecer por vía reglamentaria, de manera previa y general, tipos de cláusulas abusivas, es cuestionable desde el punto de vista constitucional (p. 421).

¹³²¹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 10

¹³²² CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 106 ss.

1º Las que prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros (lit. a);

2º Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero (lit. b);

3º Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones (lit. c);

4º Limiten los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero (lit. e);

5º Las demás que de manera previa y general establezca la Superintendencia Financiera de Colombia.

Según el Parágrafo de dicha disposición, cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero.¹³²³

64.bis.3. Ley 1341 de 2009, usuarios de servicios de comunicaciones.

Finalmente, el num. 10 del artículo 53 de la Ley 1341 de 2009 establece, como derecho de los usuarios de los servicios de comunicaciones, la protección contra conductas restrictivas o abusivas.¹³²⁴

El mismo artículo 53 establece que el régimen jurídico de protección al usuario, en lo que se refiere a servicios de comunicaciones, será el dispuesto en la regulación que en materia de protección al usuario expida la Comisión de Regulación de Comunicaciones CRC y en el régimen general de protección (Ley 1480 de 2011) y sus normas complementarias, en lo no previsto en aquella.¹³²⁵

La Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), mediante la Resolución 3066 de 2011, adoptó el Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones.¹³²⁶

Tal régimen fue adoptado en cumplimiento de la Decisión 638 de 2006, expedida por la Comisión de la Comunidad Andina (CAN), que ordena a los países miembros

¹³²³ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 106 ss.

¹³²⁴ BERNAL-FANDIÑO, Mariana y PICO-ZÚÑIGA, Fernando Andrés, "Las cláusulas abusivas en los contratos de crédito hipotecario, Una mirada comparativa entre España y Colombia", *Vniversitas*, 131, Bogotá, Universidad Javeriana, 2015, p. 163.

¹³²⁵ La regulación vigente en materia de telefonía móvil se halla contenida en las leyes 37 de 1993 y 442 de 1998, así como en los Decretos 741 de 1993, 2061 de 1993 y 990 de 1998. v. también la Resolución 4444 de 2014, mediante la cual la CRC prohibió las cláusulas de permanencia en los contratos de telefonía celular.

¹³²⁶ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas, ob. cit.*, p. 106 ss.

establecer las consecuencias jurídicas derivadas de la inclusión en los contratos de servicios de telecomunicaciones de cláusulas que produzcan un desequilibrio significativo e injustificado en perjuicio del usuario.¹³²⁷

La Resolución 3066 de 2011, que no se aplica a los contratos cuyo contenido haya sido negociado libremente por las partes, establece una lista de cláusulas que, de ser incluidas, se tendrán por no escritas y sin efecto jurídico alguno (art. 14).¹³²⁸

¹³²⁷ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 106 ss.

¹³²⁸ *ob. cit.*, p. 106 ss.

TERCERA PARTE

CAPÍTULOS XII-XVIII

**LA TUTELA JUDICIAL DEL CONSUMIDOR FRENTE A LAS CLÁUSULAS
ABUSIVAS
EL JUICIO DE ABUSIVIDAD Y EL SISTEMA NORMATIVO DE ABUSIVIDAD
CONTRACTUAL COMO OBJETO DEL MISMO**

TITULO SEXTO LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA PROHIBICIÓN DE ABUSO EL JUICIO DE ABUSIVIDAD

65. Introducción.¹³²⁹

De conformidad con los artículos 3º, 1.6; 5º, 4; 37 y 42 EC, son cláusulas abusivas las estipulaciones predispuestas que, en perjuicio del consumidor, producen un desequilibrio injustificado de los derechos y obligaciones de las partes, según las circunstancias particulares de celebración y ejecución del contrato.¹³³⁰

En otros términos, por cláusula o condición abusiva se entiende la intervención injustificada del predisponente que genera un desequilibrio en los derechos y posiciones del consumidor, teniendo en cuenta las condiciones especiales de celebración y ejecución del contrato.¹³³¹

De acuerdo con la anterior definición, los siguientes son los rasgos de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano, los cuales guardan una relación directa con los presupuestos de aplicación de la prohibición de abuso, la estructura del juicio de abusividad y el carácter de cada una de sus etapas:¹³³²

1º Ser una estipulación predispuesta o no negociada (cláusula o condición general o particular) que, como parte de su contenido normativo, se incorpore a un contrato de adhesión.

2º Que tal estipulación produzca un desequilibrio injustificado en los derechos y obligaciones del contrato;

3º Que el desequilibrio, además de injustificado, produzca un perjuicio importante al consumidor;

4º Que el carácter injustificado del desequilibrio sea el resultado de valorar las circunstancias particulares de la celebración y ejecución del contrato (mandato de ponderación).¹³³³

65.1. Estipulación predispuesta o no negociada.

En el derecho contractual del consumo, la prohibición de cláusulas abusivas se relaciona directamente con el concepto de contenido predispuesto o no negociado,

¹³²⁹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 35 ss; *Id.*, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹³³⁰ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 35 ss.

¹³³¹ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 35 ss.

¹³³² ob. cit., p. 83 ss; y CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

¹³³³ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 83 ss.

como quiera que el estatuto colombiano de los consumidores, al igual que el español, limita dicho mecanismo de manera exclusiva a los contratos de adhesión.¹³³⁴

Sin embargo, como hemos tenido oportunidad de argumentar a lo largo de este trabajo, dicha relación, aunque necesaria, no es suficiente como quiera que la abusividad contractual es un fenómeno más amplio que se extiende a ámbitos diferentes a los del consumo.¹³³⁵

1º El contenido predispuesto de los contratos de adhesión, que puede ser a condiciones generales o particulares, según que las mismas se incorporen a una pluralidad de contratos o a uno en particular, se caracteriza por su rigidez o inalterabilidad, como quiera que se halla desprovisto de negociación previa y su contenido es impuesto unilateralmente por el predisponente, lo impide al consumidor discutir las cláusulas y condiciones del contrato.¹³³⁶

Esta limitación del ámbito objetivo de aplicación del régimen de cláusulas abusivas se explica porque los contratos de adhesión, cuyo elemento estructural definitorio es la desigualdad y asimetría de las partes, propician la imposición de cláusulas abusivas que apuntalan la posición contractual dominante del predisponente.¹³³⁷

2º Aparte de cláusulas o condiciones negociadas, por ser expresión de la autonomía de las partes y objeto del consentimiento de éstas, también se hallan excluidas del control material de abusividad los elementos esenciales o el contenido económico del contrato pues la adecuación del precio o remuneración que debe pagar el consumidor con relación al bien o servicio suministrado por el empresario, son cuestiones sobre las que las partes consienten libremente.¹³³⁸

Como hemos visto, tal control recae de manera exclusiva sobre el contenido predispuesto o no negociado, que contiene el programa normativo del contrato impuesto por la voluntad exclusiva del predisponente y al que el consumidor en bloque se adhiere.¹³³⁹

¹³³⁴ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 88

¹³³⁵ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 83 ss.

¹³³⁶ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 83 ss.

¹³³⁷ ob. cit., p. 83 ss; y CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 1-32.

¹³³⁸ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 83 ss.

¹³³⁹ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 83 ss.

65.2. Desequilibrio contractual injustificado.¹³⁴⁰

El núcleo esencial de la cláusula abusiva es que produzca un desequilibrio injustificado en los derechos y obligaciones derivados del contrato.¹³⁴¹ Ahora bien, para que la cláusula sea abusiva se requiere que el desequilibrio injustificado, por una parte, se refiera al contenido normativo del contrato, no a su contenido económico y, por otra, que dicho desequilibrio sea importante o relevante, es decir, que afecte o perjudique de manera significativa los derechos del consumidor.¹³⁴²

65.2.1. Contenido normativo del contrato.¹³⁴³

1º En primer lugar, el concepto de desequilibrio contractual se refiere al contenido jurídico o normativo del contrato, por oposición al contenido económico del mismo, es decir, la reglamentación prevista para disciplinar las relaciones obligatorias que nacen entre las partes, diferentes de las que se refieren al precio y al bien o servicio que constituye su contraprestación.¹³⁴⁴

En otros términos, el concepto de desequilibrio recae sobre los elementos no consentidos del contrato, ya que éstos no son tenidos en cuenta por el consumidor al momento de decidir si contrata o no contrata con un oferente determinado. Por el contrario, tanto el precio como el bien o servicio que constituye su contraprestación, son los únicos elementos que el consumidor atiende a la hora de contratar.¹³⁴⁵

2º Por otra parte, el desequilibrio contractual introducido por la cláusula o condición ha de ser significativo, relevante o importante, en el sentido de que produzca o sea capaz de producir un daño o perjuicio al consumidor, o que afecte de manera negativa los derechos de éste, de modo que los desequilibrios contractuales nimios e irrelevantes, así sean injustificados, en principio no dan lugar a cláusulas abusivas.¹³⁴⁶

Para la apreciación en concreto de la abusividad de una cláusula habrá de tenerse en cuenta la relación de equivalencia al tiempo de la conclusión del contrato y el efecto que la cláusula cuestionada provoca o puede provocar sobre dicha relación, efecto que no es otro que el de atribuir de manera injustificada, es decir, sin contrapartida alguna, o sin un serio fundamento que lo justifique, una ventaja

¹³⁴⁰ *ob. cit.*, p. 97 ss; y CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 1-32. v. también, CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad como criterio metodológico de concreción normativa del mandato de tratamiento igual*, *ob. cit.*, p. 343-85.

¹³⁴¹ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, *ob. cit.*, p. 88.

¹³⁴² CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 88.

¹³⁴³ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, *ob. cit.*, p. 88; y CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 52 ss.

¹³⁴⁴ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 97 ss.

¹³⁴⁵ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 97 ss.

¹³⁴⁶ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, *ob. cit.*, p. 88.

significativa a favor del predisponente y en perjuicio del consumidor, o que comprometa el principio sinalagmático de la máxima reciprocidad de intereses.¹³⁴⁷

65.2.2. Justificación del desequilibrio.¹³⁴⁸

Definida la existencia de un desequilibrio contractual, seguidamente se debe comprobar si tal desequilibrio se halla suficientemente justificado, es decir, si la ruptura del sinalagma contractual carece de razones que de manera suficiente la justifiquen, comprobación tiene lugar en la etapa discursiva del juicio de abusividad.¹³⁴⁹

1º En términos generales, el desequilibrio injustificado alude a la idea de ventaja excesiva o exagerada que el predisponente se autoatribuye en perjuicio del consumidor, desnaturalizando la relación de equivalencia propia de los contratos conmutativos, sin que haya contrapartida o razones suficientes que lo justifiquen.

El concepto de desequilibrio presupone una ampliación de ventajas a favor del empresario, o un aligeramiento o eliminación de sus obligaciones o deberes y, correlativamente, una agravación de las cargas y obligaciones del consumidor, sin que haya un motivo serio o un fundamento legítimo que de manera suficiente lo justifique.¹³⁵⁰

Tampoco la sola contravención, sino la contravención injustificada del derecho dispositivo, ha de entenderse como un desequilibrio injustificado. Precisamente el objeto del juicio de abusividad, en especial de su etapa discursiva, será determinar si, a pesar de apartarse del modelo equilibrado que representa el derecho dispositivo, el desequilibrio que la cláusula o condición produce en la distribución de derechos y obligaciones del contrato se encuentra debidamente justificado teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio objeto del mismo o las circunstancias concurrentes al momento de su celebración.¹³⁵¹

2º Ahora bien, como quiera que en el juicio de abusividad se trata es establecer si una cláusula es o no abusiva, no de manera abstracta sino atendiendo las especificidades del caso concreto y las circunstancias particulares de la celebración y ejecución del contrato, el juez, con la ayuda de algún criterio o parámetro de medición ha de valorar, ponderar o pesar las razones que tuvo el predisponente

¹³⁴⁷ CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 88; y CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas, ob. cit.*, p. 97 ss.

¹³⁴⁸ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad, ob. cit.*, p. 4-36; y CANARIS, *Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip, ob. cit.*, p. 161 ss; KOCH, *Die normtheoretische Basis der Abwägung, ob. cit.*, p. 10 ss; y ALEXY, Robert, "On Balancing and Subsumption", *Ratio luris*, 4, 2003, p. 433.

¹³⁴⁹ CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 88.

¹³⁵⁰ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad, ob. cit.*, p. 4-36; CANARIS, *Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip, ob. cit.*, p. 161 ss; y KOCH, *Die normtheoretische Basis der Abwägung, ob. cit.*, p. 10 ss.

¹³⁵¹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas, ob. cit.*, p. 97 ss.

para configurar e imponer dicha cláusula, frente a las razones que tiene el consumidor para oponerse a ella.¹³⁵²

Con la ayuda de este criterio o parámetro, el juez podrá definir la suficiencia o insuficiencia de las razones que fundamentan la posición de cada una de las partes y decidir si la cláusula en examen es o no abusiva. El desequilibrio justificado de acuerdo con este criterio valida la cláusula o condición en examen, a pesar del transtorno o la desarmonía que ocasiona en los derechos y obligaciones de las partes.¹³⁵³

En este sentido, serán abusivas las cláusulas o condiciones que produzcan un desequilibrio en la medida en que éste carezca de un fundamento plausible o de razones que de manera suficiente lo justifiquen.¹³⁵⁴

65.3. Valoración circunstanciada de la abusividad contractual.

Según el artículo 42 EC, tanto las razones que puedan justificar el desequilibrio, como la importancia o magnitud del mismo, han de ser apreciados en cada caso concreto teniendo en cuenta las condiciones particulares del contrato (mandato de ponderación) o, como se dice en el derecho español, los “criterios instrumentales de ponderación” (art. 82 TRLGDCU), relacionados con la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, las demás cláusulas del contrato o las de otro con el que aquél guarde algún nexo de dependencia (num. 3).¹³⁵⁵

En el caso colombiano, la valoración circunstanciada que supone el juicio de abusividad tiene un espectro más amplio como quiera que, además de los anteriores criterios, el carácter abusivo de la cláusula supone la valoración conjunta o global del contrato, no sólo porque ha de tener en cuenta la totalidad de sus cláusulas o estipulaciones, sino también porque el juez, a partir de la existencia del desequilibrio contractual, ha de ponderar, con la ayuda del principio de proporcionalidad, la suficiencia de las razones fácticas o jurídicas que puedan justificar tal desequilibrio.¹³⁵⁶

En la etapa discursiva, en efecto, el juez deberá definir la suficiencia de las razones que justifiquen el desequilibrio ocasionado por la imposición unilateral de la cláusula o condición en examen, resultado que logra mediante la ponderación de las razones que jueguen a favor o en contra de mantener tal cláusula o condición (pretensión

¹³⁵² CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹³⁵³ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

¹³⁵⁴ ob. cit., p. 4-36.

¹³⁵⁵ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 88; CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36; y ALEXY, *On Balancing and Subsumption*, ob.cit., p. 433.

¹³⁵⁶ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

del predisponente) o, por el contrario, excluirla del contenido del contrato por afectar injustificadamente al consumidor.¹³⁵⁷

El resultado de tal proceso es la norma particular de decisión (Nd) que define lo que al predisponente le está prohibido, permitido u ordenado desde el punto de vista de la prohibición de abuso. Tal norma expresa la relación de precedencia condicionada de las razones que juegan a favor o en contra del mantenimiento de la cláusula o condición en examen, o de su exclusión como contenido del contrato.¹³⁵⁸

65.4. Plan de exposición.

Como hemos dicho, el sistema de control de cláusulas abusivas, tanto en España como en Colombia, se estructura a partir de una prohibición general de abuso, seguida de una lista más o menos indeterminada de supuestos *prima facie* abusivos.

La prohibición general gira en torno a una definición de cláusula abusiva centrada, a su vez, en el concepto de desequilibrio injustificado del contrato. De la definición legal se deducen los rasgos o características de las cláusulas abusivas (predisposición, desequilibrio injustificado, daño significativo y valoración circunstanciada), que constituyen los presupuestos de aplicación de la prohibición de abuso y que determinan la estructura del juicio de abusividad.

En efecto, en la etapa declarativa de éste se determina la existencia del desequilibrio contractual. En la etapa discursiva, por su parte, el juez define la suficiencia de las razones que puedan justificar dicho desequilibrio.

En este orden de ideas, la exposición de esta Tercera Parte se estructura en torno al sistema de control de las cláusulas abusivas, o juicio de abusividad (Tít. Quinto), como el principal mecanismo de protección contractual de los consumidores, cuyo objeto es la aplicación judicial del sistema de normas sobre abusividad contractual, en especial de la prohibición general de abuso (Tít. Sexto).

En el Capítulo XII exponemos el concepto y la finalidad del juicio de abusividad, y siendo el objeto de éste la aplicación de la prohibición de abuso y demás normas sobre abusividad contractual, a lo largo del capítulo profundizamos en los problemas generales de la aplicación del derecho, con el propósito de extraer argumentos y criterios que permitan el análisis y explicación de los problema metodológicos propios de la aplicación de la normas sobre abusividad contractual.

¹³⁵⁷ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹³⁵⁸ ALEXY, *On Balancing and Subsumption*, *ob.cit.*, p. 433; LARENZ, *Metodología*, *ob. cit.*, p. 265; y CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

A partir de la definición legal y las características de las cláusulas abusivas, en el Capítulo XIII se analiza cada uno de los presupuestos de aplicación de la prohibición de abuso y su relación con la estructura general del juicio de abusividad y el objeto de cada una de sus etapas declarativa y discursiva: los conceptos de desequilibrio y desequilibrio contractual injustificado, respectivamente, al primero de los cuales dedicamos íntegramente el Capítulo XIV (desequilibrio contractual).

Ahora bien, en el Capítulo XV (La revisión en sentido amplio como remedio general del desequilibrio del contrato), se dan razones para considerar al juicio de abusividad como una especie, bastante particular por cierto, de la revisión del contrato.

Por último, como quiera que el objeto del juicio de abusividad lo constituye la aplicación del sistema normativo de abusividad contractual, en el Capítulo XVI se describen las características generales de éste tipo de normas y las particulares de las normas de abusividad directamente estatuidas, en especial de la prohibición general de abuso (Cap. XVII), así como de las normas de abusividad indirectamente estatuidas, tales como las normas particulares y adscritas (Cap. XVIII).

Frente a estos tipos de normas, en el Capítulo XIX se aborda el análisis de los derechos, posiciones y situaciones de protección que correlativamente corresponden al consumidor.

CAPITULO XII

CONCEPTO, FINALIDAD Y OBJETO DEL JUICIO DE ABUSIVIDAD

66. Del juicio de abusividad.

66.1. Concepto.

Por juicio de abusividad se entiende las actuaciones adelantadas por el juez para definir la abusividad de las cláusulas o condiciones impuestas unilateralmente por el predisponente, que causan, además, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado de los derechos y obligaciones derivados del contrato.¹³⁵⁹

En otras palabras, mediante el juicio de abusividad el juez fija o define el contenido normativo de la prohibición de abuso frente a la imposición concreta de una cláusula o condición que ocasiona un desequilibrio en perjuicio del adherente o consumidor.¹³⁶⁰

En términos latos, por juicio de abusividad se entiende el conjunto de actuaciones oficiales mediante las cuales el juez aplica o hace efectiva la prohibición de abuso.¹³⁶¹

La anterior definición delimita la dimensión normativa o estática de la prohibición de abuso, de la dimensión dinámica o estrictamente aplicativa en la que se mueve el concepto de juicio de abusividad.¹³⁶²

Esta última se refiere al empleo de los medios de que se sirve el juez para aplicar las normas generales a los casos concretos (metodología jurídica).¹³⁶³

¹³⁶⁰ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad, ob. cit.*, p. 4-32.

¹³⁶¹ La aplicación pública de las normas jurídicas a un caso concreto, o aplicación propiamente dicha, consiste en la determinación oficial de las consecuencias que se derivan de la realización de la hipótesis normativa, o supuesto jurídico, con vistas a la ejecución o cumplimiento de tales consecuencias.

El juez o la administración, según el caso, para definir las consecuencias que se derivan de la realización de un supuesto jurídico determinado, deberá inquirir primero cuál es la norma jurídica a aplicar e individualizar luego a las personas titulares de los derechos o pasibles de los deberes que el hecho jurídico produce.

La aplicación pública del derecho resulta de los principios del derecho moderno de cosa juzgada o de aplicación oficial definitiva el derecho a un caso concreto (verdad legal); o aquel según el cual nadie puede ser juez de su propia causa, ni hacerse justicia por sí mismo.

Respecto del principio de verdad legal o cosa juzgada, sólo cuando no se hace uso de los recursos legales dentro del término legalmente señalado, o cuando la cuestión es resuelta en última instancia, ya que la aplicación oficial puede ser revocada o modificada por otra autoridad en una instancia superior (apelación o revisión), tiene la aplicación oficial carácter inmodificable.

Al respecto, GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al estudio del derecho, ob. cit.*, p. 322-3.

¹³⁶² BRECCIA, Humberto/BIGLIAZZI-GERI, Lina/NATOLI, Ugo/BUSNELLI, Francesco, *Derecho civil*, t. I, vol. 1, *Normas, sujetos y relación jurídica* (Fernando HINESTROSA, trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 73.

¹³⁶³ GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al estudio del derecho, ob. cit.*, p. 317.

En la dimensión dinámica, en efecto, tienen lugar los problemas relacionados con la aplicación judicial del derecho objetivo a los casos concretos.¹³⁶⁴

En el ámbito de la protección judicial frente a las cláusulas abusivas (juicio de abusividad), la dimensión dinámica o aplicativa de éste se relaciona con los problemas que suscita de la aplicación de las normas legales de abusividad contractual, en especial la prohibición de abuso, en los casos de imposición de cláusulas o condiciones que producen, en perjuicio de los consumidores, un desequilibrio injustificado o contrario a la buena fe.¹³⁶⁵

66.2. Fundamento y finalidad del juicio de abusividad.

El control de contenido, como garantía de la autonomía de la voluntad frente al déficit de libertad del adherente, implica una valoración del equilibrio objetivo de las cláusulas normativas del contrato y la nulidad de aquellas que causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio injustificado de los derechos y obligaciones derivados del contrato.¹³⁶⁶

Como garante de tal autonomía frente a la falta de conocimiento típica de la adhesión, el control de contenido elimina aquellas cláusulas o condiciones que sean abusivas, sorprendentes o que alteren el valor de la oferta en el mercado y, frente a la imposición de tales cláusulas o condiciones, la defensa de la autonomía consistirá en sustituir el desequilibrio en la regulación de los derechos y deberes de las partes por un equilibrio objetivo definido en un caso concreto.¹³⁶⁷

66.3. Objeto del juicio de abusividad.

El objeto del juicio de abusividad es el control material de las cláusulas o condiciones incorporadas al contenido normativo de los contratos de adhesión celebrados con consumidores y la nulidad de las que resulten abusivas.¹³⁶⁸

¹³⁶⁴ GARCÍA MÁYNEZ, *ob. cit.*, p. 317; e *Id.*, *Lógica del raciocinio jurídico*, *ob. cit.*, p. 7 ss. En el ámbito del derecho, por técnica jurídica se entiende el adecuado manejo de los medios que permiten alcanzar los objetivos o propósitos que aquél persigue.

En este sentido, la técnica jurídica tiene lugar tanto en la formulación como en la aplicación del derecho: la primera, o técnica legislativa, se refiere a los medios e instrumentos utilizados en la elaboración o formulación de las leyes o normas generales; la segunda alude a la aplicación del derecho objetivo a casos singulares y concretos.

La técnica legislativa se refiere básicamente a la realización de fines jurídicos generales; en tanto que la técnica aplicativa en sentido estricto, tanto judicial como administrativa, se dirige en esencia a la consecución de finalidades jurídicas concretas.

Al respecto, GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al estudio del derecho*, *ob. cit.*, p. 318.

¹³⁶⁵ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32.

¹³⁶⁶ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, *ob. cit.*, p.1628.

¹³⁶⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *ob. cit.*, p.1628.

¹³⁶⁸ En los contratos de consumo son nulas las cláusulas o condiciones que, luego del control de contenido, resulten abusivas. Como garantía de los derechos de los consumidores, el control de las cláusulas abusivas tiene su ámbito propio en los contratos de adhesión (cláusulas no negociadas o predispuestas, como sucede con los contratos a condiciones generales (arts. 3º, num. 1.6; y 44 EC), mientras que el abuso de la posición dominante de un empresario frente a otro empresario se sujeta a las normas generales de la nulidad contractual.

El juicio de abusividad busca asegurar, frente al predisponente, la eficacia o aplicación, en sentido general, de las normas legales sobre abusividad contractual (de manera especial la prohibición de abuso), las cuales juegan un papel central en la protección de los consumidores frente a las cláusulas y condiciones predispuestas en los contratos de consumo.¹³⁶⁹

66.3.1. El control de los contratos de consumo a condiciones generales.

En el caso de los contratos a condiciones generales, el control material exige el previo cumplimiento, por parte del predisponente, de los requisitos formales de incorporación de tales condiciones al contenido del contrato, en especial los relacionados con el deber de informar de manera suficiente al consumidor los efectos y alcances de la incorporación (art. 37, 1 EC).¹³⁷⁰

Desde un punto de vista material, una condición general es *prima facie* abusiva si su contenido es incompatible con el contenido normativo de la prohibición de abuso.¹³⁷¹

Tal incompatibilidad es sancionada con la nulidad de la condición general en examen, efecto que no se extiende a la totalidad del contrato en la medida en que éste pueda subsistir sin la cláusula o condición declarada nula. Cuando el contrato subsista, el juez aclarará los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente (art. 44 EC).¹³⁷²

En resumen, por oposición al ámbito subjetivo (los conceptos de consumidor y predisponente, principalmente), el ámbito objetivo del control material de abusividad lo conforman las normas sobre cláusulas abusivas y los correspondientes derechos y posiciones, tanto del consumidor como del predisponente, que son objeto de aplicación en el proceso o juicio de abusividad.¹³⁷³

Desde otro punto de vista, el objeto material del juicio de abusividad lo constituye la cláusula o condición impuesta por el predisponente, cuya abusividad es examinada por el juez mediante este tipo de control de contenido.¹³⁷⁴

¹³⁶⁹ BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 73.

¹³⁷⁰ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión, ob. cit.*, p.1625-8.

¹³⁷¹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas, ob. cit.*, p. 88; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión, ob. cit.*, p.1625-8.

¹³⁷² PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *ob. cit.*, p.1625-8.

¹³⁷³ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas, ob. cit.*, p. 88; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión, ob. cit.*, p.1625-8.

¹³⁷⁴ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas, ob. cit.*, p. 88.

66.4. Los presupuestos de aplicación de la prohibición de abuso.

La aplicación de la prohibición de abuso a un caso concreto de abusividad contractual o, mejor, para saber y decidir si una cláusula o condición es o no abusiva, lo que constituye por cierto el objeto del juicio de abusividad, el juez deberá establecer, conjunta o cumulativamente, los siguientes presupuestos:¹³⁷⁵

1º Que se trate de una estipulación predispuesta o no negociada.

2º Que tal estipulación produzca un desequilibrio en los derechos y obligaciones derivados del contrato. A su vez, dicho desequilibrio ha de ser injustificado y producir un perjuicio importante al consumidor.

3º Que el carácter injustificado del desequilibrio sea el resultado de valorar las circunstancias particulares de la celebración y ejecución del contrato (mandato de ponderación).¹³⁷⁶

Partiendo de la base de que se trata de una estipulación contractual predispuesta, para decidir si la misma es o no abusiva, el juez ha de establecer que la misma produce un desequilibrio del contrato en perjuicio del consumidor y que dicho desequilibrio es injustificado de acuerdo con un criterio o medida de valoración que tenga en cuenta las circunstancias particulares de celebración y ejecución del contrato.¹³⁷⁷

Determinado el desequilibrio del contrato en perjuicio del consumidor, corresponderá al juez definir la plausibilidad o la suficiencia de las razones que puedan justificarlo. Estos extremos consituyen el centro del juicio de abusividad y del sistema material de control de las cláusulas previsto en el ordenamiento colombiano.¹³⁷⁸

El desequilibrio del contrato constituye el objeto de la etapa declarativa; la plausibilidad o suficiencia de las razones que puedan justificar dicho desequilibrio, por su parte, constituye la finalidad de la etapa discursiva del juicio de abusividad.¹³⁷⁹

¹³⁷⁵ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 83 ss; e *Id.*, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-3.

¹³⁷⁶ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 83 ss.

¹³⁷⁷ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 83 ss; e *Id.*, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32.

¹³⁷⁸ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-32.

¹³⁷⁹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 83 ss.

66.5. Desequilibrio contractual.¹³⁸⁰

Para establecer la existencia del desequilibrio contractual se ha de valorar si la reglamentación que contienen las cláusulas o condiciones impuestas por el predisponente (equilibrio real, Er), constituye un conjunto armónico o equilibrado respecto de un modelo ideal reputado como paradigmático (equilibrio ideal, Ei), es decir, valorar igualdad o desigualdad de Er y Ei.¹³⁸¹

Ahora bien, la comparación que supone establecer la igualdad o desigualdad de Er y Ei requiere, a su vez, un objeto o par de comparación (*Vergleichs paar*), y un criterio común de medida o *tertium comparationis*.¹³⁸²

Definir si dos situaciones son iguales o desiguales exige no sólo la identificación exacta de tales situaciones (objeto o términos comparados), sino también la definición del punto de vista o la perspectiva desde la cual ambas situaciones son comparadas (criterio de comparación).¹³⁸³

Para la doctrina tradicional, el derecho dispositivo es el modelo abstracto e ideal de referencia, o la reglamentación justa y equilibrada (Ei), con el que se ha de contrastar el equilibrio real del contrato (Er) para valorar el carácter equilibrado de éste.¹³⁸⁴

66.5.1. El derecho dispositivo como base para definir el desequilibrio del contrato.

La prohibición de abuso exige, como presupuesto lógico de su aplicación a un caso concreto, la existencia de un desequilibrio de los derechos y obligaciones derivados del contrato, para establecer el cual se ha de comparar la reglamentación impuesta unilateralmente por el predisponente con el modelo ideal de referencia que representa el derecho dispositivo, modelo que para la doctrina tradicional contiene la distribución justa y equilibrada de los derechos y obligaciones de las partes prevista en abstracto por el legislador.¹³⁸⁵

¹³⁸⁰ PEGLION-SIKA, *La noción de clause abusive*, p. 231 ss; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32. v. también, CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad como criterio metodológico de concreción normativa del mandato de tratamiento igual*, ob. cit., p. 343-85.

¹³⁸¹ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

¹³⁸² CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 97 ss.

¹³⁸³ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 97 ss.

¹³⁸⁴ ob. cit., p. 97 ss.

¹³⁸⁵ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p.1635; y CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 97 ss.

66.5.2. La insuficiencia del derecho dispositivo como criterio para definir la abusividad de la cláusula o condición en examen.

Sin embargo, para que una cláusula contractual sea considerada abusiva, la prohibición de abuso exige que la misma produzca, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado de los derechos y obligaciones del contrato, es decir, no sólo que produzca un desequilibrio en perjuicio del consumidor, sino que tal desequilibrio sea, además, injustificado, pues puede haber cláusulas que, a pesar de separarse del derecho dispositivo, no son abusivas por estar plenamente justificadas según las circunstancias de cada caso concreto.¹³⁸⁶

La simple contravención al derecho dispositivo no es motivo suficiente para calificar una cláusula como abusiva, pues éste prevé que las partes pueden regular de manera distinta, dentro del límite marcado por las normas imperativas, el contenido del contrato, de modo que se adecúe a sus necesidades y preferencias según el tipo de convenio celebrado y las circunstancias concretas de cada caso.¹³⁸⁷

De esta manera, no todas las cláusulas que limiten o priven al consumidor de derechos reconocidos por normas dispositivas son abusivas, pues para ser tales, además de su contrariedad con el derecho dispositivo, tales cláusulas deben producir un desequilibrio injustificado, esto es, una ruptura en el contenido del contrato sin un motivo serio o atendible que lo justifique, apreciada de manera circunstanciada según las especificidades de cada caso en particular.¹³⁸⁸

La ruptura del equilibrio del contrato ha de entenderse, en resumen, no como la simple contravención del derecho dispositivo, sino como una contravención injustificada, lo que supone una valoración de la cláusula en cuestión de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto, con el propósito de determinar si, pese apartarse del modelo equilibrado que representa el derecho dispositivo (la regulación legal de cada tipo contractual específico), tal desequilibrio se encuentra o no justificado teniendo en cuenta la distribución de derechos y obligaciones que se haya hecho en el resto del contrato (contexto contractual), la naturaleza del bien o servicio objeto del mismo, o las circunstancias concurrentes al momento de su celebración.¹³⁸⁹

Será en el contexto de este juicio circunstanciado, es decir, las especiales condiciones de celebración y ejecución del contrato,¹³⁹⁰ la naturaleza del bien o

¹³⁸⁶ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión, ob. cit.*, p. 163

¹³⁸⁷ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas, ob. cit.*, p. 97 ss.

¹³⁸⁸ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión, ob. cit.*, p. 1635.

¹³⁸⁹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas, ob. cit.*, p. 97 ss.

¹³⁹⁰ Las circunstancias existentes en el momento de la contratación son de naturaleza objetiva, como el poder de negociación de las partes, el control o la posición dominante de éstas en el mercado, o las atinentes a las características de éste, a los usos del tráfico en un determinado sector, las condiciones tecnológicas de cada momento, la publicidad que se haya hecho de un bien o servicio, entre otras.

servicio objeto del mismo, las demás cláusulas del contratos o las de los contratos conexos, y no en la simple desviación del derecho dispositivo, en donde ha de recaer la atención del juez para determinar la abusividad de la cláusula en cuestión.¹³⁹¹

Además de los problemas que comporta establecer la existencia de un desequilibrio del contrato, relacionados con la definición de los términos y el criterio de la comparación (valoraciones que remiten a los problemas de racionalidad y objetividad de las decisiones judiciales y de la suficiente y adecuada justificación de las mismas), la mera contravención de una cláusula a lo dispuesto por el derecho dispositivo no permite concluir de manera definitiva la abusividad de la misma.¹³⁹²

En primer lugar porque el ordenamiento prevé la posibilidad de que las partes, siempre dentro de los límites trazados por las normas imperativas, opten por una regulación de sus intereses distinta a la prevista en el derecho dispositivo, que se adecúe mejor a sus necesidades en cada caso concreto.¹³⁹³

Por otra parte, según lo exige expresamente el propio artículo 42 EC, para que una cláusula pueda ser considerada abusiva, no basta con que la misma produzca un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, sino que tal desequilibrio ha de ser injustificado, es decir, carente de razones que de manera suficiente lo justifiquen.¹³⁹⁴

En este sentido, no cualquier desequilibrio es suficiente para calificar una cláusula abusiva, pues de hecho habrá siempre cláusulas o condiciones que, atendiendo las circunstancias del caso concreto, se separan de manera justificada del derecho dispositivo.¹³⁹⁵

Por desequilibrio del contrato, en resumen, no debe entenderse la mera contravención del derecho dispositivo, sino la contravención injustificada del mismo, lo que supone que el juicio de abusividad no sólo tenga por objeto comprobar la existencia misma del desequilibrio en los derechos y obligaciones del contrato, sino también definir, teniendo en cuenta las condiciones particulares del caso concreto, la suficiencia de las razones que puedan justificarlo.¹³⁹⁶

Las circunstancias que inciden en la abusividad de una determinada cláusula pueden ser también las particulares de cada contrato, como los tratos previos con un cliente determinado, las relaciones anteriores con un mismo cliente, la apariencia externa del contrato, los hechos del predisponente anteriores a su celebración, todo lo cual puede tener incidencia en el juicio de sorpresividad, como quiera que en un caso concreto pueden generar en el consumidor una expectativa especial sobre el contenido del contrato que puede ser frustrada por una cláusula o condición. Tales circunstancias deben valorarse conjuntamente, sin que unas excluyan a las otras.

¹³⁹¹ PERTIÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1635-7.

¹³⁹² CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 88.

¹³⁹³ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 88 ss.

¹³⁹⁴ CARBALLO FIDALGO, ob. cit., p. 88; CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 97 ss.

¹³⁹⁵ ob. cit., p. 97 ss.

¹³⁹⁶ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 88.

Tampoco la sola contravención, sino la contravención injustificada del derecho dispositivo, ha de entenderse como un desequilibrio injustificado. Precisamente el objeto del juicio de abusividad, en especial de su etapa discursiva, será determinar si, a pesar de apartarse del modelo equilibrado que representa el derecho dispositivo, el desequilibrio que la cláusula o condición produce en la distribución de derechos y obligaciones del contrato se encuentra debidamente justificado teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio objeto del mismo o las circunstancias concurrentes al momento de su celebración (mandato de ponderación).¹³⁹⁷

66.6. Desequilibrio injustificado.¹³⁹⁸

Como hemos visto, establecido el desequilibrio, se ha de definir si el mismo es o no justificado.¹³⁹⁹ Definida la existencia de un desequilibrio contractual, seguidamente se debe comprobar si tal desequilibrio se halla suficientemente justificado, es decir, si existen razones que de manera suficiente lo justifiquen. Tal comprobación tiene lugar en la etapa discursiva del juicio de abusividad.¹⁴⁰⁰

En términos generales, el desequilibrio injustificado alude a la idea de ventaja excesiva o exagerada que el predisponente se autoatribuye en perjuicio del consumidor, sin que haya contrapartida o razones suficientes que lo justifiquen.¹⁴⁰¹

El concepto de desequilibrio presupone una ampliación de ventajas a favor del empresario, o un aligeramiento o eliminación de sus obligaciones o deberes y, correlativamente, una agravación de las cargas y obligaciones del consumidor, sin que haya un motivo serio o un fundamento legítimo que de manera suficiente lo justifique.¹⁴⁰²

Ahora bien, como quiera que en el juicio de abusividad se trata es establecer si una cláusula es o no abusiva, no de manera abstracta sino atendiendo las especificidades del caso concreto y las circunstancias particulares de la celebración y ejecución del contrato, el juez, con la ayuda de algún criterio de medición ha de valorar, ponderar o pesar las razones que tuvo el predisponente para configurar e imponer dicha cláusula frente a las razones que tiene el consumidor para oponerse a ella.¹⁴⁰³

¹³⁹⁷ *ob. cit.*, p. 88; y CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 97 s

¹³⁹⁸ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹³⁹⁹ v. *supra*, p. 308, n. 1327.

¹⁴⁰⁰ CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 88.

¹⁴⁰¹ PEGLION-SIKA, *La notion de clause abusive*, p. 231 ss.

¹⁴⁰² CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36; y KOCH, *Die normtheoretische Basis der Abwägung*, *ob. cit.*, p. 10 ss.

¹⁴⁰³ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

Con la ayuda de este criterio o parámetro, el juez podrá definir la suficiencia o insuficiencia de las razones que fundamentan la posición de cada una de las partes y decidir si la cláusula en examen es o no abusiva. El desequilibrio justificado de acuerdo con este criterio valida la cláusula o condición en examen, a pesar del trastorno o la desarmonía que ocasiona en los derechos y obligaciones de las partes.¹⁴⁰⁴

En este sentido, serán abusivas las cláusulas o condiciones que produzcan un desequilibrio en la medida en que éste carezca de un fundamento plausible o de razones que de manera suficiente lo justifiquen.¹⁴⁰⁵

66.6.1. Valoración circunstanciada de la abusividad contractual.

Según el artículo 42 EC, tanto las razones que puedan justificar el desequilibrio, como la importancia o magnitud del mismo, han de ser apreciados en cada caso concreto teniendo en cuenta las condiciones particulares del contrato (mandato de ponderación) o, como se dice en el derecho español, unos “criterios instrumentales de ponderación” (art. 82 TRLGDCU), relacionados con la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, las demás cláusulas del contrato o las de otro con el que aquel guarde algún nexo de dependencia (num. 3).¹⁴⁰⁶

En el caso colombiano, la valoración circunstanciada que supone el juicio de abusividad tiene un espectro más amplio como quiera que, además de los anteriores criterios, el carácter abusivo de la cláusula o condición supone la valoración conjunta o global del contrato, no sólo porque ha de tener en cuenta la totalidad de sus cláusulas o estipulaciones, sino también porque el juez, a partir de la existencia del desequilibrio contractual, ha de ponderar, con la ayuda del principio de proporcionalidad, la suficiencia de las razones fácticas o jurídicas que puedan justificar tal desequilibrio.¹⁴⁰⁷

En la etapa discursiva, en efecto, el juez deberá definir la suficiencia de las razones que justifiquen el desequilibrio ocasionado por la imposición unilateral de la cláusula o condición en examen, resultado que logra mediante la ponderación de las razones que jueguen a favor o en contra de mantener tal cláusula o condición (pretensión del predisponente) o, por el contrario, excluirla del contenido del contrato por afectar injustificadamente al consumidor adherente.¹⁴⁰⁸

¹⁴⁰⁴ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁴⁰⁵ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, *ob. cit.*, p. 88.

¹⁴⁰⁶ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 88; y ALEXY, *On Balancing and Subsumption*, *ob.cit.*, p. 433.

¹⁴⁰⁷ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 88.

¹⁴⁰⁸ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 88.

El resultado de tal proceso es la norma particular de decisión (Nd) que define lo que al predisponente le está prohibido, permitido u ordenado desde el punto de vista de la prohibición de abuso.

Tal norma de decisión expresa la relación de precedencia condicionada de las razones fácticas o jurídicas que juegan a favor o en contra del mantenimiento de la cláusula o condición en examen, o de su exclusión como contenido del contrato.¹⁴⁰⁹

66.6.2. Criterios metodológicos.

La aplicación de las normas legales de abusividad, y la correcta fundamentación de los actos judiciales en que se materializa dicha aplicación, en especial la concreción de la prohibición de abuso y la fundamentación de la norma adscrita a que da lugar, la efectúa el juez con la ayuda de ciertos criterios metodológicos, de variado carácter material o estructural.¹⁴¹⁰

Los criterios materiales brindan al juez elementos de juicio que le permiten establecer, a partir de las normas directamente estatuidas, qué concretos mandatos, permisiones o prohibiciones constituyen el contenido de las normas adscritas como parte del ámbito normativo de las disposiciones legales relevantes y que, como premisa mayor de la fundamentación interna del juicio de abusividad, le permiten definir cuándo una cláusula es o no abusiva.¹⁴¹¹

En este sentido, son criterios materiales, utilizados corrientemente por la jurisprudencia y la doctrina, el principio de buena fe y las teorías sobre el equilibrio normativo del contrato.¹⁴¹²

Ahora bien, como quiera que no existe consenso acerca de cuáles de estos criterios materiales deben concurrir en la fundamentación de los casos difíciles, ni sobre el contenido de los mismos, principios como la buena fe son normalmente insuficientes para fundamentar correctamente las normas adscritas que requiere la aplicación concreta de la prohibición de abuso.¹⁴¹³

Los criterios estructurales, en cambio, son aquellos que determinan la manera en que debe llevarse a cabo la fundamentación correcta de las normas adscritas y la forma en que deben resolverse las colisiones entre los diversos criterios materiales relevantes.¹⁴¹⁴

¹⁴⁰⁹ ALEXY, *On Balancing and Subsumption*, ob.cit., p. 433; y LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 265.

¹⁴¹⁰ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 88.

¹⁴¹¹ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 487.

¹⁴¹² CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 88.

¹⁴¹³ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 97. Al respecto véase la muy autorizada crítica de WIEACKER sobre la insuficiencia del principio de buena fe como criterio para definir el contenido y los límites de los derechos subjetivos en materia de obligaciones y contratos (WIEACKER, *El principio general de buena fe*, ob. cit., p. 29-41).

¹⁴¹⁴ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 88

Los criterios estructurales organizan, dentro del juicio de abusividad, la fundamentación de las normas adscritas mediante un procedimiento de varias etapas, declarativas unas y discursivas otras, en las que se consideran los argumentos materiales, fácticos y jurídicos, a favor y en contra de la validez de la norma adscrita relevante.¹⁴¹⁵

Dentro de tales criterios estructurales sobresalen los principios de proporcionalidad, racionalidad y razonabilidad.¹⁴¹⁶

67. Sobre la aplicación del derecho.¹⁴¹⁷

Las normas jurídicas constan de los siguientes dos elementos: supuesto y disposición. El supuesto jurídico o condición es la hipótesis que, al realizarse, da nacimiento a las consecuencias que la disposición señala, vale decir, los deberes y derechos que la realización del supuesto produce.¹⁴¹⁸

El proceso de aplicación judicial supone la previa determinación de la norma general que va a aplicarse al caso concreto. En otros términos, una norma general es aplicable a un caso concreto en la medida en que éste se encuentre previsto con anterioridad en aquélla.¹⁴¹⁹

En consecuencia, para establecer si un hecho tiene o no consecuencias jurídicas, se ha de buscar la norma aplicable al mismo, lo que suele efectuarse mediante la generalización o abstracción del hecho en cuestión para investigar después si dentro de un ordenamiento determinado existe alguna norma jurídica que lo prevea.¹⁴²⁰

En conclusión, toda aplicación de normas jurídicas supone lógicamente la existencia y determinación de éstas, en relación con los casos concretos a los cuales pretende aplicarse.¹⁴²¹

¹⁴¹⁵ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 97.

¹⁴¹⁶ BERNAL, ob. cit., p. 127-8.

¹⁴¹⁷ ALEXY, Robert, "Justification and Application of Norms", Ratio Juris, RJ, vol. 6, 2, 1993 (July), p. 157-70.

¹⁴¹⁸ El supuesto jurídico es la enunciación de algo posible que, al convertirse en realidad, provoca consecuencias en derecho. El nacimiento de estas, contrario sensu, depende de la realización de la hipótesis prevista legalmente. Por ello se distingue en la norma una hipótesis o condición (supuesto jurídico) y una consecuencia jurídica, consistente básicamente en los deberes y derechos que se derivan de la realización del supuesto jurídico. Tal realización son los hechos jurídicos en sentido lato.

En otras palabras, cuando se realizan las condiciones que integran el supuesto, *ipso facto* se producen las consecuencias jurídicas previstas en la disposición legal de que se trate.

Al respecto, GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al estudio del derecho*, ob. cit., p. 318.

¹⁴¹⁹ RÜTHERS, *Teoría del derecho*, ob. cit., p. 50 ss.

¹⁴²⁰ RÜTHERS, ob. cit., p. 50 ss.

¹⁴²¹ GARCÍA MÁYNEZ, ob. cit., p. 321.

Ahora bien, salvo lo que se dirá luego sobre la aplicación judicial de las normas con estructura de principio, el razonamiento de aplicación de las normas jurídicas es de tipo silogístico: la premisa mayor está constituida por la norma genérica; la menor por el juicio que declara realizado el supuesto jurídico de aquélla; y la conclusión por el que se imputa a los sujetos implicados en el caso las consecuencias previstas en la norma.¹⁴²²

La aplicación judicial de las normas sobre abusividad contractual y, en general, de las normas jurídicas, parte del principio de división de poderes y la sujeción a la ley de todos los operadores jurídicos. Estos, y en especial los jueces, no pueden usurpar las funciones propias del legislador con el pretexto de la interpretación de las leyes.¹⁴²³

En la aplicación de las leyes, la propia Constitución ordena a los jueces un trato igualitario de aquellos supuestos fácticos que sean iguales, exigencia que se puede objetivamente verificar si el operador jurídico señala explícitamente las normas a las que ha recurrido y utilizado en la fundamentación de sus decisiones.¹⁴²⁴

En efecto, tal mandato obliga al operador jurídico, en primer lugar, a dar cuenta de la norma legal general con la que ha de valorar el supuesto fáctico y, en su ausencia, falta o defecto, a desarrollar, por la vía de la integración judicial del derecho (*Rechtsfortbildung*), una regulación propia.¹⁴²⁵

Esta regulación, empero, no ha de regir sólo para el caso específico, sino que ha de ser formulada en términos generales de manera que sirva para subsumir en ella casos parecidos futuros, a los cuales el juez, por la exigencia anotada de igualdad,

¹⁴²² *ob. cit.*, p. 321-2.

¹⁴²³ CALVO GARCÍA, Manuel, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, Tecnos, 1994.

¹⁴²⁴ RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, *ob. cit.*, p. 319 ss. Los problemas metodológicos no conciernen sólo y esencialmente a la ciencia jurídica. Sus destinatarios principales son los jueces que, en un Estado de derecho regido por el principio de división de poderes, deben resolver los conflictos mediante la aplicación de las normas jurídicas. Para el cumplimiento de esta función, los jueces reciben de la ciencia jurídica un apoyo importante, incluyendo sus aportes y teorías sobre el derecho creado judicialmente y el desarrollo de metodologías para la aplicación del derecho.

En este sentido, los métodos de aplicación jurídica realmente practicados por los jueces y los funcionarios de la administración (los métodos reales de la práctica judicial y administrativa), constituyen un objeto importante de la teoría, la investigación y la crítica de la ciencia del derecho.

Al respecto, LARENZ, *Metodología*, *ob. cit.*, p. 278 ss; LARENZ, Karl y CANARIS, Claus-Wilhelm, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Studienaufgabe)*, 3. Aufl., Berlín/Heidelberg, Springer, 1995; PAWLOWSKI, Hans Martin, *Methodenlehre für Juristen*, Heidelberg, C.F. Müller, 199; ZIPELIUS, Reinhold, *Introduction to German Legal Methods* (Kirk W. JUNKER and P. Mathew ROY, translate from the Thend German edition of *Juristischen Methodenlehre*, C.H. Beck, München, 2006), Durham (Carolina del Norte), Carolina Academic Press, 2008; e *ID.*, ZIPELIUS, Reinhold, *Juristische Methodenlehre*, München, C.H. Beck, 11 Aufl., 2012.

¹⁴²⁵ RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, *ob. cit.*, p. 322; ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, *ob. cit.*; e *ID.*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, *ob. cit.*

está en la obligación de aplicar la norma desarrollada por vía de integración y a título de precedente.¹⁴²⁶

Esta explicitación y transparencia será el medio que permita verificar que el juez ha decidido los casos similares de forma igual, pues de lo contrario permanecerían en la más completa oscuridad las razones que han movido al juez a aplicar una cierta norma a un caso concreto.¹⁴²⁷

La exigencia de igualdad reclama, igualmente, que exista un criterio de derivación demostrable entre las premisas empleadas para la decisión (las normas jurídicas) y las consecuencias extraídas por el juez de ellas. La obligación de explicitar las razones y los argumentos del fallo posibilita el examen de la validez de las premisas utilizadas y de las conclusiones así extraídas.¹⁴²⁸

El operador jurídico, y el juez en particular, debe aplicar el derecho a los casos a él sometidos, y lo que deba considerarse como derecho válido está definido primeramente en la Constitución y en el sistema jurídico de fuentes. En la aplicación del derecho se trata, en primer lugar, de encontrar el derecho válido formulado en proposiciones jurídicas abstractas y generales, definido por las fuentes jurídicas del ordenamiento y, en segundo lugar, de concretar objetivamente dichas normas generales en el respectivo problema concreto.¹⁴²⁹

De lo anterior se sigue el estrecho ligamen que une las fuentes jurídicas y los métodos de aplicación del derecho, los cuales tienen la función de dirigir el proceso judicial de obtención del derecho vigente. Los métodos, en consecuencia, han de respetar el riguroso vínculo del operador jurídico con las proposiciones jurídicas existentes y válidas.¹⁴³⁰

Se trata en este proceso de transformar, conforme a la Constitución y de manera controlada y controlable racionalmente, aquellas normas jurídicas formuladas en términos abstractos y generales, en normas que puedan aplicarse a las disputas y problemas concretos.¹⁴³¹

La dificultad mayor surge en los casos en que una disputa jurídica no se encuentra regulada legalmente, cuya solución obliga al juez, como hemos visto, a arbitrar una

¹⁴²⁶ RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 322; y KOCH, Hans-Joachim y RÜBMAN, Helmuth, *Juristische Begründungslehre, Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, Múnich, C. H. Beck, 1982.

¹⁴²⁷ RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 322.

¹⁴²⁸ RÜTHERS, ob. cit., p. 325.

¹⁴²⁹ ENGISCH, Karl, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, Carl Winter, 2ª Auflage, 1968.

¹⁴³⁰ RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 325.

¹⁴³¹ RÜTHERS, ob. cit., p. 325; y GARRN, Heino, *Zur Rationalität rechtlicher Entscheidungen*, Stuttgart, Steiner, 1986.

regulación propia, pero no de cualquier manera o de forma arbitraria, sino mediante un proceso racionalmente controlable y controlado de integración del derecho.¹⁴³²

Según lo visto, la aplicación del derecho consiste, básicamente, en derivar y fundamentar un fallo individual a partir del ordenamiento jurídico.¹⁴³³ El operador jurídico debe tomar una decisión y, al igual que cualquier otro sujeto que aplique normas, debe argumentar o fundamentar por qué la aplicación de esa norma a un caso particular conduce a ese resultado particular (teoría de la fundamentación o argumentación jurídica).¹⁴³⁴

Aparte de la búsqueda de la norma aplicable y la determinación de los sujetos a quienes se imputa o atribuye las consecuencias jurídicas, los problemas generales que la aplicación judicial del derecho objetivo a casos concretos puede producir, son los siguientes: la determinación de la vigencia de la norma (cuyo estudio corresponde a los cursos de derecho constitucional relativos al proceso legislativo); los problemas de interpretación e integración de la misma; su posible retroactividad; y los conflictos de leyes en el espacio.¹⁴³⁵

67.1. Fases o etapas de la aplicación del derecho.

Siendo el derecho objetivo un acervo o una multiplicidad de proposiciones jurídicas que han de usarse en la resolución de disputas y conflictos particulares, la aplicación del derecho consiste, bien en la selección de las proposiciones pertinentes y

¹⁴³² CANARIS, *De la manière de constater et de combler les lacunes en droit allemand*, ob. cit.

¹⁴³³ BRÜGGEMANN, Jürgen, *Die richterliche Begründungspflicht: verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an die Begründung gerichtlicher Entscheidungen*, Berlín, Duncker und Humblot, 1971; y TARUFFO, Michele, *La motivación de la sentencia civil* (Lorenzo CORDOVA VIANELLO, trad.), Madrid, Trotta, 2006, p. 99 ss.

¹⁴³⁴ KOCH, Hans-Joachim y RÜBMAN, Helmuth, *Juristische Begründungslehre, Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, Múnich, C. H. Beck, 1982; NEUMANN, Ulfrid, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986; BUCHWALD, Delf, «Rational legal justification: Coherence and concreteness», en KOCH, Hans-Joachim/NEUMANN, Ulfrid (eds.), *Praktische Vernunft und Rechtsanwendung*, ARSP, Beiheft 53, 1994; *Id.*, *Der Begriff der rationalen juristischen Begründung, Zur Theorie der juristischen Vernunft (Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie)*, Baden-Baden, Nomos, 1990; y ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica* (Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO, trad.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, 2007.

v. también, ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, CEC, 1991; e *Id.*, *Derecho y argumentación jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

¹⁴³⁵ GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al estudio del derecho*, ob. cit., p. 323-4. Las respuestas que presupone la aplicación del derecho se relacionan con los siguientes problemas metodológicos: 1º Cuál es el fin o la meta de la aplicación del derecho; 2º Qué pasos metodológicos debe seguir la aplicación del derecho; y 3º Cómo se determina el supuesto fáctico, el caso o el conflicto concreto que debe resolverse.

Sobre la importancia de los aspectos metodológicos del derecho (metodología jurídica), esto es, de los problemas comunes asociados a las distintas formas de aplicación e interpretación de las normas jurídicas en un Estado jurídicamente organizado y que goza de una serie de garantías consolidadas de acceso a la justicia, v. FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. IV, Tubinga, Mohr, 1977; BYDLINSKI, Franz, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2ª Auflage, Wien/New York, 1991; RAISCH, Peter, *Juristische Methoden, Vom antiken Rom bis zur Gegenwart*, Heidelberg, C.F. Müller, 1995; y RIESENHUBER, Karl (ed.), *Europäische Methodenlehre: Handbuch für Ausbildung und Praxis*, Berlín/Múnich/Boston, Walter de Gruyter, 2015.

En contra, RADBRUCH, Gustav, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Stuttgart, Koehler, 1952, p. 242; y MÜLLER, Friedrich, *Juristische Methodik*, Berlín, Duncker und Humblot, 1989.

relevantes, bien en su interpretación y aplicación propiamente dicha al caso concreto.¹⁴³⁶

Buscar y seleccionar la norma relevante dentro del área correspondiente del ordenamiento jurídico (derecho público o derecho privado, para hablar sólo de las áreas más generales), e incluso dentro de un área más particular (derecho de obligaciones, de contratos, etc.), supone establecer un vínculo entre un supuesto jurídicamente relevante y un plexo normativo a través del cual el operador jurídico examina si, y de qué manera, el problema a resolver se halla regulado en un área específica del ordenamiento: el ir y venir de la mirada, de los hechos a las normas relevantes del ordenamiento jurídico, para utilizar la feliz expresión de ENGISCH.¹⁴³⁷

Este “ir y venir” de la mirada (“*Hin-und Herwandern des Blicks*”)¹⁴³⁸, de los hechos a las normas jurídicas, es la característica fundamental de la aplicación del derecho, que determina la selección de las normas pertinentes para el supuesto o caso particular en examen y que posibilita, igualmente, la particularización de aquellas normas que, por distintas razones resultan irrelevantes.¹⁴³⁹

Esta mirada que pondera entre los hechos de la vida y el plexo de las normas jurídicas, es el medio para ubicar o clasificar el conflicto o la disputa en el marco de las normas aplicables. La aplicación del derecho, en otras palabras, consiste en un análisis comparativo y en una valoración de los hechos de la vida a partir de criterios normativos.¹⁴⁴⁰

La clasificación comparativa de la realidad y las normas o, mejor, la valoración jurídica de las disputas o casos concretos se lleva a cabo en varias o etapas o fases en las que tienen lugar los actos particulares de la aplicación del derecho:

1º Los hechos o acontecimientos de la vida que se quieren juzgar o resolver deben, en primer lugar, ser aprehendidos, esto es, investigados o investigados, para lo cual deben ser estructurados en una forma lingüística, llamada supuesto fáctico, que resulte adecuada para su aplicación jurídica.¹⁴⁴¹

2º Luego se han de buscar las normas jurídicas que sean decisivas, relevantes o pertinentes para la valoración del supuesto fáctico. El operador jurídico no examina

¹⁴³⁶ RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 325.

¹⁴³⁷ ENGISCH, Karl, *Einführung in das juristische Denken (Introducción al pensamiento jurídico)*, Ernesto GARZÓN VALDEZ, trad., Madrid, Guadarrama, 1967), 11. Auflage, Stuttgart, 2010.

¹⁴³⁸ ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, ob. cit. Sobre la traducción de esta expresión al castellano, v. RODRÍGUEZ MOLINERO, Manuel, «Prólogo a la nueva edición española», en LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 7.

¹⁴³⁹ RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 326.

¹⁴⁴⁰ RÜTHERS, ob. cit., p. 326.

¹⁴⁴¹ ob. cit., p. 326.

aquí una única norma, sino que ha de buscar la respuesta al caso en la totalidad del ordenamiento jurídico.¹⁴⁴²

3º Después se debe examinar si el supuesto fáctico establecido satisface el tipo respectivo de la norma pertinente, examen que de manera general se denomina “subsunción”.¹⁴⁴³ Ahora bien, la subsunción no es procedimiento aislado que consista en clasificaciones puramente cognitivas de los elementos fácticos, ni es la consecuencia de puras deducciones lógicas, pues muchos tipos normativos se fundamentan en elementos de carácter valorativo o teleológico.¹⁴⁴⁴

4º Si el hecho o acontecimiento de la vida, el supuesto fáctico, satisface o se ajusta al tipo de la norma aplicable, entonces se debe enunciar o atribuir la consecuencia jurídica prevista en la misma, siempre que no se oponga a otras normas del ordenamiento, como pueden ser las normas constitucionales. La consecuencia jurídica prescrita en una disposición es definida, por parte del operador, únicamente cuando ésta se corresponde con el fin normativo de la ley, o cuando la consecuencia jurídica no resulte, según los principios generales del derecho, totalmente desproporcionada.¹⁴⁴⁵

67.2. La determinación de los destinatarios de las consecuencias jurídicas.

La realización del supuesto jurídico implica siempre, de modo necesario, un cambio o una modificación del mundo externo que produce el nacimiento, la transmisión, modificación o extinción de deberes y derechos, consecuencias éstas que han de imputarse necesariamente a determinados sujetos.¹⁴⁴⁶

En este sentido, aplicar una norma es formular un juicio imputativo en relación con unos sujetos que, a consecuencia de la realización de un supuesto jurídico, resultan obligados o facultados.¹⁴⁴⁷

¹⁴⁴² *ob. cit.*, p. 322.

¹⁴⁴³ ENGISCH, Karl, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 1960, p. 26 ss; y ALEXI, Robert, «*Die logische Analyse juristischer Entscheidungen*», en *Id.*, *Recht, Vernunft, Diskurs, Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995, p. 13 ss.

¹⁴⁴⁴ RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, *ob. cit.*, p. 327.

¹⁴⁴⁵ RÜTHERS, *ob. cit.*, p. 327.

¹⁴⁴⁶ GARCÍA MÁYNEZ, *ob. cit.*, p. 318-9; y SCHREIER, *Conceptos y formas fundamentales del derecho*, *ob. cit.*, p. 142.

¹⁴⁴⁷ La determinación de los sujetos a quienes se imputa la realización del supuesto de hecho, constituye, pues, uno de los problemas metodológicos que plantea la aplicación judicial del derecho. En el acto de aplicación del derecho podemos distinguir, en efecto, dos momentos: La comprobación de que un hecho realiza la hipótesis prevista en la norma; y la atribución o imputación de las consecuencias jurídicas que tal realización conlleva para determinadas personas.

Tal determinación ha de hacerse *in concreto*, como quiera que se trata de la individualización de los sujetos pasibles de los deberes, o de los titulares de los derechos condicionados por el hecho jurídico. La individualización de los sujetos supone, por tanto, la prueba de que el hecho jurídico les es imputable o atribuible.

Al respecto, GARCÍA MÁYNEZ, *ob. cit.*, p. 318-9; y SCHREIER, *Conceptos y formas fundamentales del derecho*, *ob. cit.*, p. 142.

En resumen, la aplicación del derecho puede segmentarse o dividirse en cuatro etapas esenciales:

- 1º La determinación del supuesto fáctico;
- 2º La búsqueda de las normas aplicables;
- 3º La subsunción del supuesto fáctico en el tipo de la norma pertinente; y
- 4º La enunciación o atribución de las consecuencias jurídicas.¹⁴⁴⁸

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que estas etapas y actos de la aplicación del derecho no son independientes y separados entre sí, a la manera de compartimentos estancos, sino que se entremezclan y relacionan entre sí. La determinación del supuesto fáctico, por ejemplo, depende directamente del tipo de norma aplicable, pues ésta es la que indica al operador jurídico los hechos y acontecimientos de la vida jurídicamente relevantes. El mero planteamiento del supuesto fáctico y su investigación se realizan, por regla general, con miras en las disposiciones jurídicas pertinentes.¹⁴⁴⁹

67.3. La investigación de los hechos.

La determinación de los hechos conduce y dirige la aplicación del derecho, como quiera que aquella determinación se realiza según las normas jurídicas. A su vez, las disposiciones jurídicas presuponen la determinación fáctica y presuponen su contenido.¹⁴⁵⁰

Una decisión jurídica acertada, como se exige de los operadores del derecho, presupone un conocimiento exacto de los acontecimientos que se pretenden juzgar. El operador debe, por tanto, conocer y entender muy bien su caso y sus vínculos con el respectivo entorno social, pues sólo de esta manera podrá encontrar la norma jurídica pertinente y aplicarla de manera objetiva.¹⁴⁵¹

De la investigación histórica y de las teorías desarrolladas a partir de ella, es conocido lo difícil que es captar y reconstruir un proceso histórico en su devenir concreto de una forma fidedigna. A menudo no existe sólo una historia, sino más bien tantas historias como reconstrucciones de los respectivos historiadores.¹⁴⁵² El

¹⁴⁴⁸ LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 272 ss; RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 327.

¹⁴⁴⁹ RÜTHERS, ob. cit., p. 328; y ENGISCH, Karl, «*Le fait et le droit en droit allemand*», en *Le fait et le droit*, Bruselas, Bruylant, 1961.

¹⁴⁵⁰ LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 278 ss; KOCH y RÜßMANN, *Juristische Begründungslehre*, ob. cit., p. 271-345; y RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 327.

¹⁴⁵¹ ENGISCH, *Le fait et le droit en droit allemand*, ob. cit., p. 88.

¹⁴⁵² LE GOFF, Jacques, *Pensar la historia*, Barcelona, Altaya, 1995, p. 104 ss; y JASPERS, Karl, *Origen y meta de la historia*, Barcelona, Madrid, Alianza, 1985, p. 303 ss.

operador jurídico se halla ante un problema similar cuando trata de reconstruir el supuesto fáctico que ha de valorarse jurídicamente a la luz de los diversos medios probatorios, que son también contradictorios y falibles.¹⁴⁵³

En la determinación de los hechos, el juez no puede proceder según su simple parecer, y si en el transcurso de aquélla aparecen dudas o controversias, entonces está sujeto, en cuanto a la determinación del resultado que arroje el examen de los hechos, a determinadas reglas procedimentales, en especial a las reglas de la carga y distribución de la prueba, contenidas por lo general en disposiciones procesales de las distintas jurisdicciones y de los distintos tipos de procedimiento.¹⁴⁵⁴

Si los hechos o acontecimientos no pueden determinarse con certeza, entonces una de las partes tendrá que asumir ese riesgo. A ello se denomina, justamente, carga de la prueba.¹⁴⁵⁵

En el derecho civil, por ejemplo, aunque con excepciones legales y judiciales, rige la regla según la cual cada parte procesal debe probar los hechos de los que deriva sus pretensiones. En el derecho penal, por el contrario, rige el principio según el cual en caso de duda, ésta debe resolverse a favor del imputado. La imposición de una sanción penal es viable o posible únicamente si el juez tiene la absoluta convicción de que el imputado quebrantó el tipo penal. En caso de duda, la sanción está fuera de toda consideración.¹⁴⁵⁶

Lo anterior pone de presente que las figuras e instrumentos disponibles para la aplicación del derecho no son, pues, los mismos en todas las ramas del derecho, y que más que de método se debe hablar de métodos de aplicación, como quiera que las normas jurídicas regulan ámbitos de la vida muy distintos de la sociedad y del Estado, y cada uno de los respectivos complejos normativos persigue unas metas, valores y propósitos específicos, cuya realización requiere de unos métodos también propios.¹⁴⁵⁷

Las funciones y fines normativos condiciona los métodos propios de las diversas ramas jurídicas. Un método único para la aplicación del derecho desconocería los contrastes y diferencias que existen entre las distintas formas normativas mediante

¹⁴⁵³ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos* (Jordi FERRER BELTRÁN, trad.), Madrid, Trotta, 2011, p. 89 ss. y 336 ss.

¹⁴⁵⁴ RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 329.

¹⁴⁵⁵ RÜTHERS, ob. cit., p. 330; y TARUFFO, *La prueba de los hechos*, ob. cit., p. 89 ss. y 336 ss.

¹⁴⁵⁶ TARUFFO, ob. cit., p. 89 ss. y 336 ss. Las distintas reglas probatorias para determinar los hechos o acontecimientos jurídicamente relevantes apuntan, a su vez, a distintas tareas y funciones del derecho en sus distintas ramas. En el derecho penal, por ejemplo, junto al principio *in dubio pro reo* existe otro principio de capital importancia para la aplicación del derecho: el principio de legalidad penal o *nulla poena sine lege*, el cual excluye la aplicación analógica de las disposiciones penales a supuestos fácticos similares en perjuicio del imputado. En otras ramas escasamente normadas, como el derecho del trabajo, el desarrollo judicial del derecho y el uso de la analogía son indispensables.

Al respecto, RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 330.

¹⁴⁵⁷ RÜTHERS, ob. cit., p. 331.

las cuales el legislador configura la realidad en los distintos ámbitos jurídicos y existenciales.¹⁴⁵⁸

Si el propósito principal es aplicar y hacer efectivo el derecho, esto sólo se puede alcanzar con métodos que tomen en cuenta las particularidades de cada uno de los respectivos campos jurídicos, así como las características especiales de los diferentes ámbitos de la vida que se desean configurar mediante las normas.¹⁴⁵⁹

67.4. Subsunción y silogismo jurídico.¹⁴⁶⁰

El procedimiento intelectual seguido para determinar la relación entre un supuesto de hecho y una norma jurídica se denomina subsunción.¹⁴⁶¹ El supuesto fáctico se subordina a la norma, esto es, se adecúa, satisface o se ajusta al tipo normativo y, por consiguiente, genera la consecuencia prescrita en aquélla.¹⁴⁶²

Este proceso intelectual se compone de varias etapas, pero antes del procedimiento de subsunción como tal, el operador jurídico, como presupuesto de toda aplicación del derecho, debe establecer los siguientes extremos: la investigación del hecho o acontecimiento y su clasificación dentro del ordenamiento jurídico. En el interior de éste, a grandes rasgos dividido en derecho público y derecho privado, busca el aplicador jurídico la norma que pueda ser aplicada al caso.¹⁴⁶³

La subsunción, en resumen, presupone, como parte del proceso de aplicación del derecho con miras a resolver un caso concreto, el conocimiento de la existencia y la capacidad de búsqueda sistemática de las respectivas normas. El problema típico de la aplicación del derecho se muestra, precisamente, en cómo el aplicador logra establecer el ligamen o la relación entre una norma abstracta y general y el hecho

¹⁴⁵⁸ LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 25 ss; y LARENZ, Karl y CANARIS, Claus-Wilhelm, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Studienaufgabe)*, 3. Aufl., Berlín/Heidelberg, Springer, 1995.

¹⁴⁵⁹ PAWLOWSKI, Hans Martin, *Methodenlehre für Juristen*, Heidelberg, C.F. Müller, 1991; y BYDLINSKI, Franz, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2ª Auflage, Viena/Nueva York, 1991.

Ahora bien, la pluralidad de métodos de aplicación del derecho no significa, sin embargo, arbitrariedad en su elección por parte del aplicador jurídico, pues así como en el derecho penal la prohibición de analogía está prescrita constitucionalmente, en otros campos, como el civil o laboral, aceptar una prohibición semejante implicaría una violación constitucional por denegación de justicia. Los distintos métodos, en consecuencia, están sujetos a las funciones asignadas constitucionalmente a la aplicación del derecho en los respectivos campos jurídicos.

Al respecto, RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 331.

¹⁴⁶⁰ LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 271-7; BYDLINSKI, Franz, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, ob. cit., p. 393-402; ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, ob. cit., p. 26 ss; y RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 333 ss.

¹⁴⁶¹ Del latín *subsumere*, poner o colocar debajo, en tanto que *norma*, en latín clásico, significaba originalmente un criterio o una orientación de trabajo para el artesano y, en general, de regulación de acciones humanas o de hechos concretos de la vida.

Al respecto, RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 333.

¹⁴⁶² LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 271-7; y RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 333.

¹⁴⁶³ RÜTHERS, ob. cit., p. 333.

o acontecimiento concreto que debe resolver.¹⁴⁶⁴ En el proceso de aplicación normativa, el juez establece una conexión entre una proposición jurídica y un acontecimiento fáctico.¹⁴⁶⁵

Ahora bien, un caso regularmente no puede ser clasificado como perteneciente exclusivamente a un sector particular del ordenamiento jurídico (derecho penal, civil, comercial, etc.), sino que debe ser examinado teniendo en cuenta normas de muy diferentes ramas del derecho.¹⁴⁶⁶

67.4.1. Silogismo jurídico.

A partir de la *Lógica* de Aristóteles,¹⁴⁶⁷ la aplicación de las normas jurídicas, especialmente de las que tienen el carácter de reglas, se suele entender en el sentido de un silogismo, donde la conclusión se extrae a partir de dos premisas previas.¹⁴⁶⁸

Dicho entendimiento desconoce, empero, la complejidad del procedimiento de aplicación del derecho y genera la falsa impresión de que la labor del juez se limita únicamente a la deducción de conclusiones lógicas.¹⁴⁶⁹

El trabajo de éste, sin embargo, consiste en juzgar, a partir de unos criterios valorativos generales y normados legalmente, un supuesto fáctico concreto. De allí que su labor se halle, no en el ámbito de la lógica, sino en el de la realización de ciertos fines, es decir, de la teleología.¹⁴⁷⁰

67.4.2. Lógica y fin en la aplicación del derecho.

El proceso de subsunción, es decir, la aplicación de una norma abstracta a un supuesto fáctico concreto, o de establecer una conexión concluyente entre reglas abstractas y acontecimientos específicos, es explicado por la lógica, en especial por la lógica formal, a veces mediante la conversión de las premisas mayor y menor en un lenguaje simbolizado. Esta vía para obtener soluciones jurídicas, aunque teóricamente más controlable, tiene en la práctica un uso sumamente limitado.¹⁴⁷¹

¹⁴⁶⁴ LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 271-7; y RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 334.

¹⁴⁶⁵ RÜTHERS, ob. cit., p. 334.

¹⁴⁶⁶ LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 265 ss; y RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 334.

¹⁴⁶⁷ ARISTÓTELES, *Tratados de lógica (El organon)* [Patricio DE AZCÁRATE, trad.], México, Porrúa, 1979; y ARISTOTELIS, *Topica et Sophistici Elenchi* (David ROSS, ed., 1958), Oxford, Clarendon Press, 2004.

¹⁴⁶⁸ LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 265 ss; RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 334-5; GAST, Wolfgang, *Juristische Rhetorik, Auslegung, Begründung, Subsumtion*, Heidelberg, Decker, 1988; y HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

¹⁴⁶⁹ LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 265 ss; y RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 335.

¹⁴⁷⁰ RÜTHERS, ob. cit., p. 335.

¹⁴⁷¹ LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 265 ss; RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 339; ALEXI, *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 273-348; y ADOMEIT, Klaus, *Rechtstheorie für Studenten, Normlogik-Methodenlehre-*

La lógica formal y, en especial, el principio de no-contradicción es de gran importancia para la jurisprudencia y para el proceso de creación y aplicación del derecho. Las contradicciones lógicas son errores graves en el trabajo de los jueces que ofrecen motivos de revisión de las sentencias así fundamentadas.¹⁴⁷²

Sin embargo, tanto la ciencia jurídica como la práctica judicial tratan, en lo fundamental, no con la lógica sino con la teleología, es decir, con la realización de fines por medio de las normas. Las metas regulativas perseguidas por las normas son el núcleo del derecho.¹⁴⁷³

La lógica formal, que se ha de observar tanto en la creación como en la aplicación del derecho es un auxiliar de la teleología, y un lenguaje jurídico artificial como el que ofrece la lógica no siempre está en capacidad de satisfacer las expectativas presentes en la realización de los fines que se proponen las normas, ni de propiciar su mejor control racional.

El lenguaje jurídico artificial está condenado a fracasar debido a la diversidad de los hechos de la vida, así como por la pérdida de precisión en que se incurre durante el proceso de traducción.¹⁴⁷⁴

67.4.3. Interpretación y concreción normativa.¹⁴⁷⁵

Establecidas las premisas mayor y menor, se ha de establecer ahora la relación entre una determinada característica del tipo normativo y un determinado fragmento del acontecimiento fáctico. Si la premisa menor (hecho) realiza la premisa mayor (norma), entonces, como conclusión, se derivará la consecuencia prevista en la norma. La conexión de las premisas constituye la principal labor dentro del proceso de aplicación del derecho objetivo.¹⁴⁷⁶

Esta labor consiste en precisar la premisa mayor a la luz del supuesto fáctico que ha de resolverse (premisa menor), con el propósito de que el tipo normativo

Rechtspolitologie (Introducción a la teoría del derecho, Lógica normativa, Teoría del método, Politología jurídica, Enrique BACIGALUPO, trad., Madrid, Civitas, 1984), Heidelberg, Decker, 1979.

v. también ALEXY, «*Die logische Analyse juristischer Entscheidungen*», en *Id.*, *Recht, Vernunft, Diskurs, Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995, p. 13 ss; KLUG, *Juristische Logik, ob. cit.*; y GAST, Wolfgang, *Juristische Rhetorik, Auslegung, Begründung, Subsumtion*, Heidelberg, Decker, 1988, núms. 24-55.

¹⁴⁷² RÜTHERS, *Teoría general del derecho, ob. cit.*, p. 339.

¹⁴⁷³ RÜTHERS, *ob. cit.*, p. 339; y VON IHERING, Rudolf, *El fin en el derecho (Zweck im Recht*, Leonardo RODRÍGUEZ, trad.), Granada, Comares, 2011.

¹⁴⁷⁴ LARENZ, *Metodología del derecho, ob. cit.*, p. 265 ss; y RÜTHERS, *Teoría general del derecho, ob. cit.*, p. 339-40.

¹⁴⁷⁵ ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, ob. cit.*, p. 88.

¹⁴⁷⁶ LARENZ, *Metodología, ob. cit.*, p. 265 ss; y RÜTHERS, *Teoría general del derecho, ob. cit.*, p. 335.

particular sea concretado. A esta concreción normativa se le denomina, precisamente, “interpretación” (*Auslegung*).¹⁴⁷⁷

Al final de la operación interpretativa se encuentra una disposición particular, concretada *ex professo* para el caso individual. Esta disposición particular, que expresa el límite de precisión necesario de subsunción, surge de la descomposición de la norma abstracta y general en sus distintos elementos.¹⁴⁷⁸

El operador jurídico, al final de sus esfuerzos por concretar y precisar la norma abstracta y general, erige una afirmación de certeza y deduce de su cadena argumentativa la circunstancia que cumple con el tipo normativo en cuestión.¹⁴⁷⁹

La cuestión metodológica que surge aquí será saber si el operador jurídico ha logrado entablar una relación argumentativa plausible entre la disposición jurídica y el acontecimiento fáctico. Se trata, en suma, de saber si las premisas mayor y menor justifican la derivación de la conclusión (fundamentación interna), es decir, si el fallo o la sentencia se deducen necesaria u obligatoriamente de las premisas propuestas.¹⁴⁸⁰

Los tipos legales son corrientemente indeterminados, imprecisos, enigmáticos, polisémicos o estar formulados de manera deficiente, y esto ocurre a veces con la conciencia y voluntad del legislador, de lo que se sigue que los textos jurídicos requieren siempre de una interpretación y que ésta debe orientarse según el fin de la norma que aquéllos contienen.¹⁴⁸¹

En conclusión, el silogismo jurídico refleja el proceso de aplicación del derecho sólo en forma básica o elemental, de allí que no resulte ser un modelo suficiente y

¹⁴⁷⁷ RÜTHERS, *ob. cit.*, p. 336; y LARENZ, *Metodología, ob. cit.*, p. 265 ss. Además, v. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, ob. cit.*, p. 88; y ESSER, *La interpretación, ob. cit.*, p. 41-73.

Sobre la interpretación jurídica general, v. FROSINI, Vittorio, *Teoría de la interpretación jurídica*, Bogotá, Temis, 1991, p. 121-34; e *Id.*, *Gesetzgebung und Auslegung*, Baden-Baden, Nomos, 1995.

¹⁴⁷⁸ LARENZ, *Metodología, ob. cit.*, p. 265 ss; y RÜTHERS, *Teoría general del derecho, ob. cit.*, p. 336; ALEXI, Robert, «*Juristischen Interpretation*», en *Id.*, *Recht, Vernunft, Diskurs, Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1995, p. 71 ss; MAC CORMICK, Neil y SUMMERS, Robert (eds.), *Interpreting Statutes, A Comparative Study*, Ashgate Dartmouth/Aldershot/Hong Kong/Singapore/Sidney, 1993; y el trabajo correspondiente al derecho alemán de ALEXI, Robert y DREIER, Rolf, «*Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany*», p. 73-121.

¹⁴⁷⁹ LARENZ, *Metodología, ob. cit.*, p. 265 ss; y RÜTHERS, *Teoría general del derecho, ob. cit.*, p. 336.

¹⁴⁸⁰ Los problemas y perplejidades que genera la subsunción se deben a que el legislador introduce, conscientemente, en los tipos normativos, conceptos jurídicos indeterminados, abiertos o necesitados de interpretación. De esta forma delegan, por así decirlo, las partes abiertas de las normas para que sean integradas por el operador jurídico. La creación normativa se delega a los operadores jurídicos, especialmente a las altas cortes y tribunales de justicia de última instancia. Los conceptos jurídicos indeterminados representan, en las leyes, verdaderas cláusulas de delegación.

Por otra parte, entre el momento de promulgación de una ley y el de su aplicación suelen ocurrir cambios en las circunstancias de la vida o en las valoraciones que de los supuestos fácticos hacen los operadores jurídicos, lo que razonablemente nos lleva a indagar si el legislador, ante esos cambios y esas nuevas circunstancias y valores hubiera expedido o mantenido aquella misma ley.

Al respecto, RÜTHERS, *Teoría general del derecho, ob. cit.*, p. 337.

¹⁴⁸¹ LARENZ, *Metodología, ob. cit.*, p. 265 ss; y RÜTHERS, *Teoría general del derecho, ob. cit.*, p. 338.

confiable para obtener soluciones jurídicas lógicas o predecibles. La subsunción implica que el operador establezca una conexión concreta entre una proposición jurídica y una circunstancia fáctica.

Cuando se logra una fundamentación convincente o plausible de esta relación se habla entonces de “justificación interna”, pues se trata de un ligamen aceptable o correcto entre las premisas, entre la norma y el hecho. La “justificación externa”, por el contrario, consiste en fundamentar las premisas utilizadas, lo cual se puede llevar a cabo mediante enunciados normativos o mediante enunciados empíricos.¹⁴⁸²

67.5. Colisión de principios y ponderación.¹⁴⁸³

Hasta ahora hemos tratado los problemas relacionados con la aplicación de las normas jurídicas con carácter de reglas, cuya explicación, con los alcances y limitaciones que hemos expresado, hace la ciencia del derecho con la ayuda de los conceptos de subsunción y de silogismo jurídico.¹⁴⁸⁴ Sin embargo, el fenómeno de la aplicación del derecho es mucho más complejo cuando se trata de normas con carácter o estructura de principio, las cuales, en caso de colisión, se aplican mediante ponderación.¹⁴⁸⁵

¹⁴⁸² RÜTHERS, *ob. cit.*, p. 338; y ALEXU, *Teoría de la argumentación jurídica, ob. cit.*, p. 214-22.

¹⁴⁸³ LARENZ, *Metodología, ob. cit.*, p. 400 ss; SCHILCHER, Bernhard *et al.* (eds.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Viena, Verlag Österreich, 2000; ALEXU, «Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik», en LATORRE, Massimo y SPADARO, Antonino (eds.), *La ragionevolezza nel diritto (Reasonableness in Law)*, Turín, Giapichelli, 2002; e *Id.*, “On Balancing and Subsumption”, *Ratio Iuris*, 4, 2003, p. 433.

¹⁴⁸⁴ LARENZ, *Metodología, ob. cit.*, p. 400 ss; y SCHILCHER, *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, ob. cit.*

¹⁴⁸⁵ LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho, ob. cit.*, p. 400 ss; ALEXU, *Zum Begriff des Rechtsprinzips, ob. cit.*, p. 79 ss; *Id.*, *Zur Struktur der Rechtsprinzipien, ob. cit.*; *Id.*, *Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik, ob. cit.*; e *Id.*, *On Balancing and Subsumption, ob. cit.*, p. 433.

Mientras las reglas se aplican de modo absoluto (todo o nada), los principios se aplican de modo gradual (más o menos). Por otra parte, mientras la colisión entre reglas se resuelve mediante la declaración de invalidez de una de ellas, la colisión entre principios es resuelta mediante un proceso de ponderación en el que se adjudica un determinado peso a cada uno de ellos, bien para el caso concreto, bien en abstracto.

Los anteriores criterios configuran la caracterización de los principios como tipos o especies normativas cargadas de un componente axiológico que, por no señalar una conducta determinada, no pueden, como las reglas, ser aplicadas de manera absoluta, sino de modo gradual y que, conviviendo en el ordenamiento jurídico, se pueden imponer unos a otros en los casos concretos según el peso relativo adjudicado a cada uno de ellos mediante su ponderación (DWORKIN y ALEXU).

Según ÁVILA (*Teoría de los principios, ob. cit.*, p. 5-82), tanto las reglas como los principios, deben aplicarse de modo que su contenido se realice totalmente, y no sólo de manera gradual. Por otra parte, tanto las reglas como los principios requieren de un proceso de ponderación al ser aplicados a un caso concreto. Quizás los principios en un grado mayor por su propia estructura y por la forma indeterminada como suelen estar formulados.

Sin embargo, a la hora de aplicar una regla a un caso concreto el aplicador realiza un juicio de adecuación y puede inaplicar la consecuencia aún cuando se realice el supuesto de hecho en la medida en que haya razones que le permitan concluir que su aplicación al caso concreto contraría la finalidad de la norma. Este elemento teleológico introduce un elemento axiológico en las reglas que la doctrina tradicional atribuye exclusivamente a los principios (ÁVILA, *ob. cit.*, p. 5-82).

De esta manera, la única diferencia entre reglas y principios, consiste, según ÁVILA, en que las primeras describen y ordenan las conductas directamente, en tanto que los principios se limitan tan solo a establecer los fines normativamente relevantes que, para ser realizados, han de concretarse en las conductas idóneas y necesarias para promover el fin (*ob. cit.*, p. 5-82).

La interpretación y aplicación de los principios exige, según ÁVILA, una correlación entre el estado de cosas puesto como fin y la conducta exigida como necesaria para lograr dicho estado de cosas, en tanto que la interpretación y aplicación de las

Actualmente, en el control constitucional de las leyes que desarrollan, intervienen, limitan o restringen los derechos fundamentales, la mayoría de los tribunales constitucionales se sirven del principio de proporcionalidad y de la ponderación inherente al mismo como método para definir el alcance de los derechos y demás principios constitucionales que colisionan entre sí en un caso particular y concreto.¹⁴⁸⁶

La amplitud con la que los tribunales hacen uso de este método, aplicable a cualquier sector del ordenamiento, se explica por la estructura misma de los principios, que son normas que se caracterizan por la ausencia de una delimitación o determinación tajante de los supuestos de hecho, o la no indicación de notas distintivas respecto de lo que es jurídicamente exigible.¹⁴⁸⁷

Los derechos o principios cuyos límites no están fijados de una vez para siempre, sino que en cierta medida son abiertos o movibles, pueden fácilmente entrar en colisión entre sí, justamente porque su amplitud o alcance normativo no está fijado de antemano.¹⁴⁸⁸

La ponderación surge precisamente del hecho de que no existe un orden jerárquico de todos los bienes y valores jurídicos a los que, como en una tabla, pueda atribuirse un peso específico.

En caso de conflicto, uno u otro derecho, uno u otro principio, ha de ceder hasta un cierto punto ante el otro, y este resultado lo consiguen los tribunales mediante la

reglas exige una correspondencia entre los hechos y la norma señalada en ellas con la finalidad que les da soporte (*ob. cit.*, p. 5-82).

¹⁴⁸⁶ En la sentencia sobre la regulación de las farmacias (*Apotheken*) [BVerfGE 7, 377], el Tribunal Constitucional Federal alemán resolvió el caso de si, una ley bávara de 1952 sobre la naturaleza de las farmacias, era compatible con la Ley Fundamental, específicamente con el derecho de la libre elección de profesión.

En dicha oportunidad sostuvo el tribunal que el legislador tiene tanto más limitada su facultad de regulación cuanto más se entromete en dicho derecho. Es decir, el derecho fundamental debe proteger la libertad del individuo, en tanto que la reserva de la regulación debe asegurar una protección de los intereses de la comunidad. La protección de la comunidad será tanto más urgente cuanto mayores sean las desventajas y peligros que pudieran originarse a la comunidad por el ejercicio totalmente libre de la profesión.

La solución a este conflicto sólo puede hallarse mediante la ponderación cuidadosa de la importancia de intereses opuestos y posiblemente entre sí directamente contradictorios. Si, según la Ley Fundamental, la personalidad humana libre es el valor supremo, resulta entonces que esa libertad sólo puede ser restringida en la medida en que es indispensable para el bien común.

Una regulación del ejercicio de la profesión sólo está justificada siempre que de este modo haya de protegerse un bien de rango superior de la comunidad, el cual precede a la libertad del individuo. El tribunal pondera la importancia del derecho fundamental a la libre elección de profesión, al que atribuye un peso elevado en el marco general de la Constitución, y el bien comunitario de la salud pública, a cuyo aseguramiento debe servir la regulación legal discutida.

Al respecto, LARENZ, *Metodología*, *ob. cit.*, p. 401-2.

¹⁴⁸⁷ LARENZ, *Metodología*, *ob. cit.*, p. 400; ALEX, «Zur Struktur der Rechtsprinzipien», en SCHILCHER, *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, *ob. cit.*; e *Id.*, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, *ob. cit.*, p. 79 ss.

¹⁴⁸⁸ LARENZ, *Metodología*, *ob. cit.*, p. 400; ALEX, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, *ob. cit.*, p. 79 ss; *Id.*, *Zur Struktur der Rechtsprinzipien*, *ob. cit.*

ponderación de los derechos en juego, según el peso que en la respectiva situación concreta tienen los bienes jurídicos en conflicto.¹⁴⁸⁹

Para volver al famoso caso de las farmacias, las restricciones del derecho fundamental a la libre elección de profesión, efectuadas por el legislador al establecer su regulación legal, son lícitas en la medida en que se requieran para evitar un peligro serio (idoneidad), no evitable de otro modo (necesidad), del bien jurídico igualmente importante de la salud pública (proporcionalidad en sentido estricto).¹⁴⁹⁰

El principio de proporcionalidad, y sus notas de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, representa la pauta o el criterio con el cual el tribunal mide la licitud constitucional de la regulación legal discutida.¹⁴⁹¹

En el caso Lüth, el Tribunal Constitucional alemán considera que si la meta y el fin de la manifestación no comporta reparo (legitimidad del fin), su precedencia en el caso concreto frente a otros derechos y bienes constitucionales depende además de que aquélla no sobrepase por su forma la medida lícita (proporcionalidad), lo que hace recordar la idea de que el medio y el fin deben estar en una relación mutua adecuada, o que el perjuicio del bien jurídico protegido (en este caso la moral y la protección de una actividad industrial lícita), no debe ir más allá de lo que requiere el fin aprobado.¹⁴⁹²

¹⁴⁸⁹ Según LARENZ, el ponderar y sopesar es sólo una imagen, pues no se trata de dimensiones cuantitativamente mensurables, ni matematizables, sino del resultado de valoraciones que no sólo deben ser remitidas a una guía o criterio general, sino también a la situación concreta de cada caso (*Metodología de la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 400).

Al respecto, v. ALEXU, *Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik*, ob. cit.; e ID., "On Balancing and Subsumption", ob. cit., p. 433.

¹⁴⁹⁰ LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 402-3; y ALEXU, *Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik*, ob. cit.; e ID., "On Balancing and Subsumption", ob. cit., p. 433.

¹⁴⁹¹ También en el caso Lüth (BVerfGE 7, 198) se prefigura ya el principio de proporcionalidad, y cada uno de sus componentes de idoneidad, necesidad y ponderación, como el criterio o pauta para medir la constitucionalidad de las leyes que intervienen en los derechos fundamentales. Se trataba aquí de establecer la relación de precedencia entre el derecho fundamental a la libre expresión de opiniones y la protección de la actividad industrial frente a una incitación al boicot. El Tribunal Constitucional Federal vió en principio o *prima facie* la posibilidad de restricción del derecho a la libre manifestación de opinión.

Sin embargo, dado el rango especialmente elevado que ostenta este derecho en atención a su indispensabilidad o "significación, sencillamente constitutiva" de la comunidad democrática, para resolver si una invitación al boicot es contraria a la moral, habrá de atenderse, en primer lugar, a los motivos, la meta y el fin de las manifestaciones, así como, en segundo lugar, una vez comprobado que la meta perseguida por el manifestante no comporta reparos (legitimidad del fin), se ha de comprobar también que no se ha sobrepasado la medida del perjuicio, necesario y adecuado según las circunstancias, de los intereses de otro.

El Tribunal llegó a la conclusión de que, según las circunstancias del caso concreto, ni los motivos, ni la meta y el fin de las manifestaciones han de enjuiciarse, según la situación objetiva general, como contrarios a la moral, negando, en consecuencia, la inmoralidad de la incitación al boicot, y otorgando la preeminencia o prioridad, en el caso concreto, al derecho a la libre manifestación de opinión.

Al respecto, LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 402-3; y ALEXU, *Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik*, ob. cit.; e ID., "On Balancing and Subsumption", ob. cit., p. 433.

¹⁴⁹² LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 404. También en el caso Lüth, el Tribunal distinguió claramente el caso en que la manifestación se dirija inmediatamente, por su meta y fin, contra el bien jurídicamente protegido de otro, de aquel en el que la manifestación se dirige a contribuir, en primer lugar, a la formación de la opinión pública, y el efecto desfavorable para el bien jurídico de otro es sólo un efecto secundario, aunque también inevitable (LARENZ, ob. cit., p. 404).

En otras decisiones,¹⁴⁹³ frente a la colisión también de derechos y principios constitucionales (libertad de prensa frente a la necesidad de defensa; libertad de información frente a la protección del honor y buen nombre, etc.), el Tribunal Constitucional Federal ha considerado la necesidad de la ponderación para definir cuál de los mismos ha de preceder al otro en el caso concreto.¹⁴⁹⁴

En este sentido se habla, por ejemplo, refiriéndose al legislador, de intromisiones sin motivo objetivo, de “abstenerse de intromisiones injustificadas en la esfera privada, de evitar exageraciones y, además, de ponderar si existe una relación defendible entre el fin que con la publicación se pretende y el menoscabo de su honor que sobreviene al afectado”.¹⁴⁹⁵

También que el derecho fundamental de libertad de información no era lícito restringirlo “más de lo que es indispensable” por motivos de la orden de ejecución de la prisión preventiva,¹⁴⁹⁶ todo lo cual alude a los conceptos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, o mandato de ponderación, propios del principio general de proporcionalidad.¹⁴⁹⁷

En otros contextos, el Tribunal Supremo Federal ha declarado que las intervenciones que lesionan derechos sólo serán respaldadas o justificadas por la salvaguardia de intereses protegidos, cuando éstos constituyan, según el contenido, forma y circunstancias acompañantes, el medio obligado y necesario para la obtención del fin jurídicamente sancionado (principio del mayor respeto posible a los derechos ajenos),¹⁴⁹⁸ si bien en otra oportunidad ha atenuado este principio, en el sentido de que sólo se ha de exigir que exista “una relación adecuada” entre el fin perseguido y el perjuicio de aquello sobre cuyo actuar se informa.¹⁴⁹⁹

Todas estas sentencias testimonian el esfuerzo de la jurisprudencia por obtener soluciones diferenciadas, acordes con las particularidades de las situaciones y casos concretos, “sobre la base de las circunstancias concretas del hecho en cuestión”, así como de la exigencia de que, junto a los principios del medio más idóneo y de la proporcionalidad, debe existir una relación adecuada entre el medio elegido, que ocasiona el perjuicio, y el fin pretendido, en sí dado por bueno por la presunción de su constitucionalidad. Incluso cuando el fin no es rechazable, el medio elegido no debe, sin embargo, ir más allá de una medida racional.¹⁵⁰⁰

¹⁴⁹³ v., por ejemplo, BVerfGE 21, 239, 27, 71.

¹⁴⁹⁴ LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 404.

¹⁴⁹⁵ LARENZ, ob. cit., p. 405.

¹⁴⁹⁶ BVerfGE 15, 288, 295.

¹⁴⁹⁷ LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 405.

¹⁴⁹⁸ BGHZ 3, 270, 281; 8, 142, 145; 24, 200, 206.

¹⁴⁹⁹ BGHZ 36, 77, 82.

¹⁵⁰⁰ LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 406.

67.5.1. Conclusiones sobre la ponderación.

En resumen, de las anteriores decisiones pueden deducirse, para la ponderación de bienes, las siguientes conclusiones:

1º Se trata de saber si, según el orden de valores contenido en la Constitución, se puede establecer una clara prelación valorativa de uno de los bienes en cuestión frente al otro.¹⁵⁰¹

2º La vida y dignidad humanas tendrían en principio un rango superior a otros bienes, en especial frente a los estrictamente materiales.¹⁵⁰²

3º El Tribunal Constitucional Federal alemán, como hemos visto, otorga claramente una prelación valorativa, incluso frente a otros derechos fundamentales, a la libertad de opinión y a la libertad de información, a causa de su “significación, sencillamente constitutiva”, para la comunidad democrática.¹⁵⁰³

4º Sin embargo, en la mayoría de los casos se tratará, o bien de derechos de igual rango, o de bienes cuya disparidad excluye una comparación abstracta (la colisión entre el derecho de libertad de un individuo versus un bien de la comunidad como la salud pública, o entre la libertad de prensa y el interés de seguridad del Estado, por ejemplo).¹⁵⁰⁴

5º Se tratará entonces de definir la medida en que el bien jurídico protegido es realmente afectado, y el grado de perjuicio que habría de sufrir uno u otro bien en caso de que tuviera que ceder en favor del otro.¹⁵⁰⁵

6º En este sentido cobran validez e importancia los principios de proporcionalidad, del medio más idóneo o de la menor restricción posible. Según ello, el menoscabo de un bien no debe ir más lejos de lo que estrictamente se requiere en virtud de otro bien o de un fin jurídicamente sancionado o que por lo menos es defendible.¹⁵⁰⁶

La proporcionalidad, como principio material se convierte aquí en el criterio o en el hilo conductor metódico de la concreción judicial de la norma.¹⁵⁰⁷

¹⁵⁰¹ LARENZ, *ob. cit.*, p. 408.

¹⁵⁰² ALEXY, *Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik*, *ob. cit.*; e *Id.*, “On Balancing and Subsumption”, *ob. cit.*, p. 433; y LARENZ, *Metodología*, *ob. cit.*, p. 408.

¹⁵⁰³ BVerfGE 12, 125.

¹⁵⁰⁴ LARENZ, *Metodología*, *ob. cit.*, p. 409.

¹⁵⁰⁵ LARENZ, *ob. cit.*, p. 409.

¹⁵⁰⁶ LARENZ, *Metodología*, *ob. cit.*, p. 409.

¹⁵⁰⁷ Es obvio que, incluso observando estos principios, queda todavía un margen libre muy amplio para la valoración judicial propia. Sin embargo, también es claro que la ponderación de bienes, no siendo cosa simplemente del sentimiento jurídico, ni

7º La ponderación de bienes en el caso particular, llevada a cabo cada vez con más frecuencia por los tribunales, es un método de desarrollo del derecho, más exactamente un procedimiento de concreción normativa, porque sirve para resolver o solucionar las colisiones entre principios, normas éstas que, a diferencia de las reglas, poseen un contenido indeterminado o necesitado de precisión.¹⁵⁰⁸

La aplicación del derecho se entiende, a partir de la lógica aristotélica, básicamente como un procedimiento lógico-cognitivo o silogismo jurídico, lo cual, como hemos dicho, merece muchos reparos a la actual ciencia jurídica. El procedimiento de subsunción, en efecto, contiene siempre e inevitablemente elementos valorativos.¹⁵⁰⁹

Por otra parte, en los tipos normativos existen vacíos, expresiones imprecisas, polisémicas y defectuosas, así como conceptos jurídicos indeterminados, utilizados intencionadamente por el legislador para que sean definidos por el aplicador jurídico a medida que se vayan sucediendo los cambios desde la promulgación de la normas hasta el momento en que son aplicadas.¹⁵¹⁰

La lógica y la teleología pueden hallarse en una relación de tensión durante el proceso de aplicación del derecho. La creación y aplicación de las normas jurídicas tiene que realizarse, en la medida de lo posible, libre de contradicciones lógicas. Sin embargo, en los casos dudosos, deberá darse primacía al aspecto teleológico presente siempre en el derecho.¹⁵¹¹

Este, en efecto, está fundamentalmente orientado a la realización de ciertos fines prefigurados legislativamente. De esta manera la lógica, entendida aquí como la teoría sobre la deducción correcta de conclusiones, auxilia así a la teleología, entendido como la teoría sobre la realización correcta de fines, en el proceso de aplicación del derecho.¹⁵¹²

ajeno al puro decisionismo unilateral del juez, es un proceso que, al menos hasta cierto grado, sigue los principios indicados y, en cuanto tal, es racional y también objetivamente comprobable.

Al respecto, LARENZ, *Metodología*, *ob. cit.*, p. 409.

¹⁵⁰⁸ La concreción paulatina de pautas de valoración que precisan ser llenadas por parte de la jurisprudencia de los tribunales, crean posibilidades de comparación y analogía que con el tiempo reducen los márgenes de libertad de enjuiciamiento. Sin embargo, como quiera que cada vez la ponderación requiere la consideración de todas las circunstancias del caso particular, las cuales nunca son iguales en todos los aspectos, no ha de esperarse la formulación de reglas fijas que posibiliten la subsunción simple del caso particular.

Al respecto, LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, *ob. cit.*, p. 409; y ALEXY, *Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik*, *ob. cit.*; e *Id.*, "On Balancing and Subsumption", *ob. cit.*, p. 433.

¹⁵⁰⁹ LARENZ, *ob. cit.*, p. 265 ss; y RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, *ob. cit.*, p. 340; GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Lógica del raciocinio jurídico*, México, Fontamara, 1994, p. 19 ss; y KALINOWSKI, Georges, *Introducción a la lógica jurídica*, Buenos Aires, Olejnik, 2018; e *Id.*, "Interprétation juridique et logique des propositions normatives", *Logique et Analyse*, Nouvelle Série, 2e. Année, 6-7, Avril 1959, p. 128-43.

¹⁵¹⁰ RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, *ob. cit.*, p. 340.

¹⁵¹¹ LARENZ, *Metodología*, *ob. cit.*, p. 265 ss; y RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, *ob. cit.*, p. 340.

68. La activación del control de abusividad: acciones individuales y colectivas.

El control material de abusividad que ejercen los jueces sobre las cláusulas o condiciones de los contratos de adhesión es activado por los siguientes medios:

1º Mediante el ejercicio de la acción individual que compete al consumidor frente al empresario a fin de que se declare judicialmente el carácter no vinculante de las cláusulas abusivas que el contrato incorpore; o

2º Mediante el ejercicio de las acciones que facultan a asociaciones y entidades con interés legítimo en la protección de los consumidores para solicitar de los jueces un pronunciamiento sobre si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y, en su caso, dispongan los medios adecuados para que cese su aplicación.¹⁵¹³

68.1. Control material o de contenido.

Con independencia del mecanismo de activación judicial, el juicio de abusividad supone siempre un control de fondo, material o de contenido sobre las cláusulas o condiciones impuestas unilateralmente por el predisponente.¹⁵¹⁴

Mediante el juicio de abusividad, en efecto, no se trata de establecer si tales cláusulas o condiciones cumplen los requisitos formales exigidos en la ley para reputar válidamente integradas al contrato [control de incorporación o inclusión (arts. 80-91 TRLGDCU)], sino más bien establecer si la cláusula o condición produce, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones derivados del contrato (desequilibrio contractual); y, establecido lo anterior, definir la suficiencia de las razones que justifican tal desequilibrio contractual.

Como hemos visto, los anteriores extremos constituyen los presupuestos lógicos de aplicación de la prohibición de abuso que corresponden, respectivamente, a las etapas declarativa y discursiva.¹⁵¹⁵

¹⁵¹² En general, sobre la aplicación judicial de los derechos, v. BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Escritos sobre derecho y teoría constitucional*, ob. cit., p. 85 ss.

¹⁵¹³ v. arts. 12-20 de la LCGC y 53-56 del TRLGDCU.

Al respecto, CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, ob. cit., p. 247. En el derecho colombiano, el control material de abusividad sobre las cláusulas y condiciones de los contratos de adhesión celebrados con consumidores es activado mediante la acción de protección al consumidor prevista en el artículo 57 EC, en consonancia con los artículos 3º, 1.6 (protección contractual contra cláusulas abusivas); 56, 3; y 58 del mismo estatuto.

¹⁵¹⁴ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1625.

¹⁵¹⁵ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106.

68.2. El juicio de abusividad como proceso de concreción normativa de la prohibición de abuso.¹⁵¹⁶

Ahora bien, la indeterminación normativa de la prohibición de abuso impide de manera directa, es decir, mediante simple subsunción, definir lo que al predisponente está prohibido, permitido u ordenado, lo que exige que el juez deba emprender un proceso de concreción en busca de la norma de decisión que le permita establecer la abusividad de la cláusula o condición en examen.¹⁵¹⁷

Desde este punto de vista, el juicio de abusividad consiste en un proceso de concreción normativa mediante el cual el juez define el contenido prescriptivo de la prohibición de abuso, con el objeto de definir la abusividad de la cláusula o condición en examen.¹⁵¹⁸

69. El “*procedural and substantive test*”.

69.1. El juicio de abusividad en Estados Unidos y Canadá.

En el sistema del *common law* (Estados Unidos y Canadá, salvo la provincia de Quebec, que se rige por el *civil law*), tanto a nivel federal como estatal, el control material de abusividad se rige por principios generales como la *unconscionability* que protegen el equilibrio y la igualdad de los contratos.¹⁵¹⁹

En Estados Unidos existen regulaciones expedidas por cada uno de los estados federados y, a nivel federal, la protección de los consumidores data de 1914, año en el que fue adoptada la *Federal Trade Commission Act*, que definió las prácticas abusivas como aquellas que, sin ningún beneficio compensatorio, pueden causar un daño sustancial e irrazonable al consumidor.¹⁵²⁰

El *Uniform Commercial Code*, expedido en 1952, estableció, por su parte, el principio de buena fe y la regla de la *unconscionability* como criterios de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.¹⁵²¹

¹⁵¹⁶ PANUCCIO, Vincenzo, “*Applicazioni giurisprudenziale degli standards valutativi*”, *Giurisprudenza civile*, 2000, II, p. 85 ss.

¹⁵¹⁷ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 106.

¹⁵¹⁸ *ob. cit.*, p. 106.

¹⁵¹⁹ En la provincia de Quebec, además de principios generales y la regla de la *unconscionability* para controlar los actos y cláusulas abusivas, existe una normatividad específica para los contratos con consumidores, la cual establece el concepto de desequilibrio significativo en detrimento del consumidor como criterio para definir la abusividad de una cláusula en concreto.

¹⁵²⁰ VALBUENA QUIÑONES, *Reflexiones sobre el tratamiento de las cláusulas abusivas en Colombia*, *ob. cit.*, p. 403.

¹⁵²¹ RODRÍGUEZ YONG, *Una aproximación a las cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 88.

Con fundamento en dicho estatuto, cada uno de los estados de la unión americana ha expedido su propio código de comercio en el que han establecido el principio de buena fe como criterio para definir la abusividad de las cláusulas contractuales.¹⁵²²

Algunos de esos códigos han incluido catálogos no exhaustivos de cláusulas abusivas.

En la provincia de Quebec, además de los principios generales y la regla de la *unconscionability* para controlar los actos y cláusulas abusivas, existe una normatividad específica para los contratos con consumidores, la cual establece el concepto de desequilibrio significativo en detrimento del consumidor como criterio para definir la abusividad de una cláusula en concreto.

En las demás provincias canadienses, además de los principios generales que protegen el equilibrio y la equidad de los contratos, existen leyes provinciales de protección de los consumidores.

69.2. La noción de *unconscionability*.

El término “*unconscionability*” designa un mecanismo de defensa judicial que sólo puede ser invocado por la parte del contrato que ha sufrido una inequidad sustancial, lo que permite a esta excusarse de cumplir todo o parte del acuerdo, precisamente porque existen cláusulas que le son excesivamente injustas u onerosas.¹⁵²³

Cuando una cláusula o contrato es considerado “*unconscionable*”, es decir, contrario a los dictados de la conciencia (que, con algunas precisiones y modulaciones, podría corresponder al concepto de *unreasonable*, o irrazonable), con base en una serie de presunciones, el juez puede invalidar dicha cláusula o acto y establecer lo que sea justo o razonable.¹⁵²⁴

En lo que sigue examinaremos la estructura general y las distintas etapas que integran el juicio de abusividad, así como la relación lógica que cabe establecer

¹⁵²² RODRÍGUEZ YONG, *ob. cit.*, p. 88; e *Id.*, *The doctrines of unconscionability and abusive clauses, A common point between civil and common law legal traditions*, *ob. cit.*, p. 88.

¹⁵²³ RODRÍGUEZ YONG, *Una aproximación a las cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 88.

¹⁵²⁴ VALBUENA QUIÑONES, *Reflexiones sobre el tratamiento de las cláusulas abusivas en Colombia*, *ob. cit.*, p. 402-4. El principio de razonabilidad (*principle of reasonableness*), que sólo en algunos aspectos coincide con el principio de proporcionalidad del derecho continental europeo, existente en el derecho inglés desde el siglo XVIII y consolidado a partir de la segunda postguerra bajo la fórmula de la irrazonabilidad flagrante o manifiesta (*manifest unreasonableness*), sobre todo desde el caso *Associated Provincial Picture Houses vs. Wesnebury Corporation*, de 1948, funge como un criterio metodológico que permite a los jueces invalidar las decisiones discrecionales de los poderes públicos cuando superan cierto umbral de irracionalidad que haga incomprensible sus finalidades y su sentido.

v., al respecto, BERNAL *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 64-5; HIMSWORTH, Chris M.G. “*La proporcionalidad en el Reino Unido*”, *Cdp*, 5, 1998, p. 273 ss; CRAIG, Paul, «*Unreasonableness and Proportionality in UK law*», en ELLIS, Evely (ed.), *The principle of proportionality in the laws of Europe*, Oxford/Portland (Oregon), Hart Publishing, 1999, p. 85 ss; y JOWELL, Joffrey y LESTER, Anthony, «*Proportionality: Neither Novel nor Dangerous*», en JOWELL, Joffrey y OLIVER, Dawn (eds.), *New Directions in Judicial Review*, Londres, Stevens, p. 60 ss.

entre la etapa declarativa y la etapa discursiva y el papel que dentro de ésta cumple el principio de proporcionalidad (Cap. XIV).

CAPÍTULO XIII LA ESTRUCTURA DEL JUICIO DE ABUSIVIDAD

70. Los presupuestos de aplicación de la prohibición de abuso y la estructura del juicio de abusividad.¹⁵²⁵

Como hemos dicho, los presupuestos de aplicación de la prohibición general de abuso, relacionados con los conceptos de desequilibrio y desequilibrio injustificado del contrato, determinan la estructura del juicio de abusividad y de cada una de sus etapas declarativa y discursiva.¹⁵²⁶

70.1. Los presupuestos de aplicación de la prohibición de abuso.

La estructura del juicio de abusividad la definen los presupuestos de aplicación de la prohibición de abuso.¹⁵²⁷

Frente a la facultad de definir unilateralmente el contenido del contrato, esta norma prohíbe al predisponente introducir cláusulas o condiciones que produzcan desequilibrios injustificados en perjuicio del consumidor, lo que, a *contrario sensu*, significa que el predisponente puede introducir desequilibrios siempre que se encuentren debidamente justificados (validez *prima facie*).¹⁵²⁸

En este sentido, serán abusivas las cláusulas o condiciones que, además de romper el equilibrio del contrato, lo hagan de manera injustificada.¹⁵²⁹

De acuerdo con lo anterior, dos son los presupuestos que de manera cumulativa exige la aplicación de la prohibición de abuso:

1º Que se defina cuándo, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto, una cláusula o condición produce, en detrimento del consumidor, un desequilibrio en el contenido del contrato; y

¹⁵²⁵ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss; *Id.*, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad como criterio metodológico de concreción normativa del mandato de tratamiento igual*, ob. cit., p. 343-85.

¹⁵²⁶ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106; e *Id.*, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

¹⁵²⁷ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-32.

¹⁵²⁸ ob. cit., p. 4-32.

¹⁵²⁹ La validez *prima facie* de la prohibición de abuso significa que el predisponente puede válidamente, mediante la imposición unilateral de una cláusula o condición, introducir un desequilibrio en el contenido del contrato, siempre que tal desequilibrio se encuentre suficientemente justificado. En otros términos, el artículo 42 EC no prohíbe de forma definitiva cualquier desequilibrio en el contenido del contrato, sino aquellos desequilibrios que no se encuentren suficientemente justificados.

En este sentido, sólo serán abusivas las cláusulas o condiciones que, además de producir un desequilibrio en el contenido del contrato, lo hagan de manera injustificada, así como las que, en las mismas condiciones, "afecten el tiempo, modo y lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos" (art. 42 EC). Injustificado significa aquí el desequilibrio arbitrario o no cimentado en un fundamento plausible o en razones que de manera seria y suficiente lo legitimen, expliquen o justifiquen.

Al respecto, CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106.

2º Establecida la existencia de tal desequilibrio, que se defina la suficiencia de las razones que puedan justificarlo.¹⁵³⁰

Un desequilibrio suficientemente justificado equivale a una estipulación válidamente impuesta por el predisponente. Por el contrario, un desequilibrio injustificado equivale a una cláusula abusiva, que el juez debe excluir del contenido del contrato.¹⁵³¹

Establecida la existencia de un desequilibrio injustificado, el juez ha de definir también la forma como se debe reparar la ilicitud que supone la cláusula abusiva, bien mediante su expulsión del contenido del contrato, bien mediante la declaratoria de su nulidad y la consecuencial reparación de los daños causados al adherente, según el caso (arts. 3º, num. 1.6; 44 y 47 EC).¹⁵³²

70.2. La estructura del juicio de abusividad.

Los anteriores extremos constituyen los presupuestos lógicos de aplicación de la prohibición de abuso, a los que corresponden, respectivamente, las etapas declarativa y discursiva del juicio de abusividad.¹⁵³³

La finalidad de la etapa declarativa es establecer si la cláusula o condición en examen produce, en detrimento del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones derivados del contrato.¹⁵³⁴

El propósito de la etapa discursiva, por su parte, será ponderar la suficiencia de las razones que fundamentan el desequilibrio producido por el predisponente, pues, como hemos dicho, la prohibición de abuso proscribire, no el simple desequilibrio,

¹⁵³⁰ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss; e *Id.*, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

¹⁵³¹ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-32.

¹⁵³² La nulidad parcial de los contratos que contienen cláusulas abusivas es una modalidad especial de ineficacia mediante la cual se sancionan las infracciones a normas imperativas contenidas en las leyes especiales de protección del consumidor, entendiéndose que las cláusulas nulas han de ser sustituidas por las legales. Sólo en caso de producirse una situación no equitativa de las posiciones de las partes, habrá lugar a la nulidad total del contrato. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas en el contrato. Las cláusulas de éste afectadas por la nulidad se integrarán con arreglo al principio de buena fe.

El juez que declare la nulidad dispondrá de facultades moderadoras respecto de las obligaciones y derechos de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Las partes deberán, en consecuencia, restituirse recíprocamente las prestaciones, y el consumidor no reembolsará cantidad alguna por disminución del valor de la cosa por su uso normal, debiéndosele, por el contrario, reembolsar los gastos necesarios y útiles.

Al respecto, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español*, ob. cit., t. III, p. 808-9.

¹⁵³³ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

¹⁵³⁴ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss; e *Id.*, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

sino el desequilibrio injustificado, el cual se ha de apreciar teniendo en cuenta las circunstancias especiales de celebración del contrato.¹⁵³⁵

Un desequilibrio suficientemente justificado de acuerdo con el principio de proporcionalidad, valida la estipulación contractual en examen, en tanto que un desequilibrio injustificado constituye una cláusula o condición abusiva que el juez debe excluir del contenido del contrato.¹⁵³⁶

Mediante la ponderación de las razones contrapuestas, en esta etapa el juez resuelve la colisión que se presenta entre los derechos y posiciones garantizados a favor de los consumidores por la prohibición de abuso (P₁), y los derechos y posiciones del predisponente, en especial su facultad para definir el contenido del contrato (P₂).¹⁵³⁷

En este sentido, el objeto de la etapa discursiva será definir cuál de las razones contrapuestas debe prevalecer en el caso concreto en que se discute la abusividad de la cláusula o condición en examen.¹⁵³⁸

70.2.1. Las premisas del fallo sobre la abusividad de la cláusula o condición en examen.

La etapa declarativa del juicio de abusividad consiste en un proceso de interpretación teleológica-objetiva del contrato, en el cual se valora si la reglamentación contenida en éste (las cláusulas o condiciones impuestas unilateralmente por el predisponente), constituye un conjunto armónico o equilibrado, es decir, si suponen una “justa repartición” en la economía del contrato, entendido este como un “conjunto de elementos en interacción dinámica organizados en función de un fin”.¹⁵³⁹

El contrato ha de ser único, es decir, capaz de constituir un todo completo. Las partes que lo componen deben ser coordinadas de modo que, cambiando o suprimiendo una de ellas, el conjunto quede como dislocado o roto. En otras palabras, aquella parte que al existir o no, no produce una diferencia sensible, no puede ser parte integrante del todo.¹⁵⁴⁰

El resultado de la etapa comparativa será entonces un juicio acerca de si la conducta del predisponente produjo un desequilibrio contractual en perjuicio del

¹⁵³⁵ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-32.

¹⁵³⁶ *ob. cit.*, p. 4-32.

¹⁵³⁷ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁵³⁸ FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, *ob. cit.*, p. 201-37.

¹⁵³⁹ FIN-LANGER, *ob. cit.*, p. 160-246.

¹⁵⁴⁰ Esta misma idea, respecto de la unidad de la acción dramática, en ARISTÓTELES, *Poética* (Lilia SEGURA, trad.), México/Nueva York/Panamá, W.M. Jackson, 1973, p. 365.

consumidor ($E_r \neq E_i$), y, si este es el caso, el desequilibrio contractual servirá de premisa menor (**n**) en la fundamentación interna del fallo mediante el cual se define la abusividad de la cláusula o condición en examen.¹⁵⁴¹

La etapa discursiva, por su parte, consiste en un proceso de concreción normativa en el que se ponderan las razones que puedan justificar el desequilibrio deducido previamente en la etapa declarativa.¹⁵⁴²

El resultado de tal ponderación es la norma de decisión que sirve de premisa mayor (**N**) en la fundamentación interna del fallo mediante el cual se define la abusividad de la cláusula o condición en examen.¹⁵⁴³

70.2.2. El principio de proporcionalidad como criterio para definir la suficiencia o plausibilidad de las razones que justifican el desequilibrio del contrato.

Ahora bien, de acuerdo con la tesis propuesta en este trabajo, la suficiencia de las razones que fundamentan el desequilibrio la define el juez con la ayuda del principio de proporcionalidad. De esta manera, los desequilibrios justificados de acuerdo con este criterio, es decir, los desequilibrios proporcionados, constituyen estipulaciones contractuales válidamente impuestas por el predisponente.¹⁵⁴⁴

En otros términos, en la medida en que las razones que sustentan la cláusula o condición en examen sean suficientes de acuerdo con el principio de proporcionalidad, estará justificado su mantenimiento como contenido del contrato. Se tratará entonces de una estipulación razonable o proporcionada en el sentido de no arbitraria.¹⁵⁴⁵

Por el contrario, en la medida en que las razones que tenga el consumidor para oponerse a la cláusula o condición sean suficientes según el principio de proporcionalidad, estará justificada su calificación como una cláusula o condición abusiva y su exclusión del contenido del contrato.¹⁵⁴⁶

¹⁵⁴¹ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

¹⁵⁴² CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁵⁴³ *Infra*, 3ª Parte, Título VI, Cap. XVIII.

¹⁵⁴⁴ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁵⁴⁵ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

¹⁵⁴⁶ LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, ob. cit., nº 29.

71. La etapa declarativa del juicio de abusividad: desequilibrio del contrato.¹⁵⁴⁷

Definir que la cláusula o condición en examen produce un desequilibrio en perjuicio del consumidor supone un juicio de igualdad entre Er y Ei, lo que consigue el juez mediante la comparación de los anteriores extremos a la luz de un criterio común de medida, definido previamente teniendo en cuenta, por ejemplo, la finalidad perseguida por las partes en el contrato, en el caso de los contratos negociados, o del predisponente, en los contratos de adhesión.¹⁵⁴⁸

Las situaciones Er y Ei son iguales o desiguales respecto de la propiedad **P** (o P₁, P₂...P_n), pues dos situaciones no son iguales o desiguales en todos los aspectos, sino que son iguales o desiguales con respecto a determinadas propiedades. En ese sentido se habla sólo de “igualdades relativas”.¹⁵⁴⁹

Las “situaciones” Er y Ei constituyen los objetos, extremos, términos o pares de la comparación (*Vergleichs paar*). La propiedad P, que sirve de medida o criterio de la comparación, representa, por su parte, el *tertium comparationis*.¹⁵⁵⁰

De acuerdo con la concepción clásica o tradicional, que reduce el control material de abusividad a esta etapa declarativa, los extremos de la comparación son, por una parte, el contenido real del contrato en examen (Er), y, por la otra, el derecho dispositivo, considerado *a priori* como la situación ideal de equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes previsto en abstracto por el legislador (Ei).¹⁵⁵¹

71.1. El resultado de la etapa comparativa.

Ahora bien, el resultado de la etapa comparativa del juicio de abusividad puede ser el siguiente:

1º Que Er sea igual o equiparable a Ei (Er=Ei), en cuyo caso el juez declarará la validez de la cláusula o condición impuesta por el predisponente como contenido del contrato.

En este caso rige simplemente la prohibición de abuso, como quiera que la inexistencia de un desequilibrio contractual constituye el supuesto de hecho de la norma estatuida por el artículo 42 EC (prohibición de abuso);

¹⁵⁴⁷ FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, ob. cit., p. 201-37; y CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

¹⁵⁴⁸ BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, ob. cit., p. 356 ss; *Id.*, *La estructura de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 186 ss.; HUSTER, *Rechte und Ziele*, ob. cit., p. 257-301; e *Id.*, *Gleichheit und Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 541-9.

¹⁵⁴⁹ Los juicios que constatan la igualdad con respecto a determinadas propiedades, son juicios sobre relaciones triádicas: **a** es igual a **b** con respecto a la propiedad P (propiedades P₁, P₂, ..., P_n).

Al respecto, ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 352.

¹⁵⁵⁰ ALEXY, ob. cit., p. 351.

¹⁵⁵¹ STIGLITZ/STIGLITZ, *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección del consumidor*, ob. cit., p. 127-232.

2º Que Er sea desigual, distinto o no equiparable a Ei ($Er \neq Ei$), caso en el cual el juez declarará el desequilibrio del contrato y valorará seguidamente, en la etapa discursiva del juicio de abusividad, la suficiencia de las razones que puedan justificar dicho desequilibrio.¹⁵⁵²

En otras palabras, en los casos en que el juez compruebe la inexistencia de un desequilibrio contractual ($Er = Ei$), la cláusula o condición en examen mantendrá su validez definitiva como contenido del contrato.¹⁵⁵³

Por el contrario, en el caso en que de la etapa declarativa resulte un desequilibrio contractual ($Er \neq Ei$), el juez deberá dar paso a la etapa discursiva y definir, con la ayuda del principio de proporcionalidad, la suficiencia de las razones que puedan justificar tal desequilibrio.¹⁵⁵⁴

En este último caso, constitutivo de una intervención o restricción de los derechos del consumidor garantizados por la prohibición de abuso, la cláusula enjuiciada mantiene apenas una validez *prima facie* hasta que sean practicados los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.¹⁵⁵⁵

72. La etapa discursiva del juicio de abusividad: desequilibrio injustificado del contrato.¹⁵⁵⁶

La finalidad de la etapa discursiva será ponderar, verificada la existencia del desequilibrio contractual producido por el predisponente mediante la imposición unilateral de la cláusula o condición en examen, la suficiencia de las razones que puedan justificarlo pues, como hemos dicho, un desequilibrio suficientemente justificado constituye una estipulación contractual válidamente impuesta por el predisponente, en tanto que un desequilibrio injustificado constituye una cláusula abusiva que el juez debe excluir del contenido del contrato.¹⁵⁵⁷

La prohibición de abuso, como se ha dicho, no prohíbe cualquier desequilibrio en el contenido del contrato, sino el desequilibrio arbitrario o carente de razones que de manera suficiente lo justifiquen.¹⁵⁵⁸

La etapa discursiva tiene entonces por objeto resolver la colisión que suponen las razones que tuvo el predisponente para imponer unilateralmente la cláusula o

¹⁵⁵² CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

¹⁵⁵³ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss; *Id.*, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

¹⁵⁵⁴ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-32.

¹⁵⁵⁵ ob. cit., p. 4-32.

¹⁵⁵⁶ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 91; y CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁵⁵⁷ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁵⁵⁸ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

condición en examen, frente a las razones que tiene el consumidor o adherente para oponerse a ello, y definir cuáles de esas razones contrapuestas deben prevalecer en un caso concreto de abusividad contractual.¹⁵⁵⁹

Dicha colisión es resuelta por el juez mediante la ponderación de las razones en disputa, ponderación que realiza el juez con la ayuda del principio de proporcionalidad, de manera que sólo los desequilibrios justificados de acuerdo con este criterio, es decir, los desequilibrios razonables o proporcionados, constituyen estipulaciones contractuales válidas, pese al desajuste o disrupción que producen en los derechos y obligaciones del contrato.¹⁵⁶⁰

Finalmente, la prohibición de abuso no sólo proscribire, como se ha visto, los desequilibrios injustificados, sino que también establece la sanción de las cláusulas que resulten abusivas, ordenando su exclusión del contenido normativo del contrato (nulidad parcial), y la reparación de los daños que su adopción haya producido al adherente o consumidor.¹⁵⁶¹

Para el juez, el problema radica no tanto en la fundamentación de tal derecho a la reparación, que se desprende de la prohibición de abuso o de sus normas complementarias, sino en la definición de los criterios que permitan establecer en cada caso concreto dicha reparación.¹⁵⁶²

73. La relación entre las etapas comparativa y discursiva del juicio de abusividad.¹⁵⁶³

La existencia de un desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor constituye un *prius* o presupuesto lógico de la etapa discursiva del juicio de abusividad y de la aplicación dentro de esta del principio de proporcionalidad. Sólo si se ha definido previamente la existencia de un desequilibrio contractual tendrá sentido indagar la suficiencia de las razones que puedan justificarlo.¹⁵⁶⁴

En otras palabras, sólo si se ha definido previamente la existencia de una intervención, por parte del predisponente, en los derechos garantizados a favor de los consumidores por la prohibición de abuso, tendrá sentido indagar si la misma es o no abusiva.¹⁵⁶⁵

¹⁵⁵⁹ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁵⁶⁰ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

¹⁵⁶¹ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁵⁶² CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

¹⁵⁶³ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁵⁶⁴ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁵⁶⁵ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 88.

Un desequilibrio contractual, en tanto afectación negativa de los derechos garantizados a favor de los consumidores por la prohibición de abuso (art. 42 EC), supone una intervención del predisponente en tales derechos, como quiera que aquella norma prima facie prohíbe a este la imposición de cláusulas o condiciones que produzcan un desequilibrio en perjuicio de los consumidores.¹⁵⁶⁶

74. El papel del principio de proporcionalidad en la etapa discursiva del juicio de abusividad.

La suficiencia o plausibilidad de las razones que justifican el desequilibrio en el contenido del contrato es definida con la ayuda del principio de proporcionalidad, criterio que permite al juez concretar la prohibición de abuso caracterizada por su alto grado de apertura e indeterminación normativa.¹⁵⁶⁷

De acuerdo con lo anterior, el papel que cumple el principio de proporcionalidad dentro de la etapa discursiva del juicio de abusividad es doble.

1º Por un lado, tal principio actúa como el criterio estructural de que se sirve el juez para definir, frente a un caso concreto de desequilibrio contractual, el contenido normativo de la prohibición de abuso y, en general, como criterio idóneo para fundamentar las decisiones que aquel deba adoptar en los procesos de control material de la cláusula o condición en examen.¹⁵⁶⁸

2º Por otra parte, dada la indeterminación normativa de la prohibición de abuso, el principio de proporcionalidad en sentido amplio y cada uno de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, auxilian al juez en la concretización de tal prohibición, como quiera que la definición de su contenido normativo es un presupuesto lógico de su aplicación a un caso concreto de abusividad contractual.¹⁵⁶⁹

El principio de proporcionalidad estructura de manera racional la fundamentación correcta de tal proceso de concreción normativa y los actos judiciales en que este se materializa, en especial de las normas derivadas que puedan ser adscritas interpretativamente al artículo 42 EC.¹⁵⁷⁰

Tales normas particulares son el resultado del proceso de concreción de la prohibición de abuso o de la lista de cláusulas abusivas estatuidas directamente por

¹⁵⁶⁶ BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, ob. cit., p. 29-56; y BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 838-48.

¹⁵⁶⁷ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁵⁶⁸ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁵⁶⁹ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

¹⁵⁷⁰ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36

los artículos 42 y 43 EC, estructuradas, como hemos dicho, a partir del concepto de desequilibrio injustificado.¹⁵⁷¹

En la etapa discursiva, en efecto, el juez pondera las razones que juegan a favor o en contra de la cláusula o condición que produce un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, es decir, establece una “relación de precedencia condicionada” (*bedingte Vorrangrelation*) entre las razones que sustentan el mantenimiento o la exclusión de tal cláusula o condición del contenido normativo del contrato.¹⁵⁷²

En otras palabras, sólo si se ha definido previamente la existencia de un desequilibrio, producido por una cláusula o condición impuesta unilateralmente por el profesional o empresario, tiene sentido indagar si la misma es o no abusiva.¹⁵⁷³

De acuerdo con lo anterior, el papel que cumple el principio de proporcionalidad dentro de la etapa discursiva del juicio de abusividad es doble.

1º Por un lado, tal principio actúa como el criterio estructural de que se sirve el juez para definir, frente a un caso concreto de desequilibrio contractual, el contenido normativo de la prohibición general de abuso y, en general, como criterio idóneo para fundamentar las decisiones que aquel deba adoptar en los procesos de control material de la cláusula o condición en examen.¹⁵⁷⁴

2º Por otra parte, dada la indeterminación normativa de la prohibición de abuso, el principio de proporcionalidad en sentido amplio y cada uno de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, auxilian al juez en la concreción o precisión de tal principio, como quiera que la definición de su contenido normativo es un presupuesto lógico de su aplicación a un caso concreto de abusividad contractual.¹⁵⁷⁵

El principio de proporcionalidad estructura de manera racional la fundamentación correcta de tal proceso de concreción normativa y los actos judiciales en que este se materializa, en especial de las normas derivadas que puedan ser adscritas interpretativamente al artículo 42 EC.¹⁵⁷⁶

¹⁵⁷¹ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁵⁷² ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, 67-76. De allí que la existencia de dicho desequilibrio constituya el presupuesto lógico de la etapa discursiva y de la aplicación del principio de proporcionalidad en el marco del juicio de abusividad, pues sólo si se ha definido previamente la existencia de tal desequilibrio, tiene sentido indagar por la suficiencia de las razones que puedan justificarlo.

¹⁵⁷³ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁵⁷⁴ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁵⁷⁵ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁵⁷⁶ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

De acuerdo con lo anterior, la etapa discursiva del juicio de abusividad persigue los siguientes objetivos:

1º Definir la suficiencia de las razones que puedan justificar el desequilibrio contractual derivado de la imposición unilateral de una cláusula o condición concreta.¹⁵⁷⁷

Dicha definición la logra el juez mediante la ponderación de las razones fácticas y jurídicas que juegan a favor o en contra de mantener tal cláusula o condición (pretensión del predisponente), o, por el contrario, excluirla del contenido normativo del contrato (pretensión del adherente).¹⁵⁷⁸

2º Definir y fundamentar la norma particular de decisión que sirve al juez de premisa mayor al fallo con que se define la abusividad de la cláusula o condición en examen, como quiera que en la etapa discursiva el juez adelanta el proceso de concretización normativa mediante el cual se define el contenido de la prohibición de abuso (art. 42), o de la lista de cláusulas presuntamente abusivas (art. 43) frente a un caso concreto de imposición unilateral de una cláusula o condición.¹⁵⁷⁹

74.1. Conclusiones.

Además de servir como límite objetivo frente a la facultad del predisponente de imponer de manera unilateral el contenido del contrato, y de criterio para valorar la suficiencia de las razones que puedan justificar un desequilibrio contractual concreto, el principio de proporcionalidad, como criterio metodológico de concreción normativa, sirve para definir y fundamentar la norma de decisión mediante la cual se precisa o concreta el contenido normativo de la prohibición de abuso, y que funge como premisa mayor en la fundamentación interna del fallo con que se define la abusividad de una determinada cláusula o condición.¹⁵⁸⁰

El resultado de tal proceso es una norma de decisión que define lo que al predisponente le está prohibido, permitido u ordenado desde el punto de vista de la prohibición de abuso o de la lista de cláusulas presuntamente abusivas (arts. 42 y 43 EC).¹⁵⁸¹

Tal norma particular de decisión expresa la relación de precedencia condicionada de las razones fácticas o jurídicas que juegan a favor o en contra del mantenimiento de la cláusula o condición cuestionada, o de su exclusión como contenido normativo del contrato.¹⁵⁸²

¹⁵⁷⁷ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *ID.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁵⁷⁸ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

¹⁵⁷⁹ ob. cit., p. 4-36.

¹⁵⁸⁰ ob. cit., p. 4-36.

¹⁵⁸¹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106

La aplicación del principio de proporcionalidad en el marco del juicio de abusividad se explica por la función que cumplen tales criterios en la concreción o especificación de normas que, como la prohibición de abuso, se caracterizan por su alto grado de indeterminación normativa, así como por la validez *prima facie* de la misma, pues, en efecto, el artículo 42 EC no prohíbe cualquier desequilibrio en el contenido normativo del contrato, sino los desequilibrios contractuales que sean, además, injustificados.¹⁵⁸³

La valoración de la suficiencia de las razones que puedan justificar un desequilibrio contractual producido por la imposición unilateral de una cláusula o condición determinada, la efectúa el juez con la ayuda de tales criterios.¹⁵⁸⁴

¹⁵⁸² CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *ID.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁵⁸³ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

¹⁵⁸⁴ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *ID.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

CAPITULO XIV DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL

75. Noción de desequilibrio contractual.¹⁵⁸⁵

Definir qué se entiende por desequilibrio contractual y con fundamento en qué criterios puede razonablemente afirmarse, en cada caso concreto, que una cláusula o condición produce un desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor, constituye el principal problema metodológico que plantea la etapa declarativa del juicio de abusividad.¹⁵⁸⁶

Definir que un contrato, o una parte del mismo, produce un desequilibrio en perjuicio del consumidor supone, según la concepción clásica del juicio de abusividad, una comparación entre la distribución de derechos y obligaciones efectuada en el contrato (equilibrio real, Er) y la establecida en abstracto en un modelo considerado como paradigmático (equilibrio ideal, Ei).¹⁵⁸⁷

En resumen, la finalidad de la etapa declarativa será definir, mediante la correspondiente comparación, si el contenido impuesto unilateralmente por el predisponente, es igual o equivalente al contenido considerado como “equilibrado” en tal modelo ideal (Er=Ei).¹⁵⁸⁸

De acuerdo con la concepción clásica, tal modelo ideal lo constituye el derecho dispositivo, que contiene el equilibrio de derechos y obligaciones previsto *in abstracto* por el legislador.¹⁵⁸⁹

¹⁵⁸⁵ LARENZ, Karl, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung (Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos)*, Carlos FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, trad., Granada, 2002), Múnich, Beck, 1951; FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, ob. cit., p. 201-37; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad como criterio metodológico de concreción normativa del mandato de tratamiento igual*, ob. cit., p. 343-85.

v. también, PERLINGIERI, Pietro, “*Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*”, *Rassegna di diritto civile (Rass. dir. civ.)*, 2, 2001, p. 334, ahora en *Id.*, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato, Problemi di diritto civile*, Nápoles, Esi, 2004, p. 441 ss; CESARO, Vincenzo María, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Nápoles, Esi, 2000, *passim*; GAMARRA, Jorge, *Imprevisión y equivalencia contractual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2006; y CHAMIE GANDUR, José Félix, “*Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el deber de revisión del contrato*”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, núm. 14, 2008, p. 113-38.

¹⁵⁸⁶ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁵⁸⁷ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

¹⁵⁸⁸ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-32.

¹⁵⁸⁹ Se trata de valorar el equilibrio de la reglamentación contenida en las cláusulas o condiciones del contrato, mediante la confrontación con la reglamentación que objetivamente se considere justa o equilibrada. Al respecto, CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad como criterio de concreción normativa del mandato de tratamiento igual*, ob. cit., p. 343-82.

76. Tipos de desequilibrio contractual.

76.1. Criterios de clasificación.

Teniendo en cuenta el momento en que se origina o tiene lugar, el desequilibrio contractual puede ser inicial o primario (Di), o sobreviniente, derivado o secundario (Ds), si se produce en el momento de la celebración del contrato o al perfeccionarse el acuerdo de voluntades, en el primer caso; o durante la etapa de su ejecución o cumplimiento, en el segundo.¹⁵⁹⁰

Teniendo en cuenta el aspecto que afecta el desequilibrio, éste puede ser endógeno o exógeno, según se refiera al contenido del contrato o al alcance mismo de las declaraciones de voluntad, en el primer caso o, en el segundo, a aspectos distintos del acuerdo en sentido estricto, relacionados bien con la ejecución o cumplimiento del contrato, bien con circunstancias ajenas por completo al control de las partes.¹⁵⁹¹

Por último, teniendo en cuenta el origen o la fuente que produce el desequilibrio, éste puede ser voluntario o involuntario, según sea imputable al comportamiento mismo de las partes, o ser atribuible a un tercero o a un hecho ajeno por completo a aquéllas.¹⁵⁹²

Por regla general, el desequilibrio inicial o primario es de tipo endógeno, como quiera que radica en el contenido del contrato o en el alcance mismo de las declaraciones de voluntad.¹⁵⁹³

Por su parte, el desequilibrio sobreviniente es por regla general de tipo exógeno, pues se refiere a aspectos distintos del acuerdo en sentido estricto, bien a la ejecución o cumplimiento del contrato, bien a circunstancias ajenas al control de las partes.¹⁵⁹⁴

Algunas veces el desequilibrio se presenta en la celebración del contrato, al perfeccionarse el acuerdo de voluntades (desequilibrio inicial o primario, Di), siendo imputable directamente al comportamiento mismo de las partes, como ocurre en los casos de lesión en los contratos civiles, o de abusividad en los contratos de adhesión celebrados con consumidores (art. 43 EC).¹⁵⁹⁵

¹⁵⁹⁰ CHAMIE GANDUR, José Félix, "El principio general de *reductio ad aequitatem* por desequilibrio contractual", Revista de Derecho Privado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, núm. 22, junio de 2012, p. 219-75.

¹⁵⁹¹ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; y CHAMIE GANDUR, *El principio general de reductio ad aequitatem*, ob. cit., p. 219 ss.

¹⁵⁹² CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

¹⁵⁹³ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-32.

¹⁵⁹⁴ MUÑOZ LAVERDE, Sergio, «Equilibrio financiero en los contratos privados, Concepto, formas de ruptura y mecanismos de reparación», en CASTRO DE CIFUENTES, Marcela (coord.), *Modernización de las obligaciones y los contratos*, Bogotá, Temis, 2015, p. 8 ss.

¹⁵⁹⁵ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

Como vicio general de los negocios onerosos y conmutativos, existe lesión cuando, a juicio del juez y atendidas las especificidades de cada caso, se presenten desequilibrios graves en las prestaciones a cargo de las partes, que produzcan para alguna de ellas una desmedida ventaja patrimonial o un lucro evidentemente desproporcionado, siempre que ello obedezca al aprovechamiento o explotación del estado de necesidad o de la inexperiencia, ignorancia o ligereza de la otra.¹⁵⁹⁶

En otras ocasiones, la ruptura se presenta durante la ejecución o cumplimiento del contrato (desequilibrio sobreviniente, Ds), y puede ser atribuible tanto a las partes como a situaciones económicas ajenas a ellas.¹⁵⁹⁷

76.2. Desequilibrio inicial del contrato.

76.2.1. Equilibrio inicial en los contratos negociados.

En los contratos de libre discusión, las partes, al acordar el negocio, llegan a un cierto equilibrio entre las prestaciones y contraprestaciones del contrato y, aunque no se trate de un equilibrio perfecto o exacto por una serie de razones que tienen que ver con la oferta y la demanda, se trata de un equilibrio del mercado.¹⁵⁹⁸

En los contratos onerosos, dicho equilibrio representa lo realmente querido por las partes, que se traduce en la equivalencia entre lo que una parte debe dar, hacer o no hacer y lo que la otra, a su vez, debe dar, hacer o no hacer.¹⁵⁹⁹

76.2.2. Desequilibrio inicial en los contratos de adhesión.

En contratos negociados o de libre discusión, como la compraventa civil, pero especialmente en los contratos de adhesión, sobre todo en los contratos de adhesión a condiciones generales celebrados con consumidores, la relación puede padecer de un desequilibrio inicial, como ocurre en los casos de lesión en los primeros o de abusividad contractual en los segundos.¹⁶⁰⁰

La doctrina habla de desequilibrio genético o inicial para referirse a los casos de lesión o de abusividad contractual, como quiera que el mismo tiene lugar en la celebración del negocio, antes de la producción de sus efectos; y de un desequilibrio funcional o sobreviniente para referirse a los casos de imprevisión originados durante la ejecución del contrato.¹⁶⁰¹

¹⁵⁹⁶ MUÑOZ LAVERDE, *Equilibrio financiero en los contratos privados*, ob. cit., p. 8 ss; y CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

¹⁵⁹⁷ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; MUÑOZ LAVERDE, *Equilibrio financiero en los contratos privados*, ob. cit., p. 8 ss.

¹⁵⁹⁸ MUÑOZ LAVERDE, ob. cit., p. 8 ss.

¹⁵⁹⁹ ob. cit., p. 8 ss; y CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

¹⁶⁰⁰ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-32.

¹⁶⁰¹ ob. cit., p. 4-32.

76.3. Desequilibrio sobreviniente.¹⁶⁰²

Cuando el contrato está destinado a durar o prolongar en el tiempo sus efectos, es frecuente que el equilibrio inicial (Ei), las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sufran alteraciones o cambios más o menos importantes, relativos a los bienes o servicios, a su precio, al estado del mercado, a sus costos, a la abundancia o escasez, entre otros, de manera que resulta relevante, ocurridas esas alteraciones, indagarse por las circunstancias originales que fueron tenidas en cuenta por las partes; si se atendió a su mantenimiento o a su cambio; su incidencia en el equilibrio del negocio; si se trataba de situaciones normales o anormales, previsibles o imprevisibles.¹⁶⁰³

El principio *pacta sunt servanda*, que ordena a las partes atenerse a la palabra dada y al cumplimiento exacto de lo acordado, es compatible siempre que las circunstancias se mantengan inalteradas (*rebus sic stantibus*).¹⁶⁰⁴

En otros términos, armonizando ambos principios, la palabra empeñada debe ser cumplida en la medida en que no haya alteraciones sustanciales de las circunstancias tenidas en cuenta por los contratantes y, como consecuencia de ello, de los efectos previstos.¹⁶⁰⁵

77. Criterios para la valoración judicial del desequilibrio contractual.

77.1. Los criterios o parámetros de valoración integral del desequilibrio del contrato.

En Europa, la buena fe objetiva, y los deberes de lealtad, probidad, corrección y transparencia que se derivan de la misma, constituye el parámetro de valoración integral del desequilibrio del contrato y del carácter abusivo de sus cláusulas o condiciones.¹⁶⁰⁶

La valoración integral de las circunstancias objetivas y subjetivas del contrato que supone el juicio de abusividad, en efecto, hace referencia a la fuerza de las respectivas posiciones de las partes, el poder de negociación o la situación de dependencia o dominación de cada una de ellas; la incidencia de los factores externos o el ambiente comercial sobre la voluntad del consumidor; el carácter común, tuitivo o protector de las normas del derecho contractual de consumo; así

¹⁶⁰² CHAMIE GANDUR, José Félix, *La adaptación del contrato por eventos sobrevinidos, De la vis cui resisti non potest a las cláusulas de hardship*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

¹⁶⁰³ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; y CHAMIE GANDUR, *La adaptación del contrato por eventos sobrevinidos*, ob. cit., p. 21 ss.

¹⁶⁰⁴ CHAMIE GANDUR, ob. cit., p. 21 ss; y CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

¹⁶⁰⁵ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-32.

¹⁶⁰⁶ ob. cit., p. 4-32.

como la lealtad de la conducta del profesional y los riesgos que este debe soportar como parte experimentada, conocedora e informada de la relación contractual.¹⁶⁰⁷

Cuando el contrato subsista, el juez aclarará cuáles serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente. El vacío dejado por la cláusula o condición declarada nula, normalmente es llenado o integrado por el juez (arts. 42-44 EC).¹⁶⁰⁸

77.1.1. Criterios de revisión.

A lo largo de la historia, la revisión de los contratos desequilibrados ha sido objeto de enfoques diferentes y criterios disímiles y encontrados. Una primera distinción de estos criterios, los clasifica en objetivos y subjetivos.¹⁶⁰⁹

Son criterios objetivos los que hacen énfasis en el acuerdo exteriorizado, en las obligaciones nacidas del mismo o en las circunstancias económicas existentes al momento de su celebración, al equilibrio o relación entre las prestaciones recíprocas de las partes y en la finalidad que se desprende del propio negocio.¹⁶¹⁰

Son criterios subjetivos, en cambio, los que priorizan en el análisis la voluntad tácita o sobreentendida de las partes, los motivos determinantes del negocio, las circunstancias que los contratantes tuvieron en cuenta al celebrar el acuerdo y los propósitos económicos perseguidos por las partes.¹⁶¹¹

Siendo el desequilibrio, inicial o sobrevenido, la base de la revisión del contrato, es relevante establecer si dicho desequilibrio debe valorarse teniendo en cuenta criterios objetivos o subjetivos, es decir, si el desequilibrio o la excesiva onerosidad se valora teniendo en cuenta la equivalencia de las prestaciones a cargo de las partes; la proporción o relación existente entre la prestación o las obligaciones a cargo de una de las partes y la contraprestación o las obligaciones de la otra; o bien la comparación del equilibrio inicial del contrato frente al desequilibrio final sobrevenido (criterio objetivo), o bien teniendo en cuenta el sacrificio que al deudor irrogaba la ejecución o cumplimiento del contrato según su equilibrio inicial, frente al sacrificio que ahora le irroga dicha ejecución o cumplimiento, teniendo en cuenta el desequilibrio final sobrevenido.¹⁶¹²

¹⁶⁰⁷ Los Principios Unidroit (art. 3.10), disciplinan expresamente el desequilibrio excesivo, previendo la posibilidad de anular el contrato o la cláusula que atribuya a una parte, de manera injustificada, una ventaja excesiva en consideración del estado de dependencia, las dificultades económicas, las necesidades inmediatas o la impericia, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad sufridas por la parte en desventaja.

¹⁶⁰⁸ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁶⁰⁹ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

¹⁶¹⁰ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-32.

¹⁶¹¹ ob. cit., p. 4-32; y CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁶¹² CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

Mientras el criterio objetivo resalta únicamente el desequilibrio contractual; el subjetivo destaca el esfuerzo del deudor, la situación patrimonial del mismo, su empobrecimiento, el aumento de su erogación o la carga que representa para su patrimonio el cumplimiento de la prestación alterada.¹⁶¹³

El criterio subjetivo valora la onerosidad respecto del deudor y enfatiza las cuestiones determinantes o el entorno que rodeó la declaración de voluntad de este (*rebus sic stantibus*); o la representación de las circunstancias determinantes de dicha declaración (teoría de la presuposición); o los aspectos determinantes de la voluntad negocial o lo que cada una de las partes piensa respecto de esas circunstancias (teoría de la base subjetiva del negocio jurídico).¹⁶¹⁴

77.2. Criterios objetivos de valoración integral del desequilibrio del contrato.

Dentro de los criterios objetivos para la revisión, la doctrina ha señalado los siguientes:

1º El de la reciprocidad o equivalencia de las prestaciones intercambiadas en los contratos onerosos, sean estos bilaterales o unilaterales, caso en el cual se habla de excesiva onerosidad sobreviniente, de riesgo imprevisible o teoría de la imprevisión.¹⁶¹⁵

2º El del cambio de alguna circunstancia que forme parte del contenido del negocio y del cual devenga una perturbación importante del equilibrio de las prestaciones (*Störung der Geschäftsgrundlage*), como sucede con la teoría de la base objetiva del negocio.¹⁶¹⁶

3º El criterio de la conservación de la economía general del contrato que comprende, además de la equivalencia de las prestaciones, el equilibrio conjunto o total del negocio, como sucede con la teoría de la función económico-social del contrato.¹⁶¹⁷

4º El criterio de la *impracticability*, versión americana de la teoría inglesa de la frustración del contrato (*Frustration of contract*), que exige para la revisión de éste la supervivencia de las dificultades sobrevenidas, desconocidas o imprevistas al momento de la celebración, y que suponen para el deudor una pérdida de utilidad.¹⁶¹⁸

¹⁶¹³ PINO, *La excesiva onerosidad de la prestación*, ob. cit., p. 88.

¹⁶¹⁴ CHAMIE GANDUR, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, ob. cit., p. 138 ss; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁶¹⁵ CHAMIE GANDUR, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, ob. cit., p. 177 ss; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁶¹⁶ CHAMIE GANDUR, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, ob. cit., p. 275 ss; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁶¹⁷ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁶¹⁸ CHAMIE GANDUR, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, ob. cit., p. 275 ss; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

78. El equilibrio económico de los contratos.¹⁶¹⁹

El concepto de equilibrio económico tiene especial importancia para los contratos onerosos y, dentro de éstos, para los contratos conmutativos (art. 1497 c.c.col.).¹⁶²⁰

Por definición, el equilibrio económico no se presenta ni en los contratos gratuitos, en los que de manera deliberada y consciente una sola de las partes asume el gravamen, ni en los onerosos aleatorios, en los que, por causa del azar, es perfectamente posible un resultado patrimonialmente negativo para una de ellas.¹⁶²¹

Por equilibrio financiero del contrato se entiende, en términos generales, el balance o equivalencia que debe existir entre las prestaciones de cada una de las partes, de manera que entre ellas haya ajuste o armonía como quiera que sus respectivos pesos se igualan o compensan.¹⁶²²

En otros términos, el peso prestacional que cada una de las partes asume se considera, desde el punto de vista financiero, como equivalente al asumido por la otra, de manera que el intercambio prestacional resulte económicamente nivelado (onerosidad conmutativa).¹⁶²³

El equilibrio financiero negocial, sin embargo, no se refiere a la exactitud aritmética, ni a la milimétrica equivalencia en el valor patrimonial de cada una de las prestaciones involucradas en el intercambio, pues ello, además de ser imposible en la práctica, resultaría francamente nocivo para el desarrollo de los negocios, los que de suyo toleran, por razones de muy diversa índole, ciertos desequilibrios o

¹⁶¹⁹ LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, ob. cit.; GAMARRA, *Imprevisión y equivalencia contractual*, ob. cit.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Gabriel Andrés, "La resurrección de la teoría de la imprevisión y sus vinculaciones con la noción de equivalencia", ADCU, XXXIV, 2004; y CESÀRO, *Clausola di renegoziazione dell'equilibrio contrattuale*, ob. cit.

¹⁶²⁰ MUÑOZ LAVERDE, *Equilibrio financiero en los contratos privados*, ob. cit., p. 4-5; y CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

¹⁶²¹ MUÑOZ LAVERDE, *Equilibrio financiero en los contratos privados*, ob. cit., p. 4-5. A diferencia de los contratos gratuitos o de mera liberalidad, que tienen por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen, los contratos onerosos se caracterizan por el interés recíproco de las partes, que se concretiza en la utilidad o ventaja que estas pretenden obtener por causa del gravamen mutuo que asume cada una en provecho de la otra. Son esencialmente onerosos la compraventa y el arrendamiento, y esencialmente gratuitos el comodato y la donación.

En otros casos, la gratuidad o la onerosidad son elementos naturales que, por lo mismo, pueden variar por estipulaciones contractuales, como sucede con el mutuo civil que, siendo naturalmente gratuito, se torna oneroso con la estipulación de intereses. Los contratos onerosos, a su turno, pueden ser conmutativos o aleatorios (art. 1498 c.c.col.): en aquéllos cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez, al paso que en éstos el beneficio esperado consiste en una contingencia de ganancia o pérdida, dependiendo el objeto del negocio del albur, la suerte o el azar.

En los contratos gratuitos y en los onerosos aleatorios, excepcionales en la contratación privada, no tiene cabida el concepto de equilibrio financiero o de equivalencia prestacional. Frente a estos últimos, solamente existe una situación de desequilibrio cuando se produzca una desproporción por motivos diversos o por causas extrañas al riesgo propio o inherente a ellos.

¹⁶²² MUÑOZ LAVERDE, *Equilibrio financiero en los contratos privados*, ob. cit., p. 4-5; y CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

¹⁶²³ MUÑOZ LAVERDE, *Equilibrio financiero en los contratos privados*, ob. cit., p. 4-5.

asimetrías que se alejan de los intercambios prestacionales íntegramente paritarios y perfectamente equilibrados desde el punto de vista económico.¹⁶²⁴

Más que a ésto, la noción de desequilibrio contractual se refiere a la razonable equiparación en la estimación del valor patrimonial de las prestaciones a cargo de las partes, teniendo en cuenta las particularidades de cada relación contractual y, en especial, la voluntad e intención de aquéllas.¹⁶²⁵

La ley, al definir la conmutatividad, no exige que las prestaciones sean milimétricamente equivalentes, sino que se miren o consideren como tales, lo que admite un cierto y razonable margen o límite de desequilibrio en la economía de los contratos (art. 1498 c.c.col.), por fuera del cual se configura la ruptura del equilibrio financiero contractual, entendida como aquella situación en la que el contenido negocial acordado por las partes es tal que, bien ab initio o de manera sobreviniente, excluye la equivalencia prestacional que supone la ley en los contratos de onerosidad conmutativa.¹⁶²⁶

En otros términos, más que a una equivalencia puramente aritmética del valor patrimonial de las respectivas prestaciones, el concepto de equilibrio económico de los contratos hace referencia a la razonable relación de proporcionalidad que debe existir entre aquellas, atendidas las circunstancias concretas que rodearon la celebración y la ejecución del contrato, y en especial la intención de las partes.¹⁶²⁷

Ahora bien, si se asume que cada parte de la relación contractual alcanza su particular utilidad al conseguir el fin práctico pretendido mediante la obtención de lo que recibe, que se tiene como equivalente o proporcionado a lo que ésta, a su vez, da o hace a favor de la otra, el problema principal que comporta la noción de equilibrio contractual será definir qué se entiende, en cada caso concreto, por equivalente o proporcionado, y con fundamento en qué criterios las prestaciones de las partes se consideran tal, es decir, con fundamento en qué criterios se han de diferenciar los eventos en que el rango de desequilibrio resulte razonable o tolerable, de aquellos otros en que la ruptura del equilibrio contractual resulte sencillamente inadmisibles.¹⁶²⁸

La cuestión crucial que plantea el equilibrio económico que debe existir en los contratos onerosos conmutativos será definir aquellos márgenes en que la relación de equivalencia entre las prestaciones recíprocas de las partes se considere

¹⁶²⁴ MUÑOZ LAVERDE, *Equilibrio financiero en los contratos privados*, ob. cit., p. 4-5; y CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

¹⁶²⁵ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-32.

¹⁶²⁶ MUÑOZ LAVERDE, *Equilibrio financiero en los contratos privados*, ob. cit., p. 8.

¹⁶²⁷ MUÑOZ LAVERDE, ob. cit., p. 8.

¹⁶²⁸ Tal cuestión también podría formularse, como lo hace MUÑOZ LAVERDE, de la siguiente manera: en qué consiste ese “cierto” o relativo equilibrio en la economía del contrato; o cuál debe ser esa “razonable equiparación” en la estimación del valor pecuniario de las prestaciones debidas, y hasta dónde pueden tolerarse asimetrías respecto de ellas? (MUÑOZ LAVERDE, *Equilibrio financiero en los contratos privados*, ob. cit., p. 7).

razonable o proporcionada, problema que no admite respuestas únicas y absolutas, sino que debe examinarse a la luz de la especificidad de cada caso concreto, según criterios orientadores fijados por el legislador como la situación particular de las partes, su grado de experiencia y educación, su eventual estado de necesidad al contratar, las razones que puedan objetivamente justificar las situaciones aparente o *prima facie* desequilibradas, la observancia o inobservancia de las cargas de la autonomía y de los deberes secundarios de comportamiento, la buena o mala fe en las declaraciones de voluntad, entre otros.¹⁶²⁹

Según la doctrina, tales criterios han de ser subjetivos y objetivos, como los que tocan a la situación concreta y particular de las partes en cada relación contractual, o a sus específicos intereses y necesidades, en el caso de los primeros, o a los que se refieren a las circunstancias económicas concurrentes con el sentido y alcance de las correspondientes declaraciones de voluntad, en el caso de los segundos.¹⁶³⁰

Con fundamento en tales criterios, se han de definir los márgenes dentro de los cuales los desequilibrios contractuales son jurídicamente tolerables o razonables, según las circunstancias objetivas o subjetivas que rodearon la celebración del contrato.¹⁶³¹

78.1. La exclusión del control material de abusividad sobre el contenido económico de los contratos de adhesión.

En los contratos de adhesión se distinguen dos segmentos materiales: uno contractual, regulado por la teoría de los contratos; el otro no contractual, que se presenta como el reglamento, al que se somete el adherente mediante su aceptación. La fuerza obligatoria del contrato se explica por el acuerdo de voluntades; en tanto que la del reglamento es independiente de este acuerdo.¹⁶³²

¹⁶²⁹ MUÑOZ LAVERDE, *ob. cit.*, p. 7.

¹⁶³⁰ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; y MUÑOZ LAVERDE, *Equilibrio financiero en los contratos privados*, *ob. cit.*, p. 4-5.

¹⁶³¹ MUÑOZ LAVERDE, *Equilibrio financiero en los contratos privados*, *ob. cit.*, p. 8.

¹⁶³² GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, *ob. cit.*, p. 55. Con esto el legislador reconoce una fuente de legitimación negocial diferente del consentimiento, pues las condiciones generales, en tanto contenido del contrato, no son fruto del acuerdo de las partes sino de la imposición unilateral de una de ellas, sólo que la validez de ese contenido predispuesto se halla condicionado a la transparencia de su incorporación y a que refleje un equilibrio material de los intereses de ambas partes del contrato.

La debilidad de los requisitos de incorporación como fuente de legitimación del contenido contractual frente al consentimiento, explica el tratamiento normativo diferenciado de las condiciones generales respecto de la regulación tradicional del contrato, pues la contratación estandarizada supone una quiebra del principio de autonomía de la voluntad.

El derecho general de contratos y, en particular, el principio *pacta sunt servanda*, asentado en la libertad y conocimiento de los individuos, eleva a estos en los mejores árbitros de sus propios intereses, por lo que le está vedado al derecho intervenir en la regulación contractual que libre y conscientemente han querido las partes.

Faltando el consentimiento del adherente sobre las condiciones generales, no es lógico que se aplique a los contratos de adhesión, sobre todo en los celebrados con consumidores, las normas del derecho general de contratos, asentado en la autonomía de la voluntad y en el principio *pacta sunt servanda*.

Al respecto, PERTÍÑEZ VILCHEZ, *Contratos de adhesión*, *ob. cit.*, p. 1585-7

En los contratos de adhesión el precio y su relación con el objeto del contrato resultan plenamente consentidos, aun cuando no hayan sido negociados, toda vez que la decisión de contratar se adopta atendiendo a ellos, en tanto que la reglamentación jurídica del contrato, contenida en las condiciones generales, resulta impuesta porque la selección del adherente no atiende a estos aspectos.¹⁶³³

El segmento estrictamente económico del contrato de adhesión, relativo a sus elementos esenciales (el precio y su relación con la contraprestación), es consentido por el adherente, como quiera que la decisión de contratar o no la ha adoptado teniendo en cuenta tales elementos, en tanto que el segmento normativo, expresado en las condiciones generales de contratación, no es el resultado de la autonomía de la voluntad, pues ni siquiera son conocidas por el adherente antes de la celebración del contrato, sino que son impuestas exclusivamente por el predisponente.¹⁶³⁴

En los contratos de adhesión, cuyo contenido no es producto de la voluntad de ambas partes, sino de una de ellas, existe un desequilibrio estructural porque, aparte de las condiciones económicas, es decir, el precio y su relación con el bien o servicio, el adherente no elige libremente la reglamentación del contrato, la que es impuesta exclusivamente por el predisponente.¹⁶³⁵

En la contratación estandarizada quien pretende un determinado bien o servicio sólo compara el precio y las características de éstos entre los ofrecidos en el mercado, pero no las diferentes condiciones generales empleadas por los distintos empresarios que ofrecen el mismo bien o servicio.¹⁶³⁶

78.2. Cláusulas abusivas respecto del precio del contrato.

Se consideran abusivas las cláusulas que contengan la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio, o la facultad del profesional para aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas, o sin reconocer al consumidor el derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al inicialmente estipulado.¹⁶³⁷

El primer tipo indicado corresponde a la llamada “cláusula de reserva del precio”, en la cual el consumidor acepta un precio del que no se conoce su cuantía y cuya determinación se deja en manos del profesional para el momento en que la prestación se haya cumplido. En estos casos, en realidad, no existe precio cierto.¹⁶³⁸

¹⁶³³ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

¹⁶³⁴ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1585-7.

¹⁶³⁵ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 83; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1585-7.

¹⁶³⁶ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1585-7.

¹⁶³⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, ob. cit., p. 1585-7.

¹⁶³⁸ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 83; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1585-7.

El segundo tipo de cláusulas faculta al profesional para aumentar el precio final. El precio inicialmente fijado es, por consiguiente, sólo indicativo, y no impide la posibilidad de que el profesional lo aumente en cualquiera de los factores que deban formar parte. Es claro que en este caso nos encontramos también en presencia de un precio no cierto y que en este sentido la cláusula es abusiva.¹⁶³⁹

La contundencia que parece existir en la declaración de abusividad de las estipulaciones que permiten al profesional fijar el precio en el momento de la entrega o la de aumentarlo, se tempera, sin embargo, con las siguientes condiciones: que existan razones objetivas y que se reconozca al consumidor el derecho de rescindir el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado.¹⁶⁴⁰

78.3. Incrementos injustificados del precio.

También se consideran abusivos los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos por indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso, expresadas con la debida claridad o separación.¹⁶⁴¹

El centro de gravedad de la prohibición se ubica en que todas las partidas mencionadas y calificadas como incrementos de precio, deben haber quedado expresadas con la debida claridad y separación, lo cual, en el caso de las condiciones generales, constituye un requisito de incorporación y, en concordancia con ello, que exista la posibilidad de aceptación separada a cada uno de esos casos.¹⁶⁴²

79. Los elementos de la comparación que supone el juicio de abusividad.

La existencia de una intervención en los derechos garantizados a favor de los consumidores por la prohibición de abuso o, lo que es lo mismo, de un desequilibrio

¹⁶³⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *ob. cit.*, p. 1585-7.

¹⁶⁴⁰ Por razones objetivas se entienden aquellas que excluyen la arbitrariedad y que no dependen de la voluntad del profesional, aunque resulte discutible que puedan considerarse introducidas aquellas que suponen siempre riesgos del contratante, como puede ser el caso del aumento de los costos del producto.

Se discute si la posibilidad que la norma otorga al profesional de fijar el precio en el momento de la entrega o de aumentarlo cuando existan razones objetivas, es independiente del derecho del consumidor de rescindir el contrato, o debe ir en todo caso unida a él, problema que, en beneficio del consumidor, debe resolverse haciendo coincidir ambas posibilidades.

De la regla se excluye la modificación de los precios por el profesional cuando ello signifique adaptación de tales precios a un índice, siempre que los índices deban considerarse legales, lo que parece significar legalmente admitidos y que en las cláusulas se describa suficiente y explícitamente el modo de variación.

Al respecto, DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial, ob. cit.*, p. 480.

¹⁶⁴¹ DíEZ-PICAZO, *ob. cit.*, p. 480.

¹⁶⁴² *ob. cit.*, p. 480.

contractual producido por la cláusula o condición en examen, la define el juez mediante un proceso de comparación.¹⁶⁴³

Ahora bien, en toda comparación se distinguen dos elementos: por una parte, los objetos, términos o extremos comparados, así como, por la otra, el criterio, el punto de vista o la perspectiva desde la cual se efectúa la comparación.¹⁶⁴⁴

Los objetos, términos o extremos son las personas, grupos de personas o estados de cosas objeto de la comparación y que, siguiendo a un sector de la doctrina, llamaremos “par” o “término de comparación”.¹⁶⁴⁵

Por su parte, el criterio, perspectiva o *tertium comparationis*, representa la medida que permite al juez establecer si el par de comparación o el objeto comparado, esto es, dos personas, grupos de personas o estados de cosas, son iguales o desiguales.¹⁶⁴⁶

Definir que la cláusula o condición en examen produce un desequilibrio en perjuicio del consumidor supone un juicio de igualdad o equivalencia entre Er y Ei, lo que consigue el juez mediante la comparación de los anteriores extremos a la luz de un criterio común de medida, definido previamente teniendo en cuenta, por ejemplo, la

¹⁶⁴³ Sobre el proceso de comparación en general y, en especial, en la aplicación del principio de igualdad, v., entre otros, KIRCHHOF, Paul, «*Der allgemeine Gleichheitssatz*», en ISENSEE, Josef y KIRCHHOF, Paul (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 5, Heidelberg, C.F. Müller, 1992, § 124; BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, ob. cit., p. 17; *Id.*, *La estructura de los derechos fundamentales*, p. 116-7 y 187-8; y HUSTER, *Rechte und Ziele*, ob. cit., p. 230.

¹⁶⁴⁴ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

¹⁶⁴⁵ La igualdad es una categoría que hace referencia a la existencia en dos o más personas, grupos de personas o estados de cosas (objeto de la comparación) de un mismo rasgo, característica o propiedad desde la cual se establece la comparación entre ellas (*tertium comparationis*). La igualdad o desigualdad es un juicio que recae sobre dos personas, grupos de personas o estados de cosas (objeto de la comparación).

Al respecto, ARAGÓN REYES, *Igualdad*, ob. cit., p. 136.

La igualdad como concepto relacional exige siempre la existencia de, por lo menos, dos personas, grupos de personas o estados de cosas. En otras palabras, la igualdad es siempre el resultado de un juicio sobre al menos dos personas, grupos de personas o estados de cosas llamados “términos de la comparación”. La pluralidad de objetos comparados es una condición de posibilidad del juicio de igualdad.

Ahora bien, la igualdad o desigualdad de los términos u objetos comparados no se predica de todos sus rasgos o propiedades, sino tan sólo de uno o varios rasgos comunes. No se trata, por tanto, de igualdades fácticas totales, sino de igualdades fácticas parciales. El rasgo o propiedad común que permiten definir la igualdad o desigualdad de los términos de la comparación se llama “*tertium comparationis*”. De dos cosas no se puede decir que son iguales o desiguales sin indicar primero el punto de vista desde el cual son iguales o desiguales y este punto de vista es un rasgo o una característica común de los objetos comparados.

De esta manera, el *tertium comparationis* representa las propiedades comunes a los términos de la comparación, que permite definir la igualdad o desigualdad de estos. Toda igualdad o desigualdad es, por tanto, relativa, pues sólo en relación con un determinado criterio de comparación o *tertium comparationis* puede ser definida.

Ahora bien, la definición del punto de vista, criterio de comparación o *tertium comparationis* es una decisión que, dentro del juicio de igualdad, debe estar suficiente y adecuadamente justificada.

Sobre estos aspectos, v. RUBIO LLORENTE, *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ob. cit., p. 608-9. Sobre el concepto de igualdad fáctica total e igualdad fáctica parcial, v. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 363.

¹⁶⁴⁶ ALEXY, ob. cit., p. 363.

finalidad perseguida por las partes en el contrato, en el caso de los contratos negociados, o del predisponente, en los contratos de adhesión.¹⁶⁴⁷

Las situaciones Er y Ei son iguales o desiguales respecto de la propiedad P (o P₁, P₂...P_n), dado que dos situaciones son iguales o desiguales, no en todos los aspectos, sino con respecto a determinadas propiedades. En ese sentido se habla de “igualdades relativas”.¹⁶⁴⁸

Las “situaciones” Er y Ei constituyen los objetos, extremos, términos o pares de la comparación (*Vergleichs paar*). La propiedad P, que sirve de medida o criterio de la comparación, representa, por su parte, el *tertium comparationis*.¹⁶⁴⁹

De acuerdo con una concepción clásica o tradicional, que reduce el control material de abusividad a esta etapa declarativa, los extremos de la comparación son, por una parte, el contenido real del contrato en examen (Er), y, por la otra, el derecho dispositivo, considerado *a priori* como la situación ideal de equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes previsto en abstracto por el legislador (Ei).¹⁶⁵⁰

79.1. La finalidad de la etapa comparativa.

El artículo 42 EC estatuye de manera directa la prohibición de abuso, según la cual el predisponente debe, *prima facie*, abstenerse de producir desequilibrios injustificados o cláusulas abusivas en perjuicio de los consumidores.¹⁶⁵¹

El carácter *prima facie* de la prohibición de abuso significa, como fue visto, que el predisponente, en ejercicio de su facultad de definir el contenido del contrato, podrá imponer un desequilibrio en perjuicio del consumidor, siempre que el mismo se encuentre suficientemente justificado.¹⁶⁵²

Ahora bien, la aplicación de la prohibición de abuso presupone la definición de la igualdad o desigualdad de los términos u objetos comparados de acuerdo con un criterio común de comparación o *tertium comparationis*.¹⁶⁵³

De esta manera, la finalidad de la etapa declarativa del juicio de abusividad es definir, mediante un proceso de comparación, la existencia de una intervención en

¹⁶⁴⁷ HUSTER, *Rechte und Ziele*, ob. cit., p. 257-301.

¹⁶⁴⁸ Los juicios que constatan la igualdad con respecto a determinadas propiedades, son juicios sobre relaciones triádicas: **a** es igual a **b** con respecto a la propiedad P (propiedades P₁, P₂,..., P_n).

Al respecto, ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 352.

¹⁶⁴⁹ ALEXY, ob. cit., p. 351.

¹⁶⁵⁰ STIGLITZ/STIGLITZ, *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección del consumidor*, ob. cit., p. 127-232.

¹⁶⁵¹ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

¹⁶⁵² CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-32.

¹⁶⁵³ ob. cit., p. 4-32.

los derechos garantizados por la prohibición de abuso o, lo que es lo mismo, de un desequilibrio contractual impuesto unilateralmente por el predisponente en perjuicio del consumidor.¹⁶⁵⁴

En otras palabras, en la mencionada etapa del juicio de abusividad, el juez define y fundamenta la cláusula o condición (n) que sirve de premisa menor en la fundamentación interna del fallo que declara la abusividad de la cláusula o condición en examen.¹⁶⁵⁵

79.2. El resultado de la etapa comparativa.

Ahora bien, el resultado de la etapa comparativa del juicio de abusividad puede ser el siguiente:

1º Que Er sea igual o equiparable a Ei, en cuyo caso el juez declarará la validez de la cláusula o condición impuesta por el predisponente como contenido del contrato.¹⁶⁵⁶

En este caso simplemente rige la prohibición de abuso, como quiera que la inexistencia de un desequilibrio contractual constituye el supuesto de hecho de la norma estatuida por el artículo 42 EC.¹⁶⁵⁷

2º Que Er sea desigual, distinto o no equiparable a Ei, caso en el cual el juez declarará el desequilibrio del contrato y valorará seguidamente, en la etapa discursiva del juicio de abusividad, la suficiencia de las razones que puedan justificar dicho desequilibrio.¹⁶⁵⁸

Este último caso representa una intervención o restricción de los derechos del consumidor garantizados por la prohibición de abuso. En dicho evento, el juez debe dar paso a la etapa discursiva del juicio de abusividad y definir la suficiencia de las razones que puedan justificar el equilibrio contractual establecido en la etapa declarativa.¹⁶⁵⁹

En otras palabras, en los casos en que el juez verifique la inexistencia de un desequilibrio contractual (Er=Ei), la cláusula o condición en examen mantendrá su validez definitiva como contenido del contrato.¹⁶⁶⁰

¹⁶⁵⁴ HUSTER, *Rechte und Ziele*, ob. cit., p. 257-301; *Id.*, *Gleichheit und Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 541-9; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad como criterio metodológico de concreción normativa del mandato de tratamiento igual*, ob. cit., p. 343-85.

¹⁶⁵⁵ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 343-85.

¹⁶⁵⁶ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁶⁵⁷ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁶⁵⁸ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

¹⁶⁵⁹ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-32.

Por el contrario, en el caso en que de la etapa declarativa resulte un desequilibrio contractual ($E_r \neq E_i$), el juez deberá dar paso a la etapa discursiva y definir, con la ayuda del principio de proporcionalidad, la suficiencia de las razones que puedan justificar tal desequilibrio.¹⁶⁶¹

En este evento, la cláusula enjuiciada mantiene su validez *prima facie* hasta que sean practicados los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.¹⁶⁶²

¹⁶⁶⁰ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad como criterio metodológico de concreción normativa del mandato de tratamiento igual*, ob. cit., p. 343-85.

¹⁶⁶¹ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁶⁶² CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

CAPÍTULO XV

LA REVISIÓN EN SENTIDO AMPLIO COMO REMEDIO GENERAL DEL DESEQUILIBRIO DEL CONTRATO

80. La revisión del contrato.¹⁶⁶³

La práctica comercial moderna, caracterizada por el predominio de los contratos de duración, esto es, de relaciones obligatorias que se extienden en el tiempo y, por lo mismo, expuestas con mayor intensidad a los riesgos por eventos sobrevenidos, ha llevado al derecho a diseñar remedios o mecanismos cada vez más refinados que hagan frente a las anomalías que puedan afectar el cumplimiento de las obligaciones.¹⁶⁶⁴

Para los eventos de no-cumplimiento, o de dificultades relevantes que requieren una modificación equitativa del contrato (el problema de la compatibilidad de los eventos sobrevenidos y el cumplimiento contractual),¹⁶⁶⁵ los ordenamientos jurídicos han reconocido un deber general de renegociar equitativamente las prestaciones afectadas por desequilibrio contractual sobrevenido.¹⁶⁶⁶

Tal deber general de renegociación se traduce en expresiones como fuerza mayor (*force majeure*), excesiva onerosidad sobrevenida, base del negocio (*Geschäftsgrundlage*), frustración, imposibilidad (*Unmöglichkeit*), cambio de

¹⁶⁶³ LASBORDES, Victoire, *Les contrats déséquilibrés*, Marseille, Presses Universitaires de Aix-en-Provence, 2000; FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, ob. cit., p. 88 ss; GRYNBAUM, *Le contrat contingent, L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, ob. cit., p. 44 ss; HINESTROSA, Fernando, «La révision du contrat, Rapport général», en Journées Franco-Brésiliennes de l'Association Henri Capitant, Río de Janeiro-San Pablo, 2005, p. 391-422; *Id.*, *Tratado*, ob. cit., t. II, vol. 2, p. 507 ss; OERTMANN, Paul, *Die Geschäftsgrundlage: ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, School, 1921; LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, ob. cit.; MEDICUS, Dieter, «Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage», en *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, Colonia, 1979; TREITEL, Guenter Heinz, *Frustration and force majeure*, Londres, 1994; MC KENDRICK, Ewan, *Force majeure and frustration of contract*, Londres, Lloyds, 1995; GORDLEY, James, «Impossibility and changed and unforeseen circumstances», *American Journal of Comparative Law*, 52, summer, 2004; GORLA, Gino, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padua, Cedam, 1934; GIOVENE, Achille, *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza*, Padua, Cedam, 1941; BRACCANTI, Carlo, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, Milán, Giuffrè, 1946; PINO, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, ob. cit.; MARUZZI, Luca, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, Terni, 1954; BOSELLI, Aldo, voz «Eccessiva onerosità», en *Noviss. Dig. It.*, V, Turín, 1960; GALLO, Paolo, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milán, Giuffrè, 1992; TERRANOVA, Carlo Giuseppe, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, Milán, 1995; CESÀRO, *Clausola di renegotiazione dell'equilibrio contrattuale*, ob. cit.; MARIN ECHEVERRÍA, Antonio, «La excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación», en *Roma e América*, 7, 1999; ALTERINI, Atilio, «Teoría de la imprevisión y cláusula de hardship», *Roma e América*, 13, 2002; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *La resurrección de la teoría de la imprevisión y sus vinculaciones con la noción de equivalencia*, ob. cit.; GAMARRA, *Imprevisión y equivalencia contractual*, ob. cit.; y CHAMIE GANDUR, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, ob. cit., p. 275 ss.

¹⁶⁶⁴ Los hechos sobrevinientes que afectan la ejecución del contrato se dividen en imputables y no imputables. Ocurre el primer caso cuando una de las partes, por su dolo o culpa, interrumpe el cumplimiento del contrato, incurriendo con ello en responsabilidad y en la obligación de resarcir los perjuicios. Las anomalías no imputables derivan de eventos irresistibles que, según su intensidad, pueden generar una imposibilidad absoluta, *id est*, un incumplimiento no imputable y la disolución del vínculo, o un no-cumplimiento o una dificultad relevante que requiere una modificación equitativa del contrato.

Al respecto, CHAMIE GANDUR, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, ob. cit., p. 25 ss.

¹⁶⁶⁵ Se trata del problema general de la compatibilidad entre eventos sobrevenidos y cumplimiento contractual, o de la incidencia de aquellos eventos, o de anomalías no imputables a las partes, que modifican las circunstancias iniciales produciendo un desequilibrio de sus prestaciones (riesgo contractual). Al respecto, CHAMIE GANDUR, ob. cit., p. 21.

¹⁶⁶⁶ CHAMIE GANDUR, *El principio de reductio ad aequitatem por desequilibrio contractual*, ob. cit.

circunstancias y, en fin, *rebus sic stantibus*, que evidencian la compatibilidad entre realidad y contrato y la tendencia hacia la revisión y conservación de éste.¹⁶⁶⁷

En este sentido, cuando se busca que los efectos del contrato sean compatibles con la realidad, se habla de revisión, renegociación, modificación o adaptación contractual (*adaptation, Anpassung*).¹⁶⁶⁸ Tales remedios o instrumentos buscan superar las contingencias y adaptar el contrato a la nueva realidad, conservarlo y garantizar el cumplimiento equitativo de las obligaciones.¹⁶⁶⁹

80.1. Desarrollo histórico.

Las reglas para el tratamiento de los riesgos por eventos sobrevenidos no imputables tuvieron su origen en el derecho romano, las cuales fueron luego reinterpretadas en el medioevo hasta llegar a la cláusula *rebus sic stantibus*,¹⁶⁷⁰ y a las fórmulas modernas alternativas a ésta, tanto en el *common law* como en el derecho continental europeo.¹⁶⁷¹

Apegada al principio *pacta sunt servanda*, la doctrina clásica de finales del siglo XIX era contraria a la revisión del contrato por causas sobrevenidas. Luego de la Primera Guerra Mundial, cuando la crisis económica alteró gran número de contratos de duración, se abrió paso la idea de justicia que reclamaba la revisión equitativa de tales contratos.¹⁶⁷²

El paradigma del voluntarismo, en efecto, cedió paso ante las exigencias de la buena fe, la colaboración, la equidad y la justicia contractual. Hoy por hoy, la doctrina y la legislación reconocen la revisión del contrato y, en definitiva, el principio *rebus sic stantibus*.¹⁶⁷³

Las posiciones más recientes de la doctrina hablan de un “deber de revisión”, válido para todas las áreas del ordenamiento (civil, laboral, administrativo e internacional), fundado en la buena fe y en la equidad correctiva, según la cual las partes deben

¹⁶⁶⁷ LESGUILLONS, Henri, “*Frustration, force majeure, imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, changed circumstances*”, J.Int'l Arb., 1986; MOURALIS, Jean, voz «*Imprévision*», en Encyclopédie Dalloz, VI, París, 1989; y CHAMIE GANDUR, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos, ob. cit.*, p. 25-6.

¹⁶⁶⁸ CHAMIE GANDUR, *ob. cit.*, p. 21.

¹⁶⁶⁹ TREITEL, Guenter Heinz, *Remedies for breach of contract*, Oxford, 1998, Capítulo I (*General Introduction*), p. 1 ss.

¹⁶⁷⁰ Esta idea de justicia, y la necesidad de moderar los contratos de duración afectados de un desequilibrio sobrevenido, se halla en la *reductio ad aequitatem* del derecho medieval. Esta tradición, sin embargo, entró en crisis en el siglo XIX con la idea de libertad e intangibilidad de los pactos (*pacta sunt servanda*).

Al respecto, CHAMIE GANDUR, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos, ob. cit.*, p. 23.

¹⁶⁷¹ CHAMIE GANDUR, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos, ob. cit.*, p. 22-3; y TREITEL, *Remedies for breach of contract, ob. cit.*, p. 1 ss.

¹⁶⁷² TREITEL, *ob. cit.*, p. 1 ss.

¹⁶⁷³ CHAMIE GANDUR, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos, ob. cit.*, p. 23.

poner término o remedio a las anomalías sobrevenidas, mantener incólume el contrato y satisfacer recíprocamente sus expectativas.¹⁶⁷⁴

80.2. Noción.

Desde un punto de vista amplio, revisar significa corregir o adaptar el contenido del contrato, cuando quiera que el mismo produce un desequilibrio en contra de una de las partes, bien al momento de su celebración (desequilibrio inicial), bien durante su ejecución (desequilibrio sobreveniente).¹⁶⁷⁵

Tal concepto amplio alude a la corrección legislativa, judicial o convencional del desequilibrio contractual y se aplica a todo tipo de contrato, sea nacional o internacional; público o privado; civil, comercial o de consumo; de libre discusión o de adhesión.¹⁶⁷⁶

Desde un punto de vista estricto, y también tradicional, la revisión alude a la corrección judicial de los desequilibrios que sobrevienen durante la ejecución del contrato, principalmente de libre discusión. Desde este punto de vista, por revisión se entiende la adaptación del contrato a las circunstancias sobrevenidas.¹⁶⁷⁷

Puede tratarse de un desequilibrio inicial (Di), como sucede en los casos de lesión (art. 1947 c.c.col.),¹⁶⁷⁸ o en los supuestos de abusividad en los contratos de adhesión celebrados con consumidores (art. 42 EC);¹⁶⁷⁹ o de un desequilibrio sobreveniente (Ds), como sucede en los contratos de tracto sucesivo o de duración,¹⁶⁸⁰ cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a su celebración, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa (art. 868 c.co.).¹⁶⁸¹

¹⁶⁷⁴ CHAMIE GANDUR, *ob. cit.*, p. 23-4.

¹⁶⁷⁵ HINESTROSA, *Tratado, ob. cit.*, t. II, vol. 2, p. 507 ss; e *Id.*, *La révision du contrat, ob. cit.*, p. 391.

¹⁶⁷⁶ HINESTROSA, *ob. cit.*, p. 391.

¹⁶⁷⁷ LESGUILLONS, "Frustration, force majeure, imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, changed circumstances", *ob. cit.*; GRYNBAUM, *Le contrat contingent, ob. cit.*, p. 44; y LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés, ob. cit.*, p. 22. v. también, CHAMIE GANDUR, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos, ob. cit.*, p. 275 ss.

¹⁶⁷⁸ Desde una perspectiva histórica, v. CHAMIE GANDUR, José Félix, "Rescisión por lesión enorme: el problema del origen", *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, 19, 2010.

¹⁶⁷⁹ Para el caso excepcional de abusividad sobreveniente en el contrato de mutuo, v. SCALI, Marianna, "Eccessiva onerosità sopravvenuta del mutuo e tutela del consumatore", *Cultura e diritto*, año VI, 2/3, 2017, p. 43 ss.

¹⁶⁸⁰ Sobre este concepto, v. STOLFI, Giuseppe, «*Appunti sui contratti di durata*», en *Studi in memoria di B. Scorta*, Roma, 1940. v. también, GRANDE STEVENS, Franzo, «*Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata*», en LIPARI, Nicolò (dir.), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Nápoles, Esi, 1998, p. 193.

¹⁶⁸¹ GRYNBAUM, *Le contrat contingent, ob. cit.*, p. 44; y LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés, ob. cit.*, p. 22 ss. v. también, GIOVENE, *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza, ob. cit.* p. 176 ss; BRACCIANTI, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti, ob. cit.*, p. 22 ss; PINO, *L'eccessiva onerosità della prestazione, ob. cit.*, p. 11 ss;

En todo caso, el elemento común de la revisión es el concepto de desequilibrio contractual.¹⁶⁸²

81. Los fundamentos de la revisión del contrato.

81.1. El principio de igualdad o de justicia contractual.

El fundamento último de la revisión es el principio de igualdad o justicia contractual.¹⁶⁸³ Este principio, y sus distintas concreciones, como el principio *rebus sic stantibus*, choca frecuentemente con el principio de seguridad jurídica (*pacta sunt servanda*, art. 1602 c.c.col.), y de la tensión entre ambos, y de su predominio en los casos concretos, depende la revisión o la incolumidad del contrato.¹⁶⁸⁴

El principio de *pacta sunt servanda* excluye, *prima facie*, cualquier injerencia externa en el contenido del contrato: sólo las partes están legitimadas, de mutuo acuerdo y, excepcionalmente, de manera unilateral, para modificarlo o disolverlo.¹⁶⁸⁵

El principio de justicia contractual, por el contrario, habilita dicha revisión, bien cuando, celebrado el negocio, el mismo contiene un desequilibrio en perjuicio de una de las partes, como sucede en los casos de lesión o de abuso,¹⁶⁸⁶ o bien cuando en el curso de su cumplimiento, sobre todo en los contratos de larga duración, varían las condiciones existentes a la época de su celebración, quebrantándose con ello el equilibrio inicial, con lo cual la revisión busca reajustar los términos del contrato para acomodarlo a las nuevas condiciones.¹⁶⁸⁷

En síntesis, frente a un desequilibrio de la ecuación contractual, inicial o sobrevenido, existen las siguientes posibilidades de revisión:

MARUZZI, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, ob. cit., p. 88; BOSELLI, voz «Eccessiva onerosità», ob. cit., p. 44 ss; y TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, ob. cit., p. 22.

¹⁶⁸² FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, ob. cit., p. 22; HINESTROSA, *Tratado*, ob. cit., t. II, vol. 2, p. 507 ss; e *Id.*, *La révision du contrat*, ob. cit., p. 391 ss. v., además, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *La resurrección de la teoría de la imprevisión y sus vinculaciones con la noción de equivalencia*, *passim*.

¹⁶⁸³ CHAMIE GANDUR, *El principio de reductio ad aequitatem por desequilibrio contractual*, *passim*.

¹⁶⁸⁴ BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, ob. cit., p. 88; HINESTROSA, *Tratado*, ob. cit., t. II, vol. 2, p. 507 ss; e *Id.*, *La révision du contrat*, ob. cit., p. 391 ss.

¹⁶⁸⁵ HINESTROSA, *Tratado*, ob. cit., t. II, vol. 2, p. 507 ss; e *Id.*, *La révision du contrat*, ob. cit., p. 391 ss.

¹⁶⁸⁶ CHAMIE GANDUR, *El principio de reductio ad aequitatem por desequilibrio contractual*, ob. cit., p. 219 ss.

¹⁶⁸⁷ La teoría clásica por largo tiempo privilegió el principio *pacta sunt servanda* en busca de la estabilidad contractual y la conservación del contrato en su estado inicial; en tanto que el derecho actual de los contratos trata de conciliar la fuerza de cohesión que procura el mantenimiento y la perennidad del contrato y las fuerzas del cambio que tienden a su evolución y su capacidad de adaptarse a las circunstancias cambiantes.

Al respecto, GUELFUCCI-THIBIERGE, Catherine, "Libres propos sur la transformation du droit des contrats", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2, París, 1997, p. 358; HINESTROSA, ob. cit., t. II, vol. 2, p. 507 ss; e *Id.*, *La révision du contrat*, ob. cit., p. 391 ss.

1º Celebrado el negocio, la parte lesionada podrá pedir su rescisión;

2º En los contratos de adhesión celebrados con consumidores, el adherente podrá solicitar la nulidad de la respectiva cláusula o condición cuando la misma produzca un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor (art. 42 EC).¹⁶⁸⁸

3º En el curso de su ejecución, en la medida en que sobrevengan hechos que puedan variar las condiciones existentes en la época de la celebración del contrato, y en la medida en que rompan el equilibrio inicial de este, la parte afectada podrá solicitar el reajuste o la revisión en estricto sentido de las correspondientes prestaciones o, en defecto de lo anterior, la resolución del contrato.¹⁶⁸⁹

81.2. La cláusula *rebus sic stantibus*.¹⁶⁹⁰

La primera teoría objetiva de la revisión contractual es la cláusula *rebus sic stantibus*, que alude al cumplimiento estricto de los acuerdos (*pacta sunt servanda*), en la medida en que las cosas y circunstancias que se tuvieron en cuenta al celebrar el contrato se mantengan inalteradas, o en el mismo estado en que se hallaba cuando se interpuso la estipulación (*si in eodem statu maneat quo fuit quum stipulatio interponeretur*).¹⁶⁹¹

A *contrario sensu*, es posible la revisión o el apartamiento contractual frente a hechos que cambien la situación negocial originaria. El deber de cumplir las promesas se halla ligado a la inmutabilidad de la situación fáctica o a las circunstancias existentes al momento de celebrar el contrato.¹⁶⁹²

En el derecho romano, aunque de manera excepcional al principio *pacta sunt servanda*, era posible poner fin al contrato si se producía un cambio en las circunstancias existentes al momento de su celebración.¹⁶⁹³

La cláusula *rebus sic stantibus* surgió en el derecho canónico, según el cual, en todo contrato que se proyecta hacia el futuro, se debe presumir la condición implícita de

¹⁶⁸⁸ HINESTROSA, *Tratado*, ob. cit., t. II, vol. 2, p. 510; y SCALI, *Eccessiva onerosità sopravvenuta del mutuo e tutela del consumatore*, ob. cit., p. 43 ss.

¹⁶⁸⁹ HINESTROSA, ob. cit., p. 391 ss.

¹⁶⁹⁰ CHAMIE GANDUR, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, ob. cit., p. 113 ss; OSTI, Giuseppe, «*Clausola 'rebus sic stantibus'*», en *Noviss. Dig. It.*, III, Turín, 1959, p. 354; y FEENSTRA, Robert, «*Impossibilitas and clausula rebus sic stantibus*», en WATSON, A. (ed.), *Daube Noster, Essays in Legal History for Davis Daube*, Edinburgo y Londres, 1974.

¹⁶⁹¹ CHAMIE GANDUR, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, ob. cit., p. 97. v. también, HINESTROSA, *Tratado*, ob. cit., t. II, vol. 2, p. 512; *Id.*, *La révisión du contrat*, ob. cit., p. 391 ss; y OSTI, *Clausola 'rebus sic stantibus'*, ob. cit., p. 354.

¹⁶⁹² CASTIÑEIRA JEREZ, Jorge, «*Hacia una nueva configuración de la doctrina rebus sic stantibus: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014*», In *Dret*, Barcelona, 4, 2014, p. 1-26; e HINESTROSA, *Tratado*, ob. cit., t. II, vol. 2, p. 510; e *Id.*, *La révisión du contrat*, ob. cit., p. 391 ss.

¹⁶⁹³ CHAMIE GANDUR, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, ob. cit., p. 96 ss; y ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations*, ob. cit., p. 44; KRELLER, *Historia del derecho romano*, ob. cit.; KUNKEL, *Historia del derecho romano*, ob. cit., p. 22; y KOSCHAKER, *Europa y el derecho romano*, ob. cit., p. 44. También, BONFANTE, Pietro, *Historia del derecho romano*, t. I (José SANTACRUZ TEJEIRO, trad.), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1944; y SOHM, Rudolf, *Instituciones de derecho privado romano, Historia y sistema* (Wenceslao ROCES, trad.), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1936.

que las cosas han de perdurar en el mismo estado en el que se encontraban en el momento de su celebración. Con la Escuela del derecho natural (siglos XVII y XVIII) surgen las primeras reacciones contra la cláusula *rebus sic stantibus*.¹⁶⁹⁴

La regla fundamental del derecho privado reside en la máxima *pacta sunt servanda*, basada en la libertad de vinculación de las partes, visión voluntarista del contrato que, defendida por DOMAT y POTHIER,¹⁶⁹⁵ opuestos a la revisión por cambio de las circunstancias, ejerció una influencia decisiva en el Código de Napoleón.¹⁶⁹⁶

A finales del siglo XIX, con la expedición del código civil alemán de 1900 (BGB), renace la revisión del contrato con motivo de eventos sobrevinientes, extraordinarios e imprevisibles, que alteran la situación de equilibrio originario.¹⁶⁹⁷

Esta vuelta histórica de la cláusula *rebus sic stantibus*, con énfasis en el desequilibrio de las prestaciones o en los fines y motivos de los contratantes, se presenta ahora bajo las formas más técnicas de la base del negocio, la teoría de la frustración o la cláusula implícita *hardship*.¹⁶⁹⁸

Varios ordenamientos modernos establecen expresamente la cláusula *rebus sic stantibus*,¹⁶⁹⁹ y los que no, como sucede en Francia y España, que carecen de una disposición general que permita la modificación judicial de las relaciones obligatorias en caso de alteración sobrevinida de las circunstancias, vía interpretación o integración recurren a ella para resolver el problema derivado de los cambios imprevistos en la ecuación del contrato.¹⁷⁰⁰

¹⁶⁹⁴ FEENSTRA, *Impossibilitas and clausula rebus sic stantibus*, ob. cit., p. 22; WESEBERG y WESENER, *Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, ob. cit.; y WIEACKER, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, ob. cit., p. 88.

¹⁶⁹⁵ POTHIER, Robert, *Tratado de los contratos*, Bogotá, Ibáñez, 2020.

¹⁶⁹⁶ FEENSTRA, *Impossibilitas and clausula rebus sic stantibus*, ob. cit., p. 22; e HINESTROSA, *Tratado*, ob. cit., t. II, vol. 2, p. 510; e *Id.*, *La révision du contrat*, ob. cit., p. 391 ss.

¹⁶⁹⁷ HINESTROSA, *Tratado*, ob. cit., t. II, vol. 2, p. 510; e *Id.*, *La révision du contrat*, ob. cit., p. 391 ss.

¹⁶⁹⁸ HINESTROSA, ob. cit., p. 391 ss.

¹⁶⁹⁹ Como sucede, por ejemplo, con el código civil italiano de 1942 (art. 1467) que, apartándose de su antecesor de 1865, de marcada influencia francesa, estableció expresamente la doctrina de la *rebus sic stantibus* bajo las figuras de la imprevisión y la excesiva onerosidad sobreviniente. En esta materia, el código civil italiano de 1942 fue seguido, apartándose de la tradición francesa, por los códigos de Argentina (1968), Perú (1984) y Brasil (2002).

¹⁷⁰⁰ PARRA LUCÁN, María Ángeles, “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos”, *Revista Práctica de Derecho*, 177, 2015, p. 5-44. En la doctrina actual existen teorías que muestran coincidencias más o menos relevantes con la cláusula *rebus sic stantibus*, tales como la doctrina del riesgo imprevisible, cuyo origen se halla en el derecho administrativo francés y que parte de la idea de que el riesgo imprevisible queda por fuera de las previsiones contractuales.

Sobre esta teoría, v. BADENES GASSET, Ramón, *El riesgo imprevisible (Influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional)*, Barcelona, Bosch, 1946.

Igualmente la teoría de la frustración del fin del contrato, de origen inglés, para la cual, a su vez, se trata de un caso de ineficacia del contrato como consecuencia de la pérdida de utilidad para una de las partes de la prestación de la otra; y la teoría de la causalización de los motivos, que habla del propósito concreto presunto.

Al respecto, ESPERT SANZ, Vicente, *La frustración del fin del contrato*, Madrid, Tecnos, 1968.

81.2.1. Teorías sobre la fundamentación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Desde sus inicios, sin embargo, se ha discutido sobre el fundamento de la cláusula *rebus sic stantibus* y si ella es o no excepcional, es decir, aplicable solo a situaciones muy graves de desequilibrio contractual; así como si se aplica solo a los contratos bilaterales o también a los bilaterales.¹⁷⁰¹

Desde un punto de vista subjetivo, el fundamento de la cláusula *rebus sic stantibus* se apoya en la voluntad tácita de las partes, tesis que es rechazada por pretender fundar en una hipotética voluntad efectos que son de por sí imprevistos. Otros fundamentan la cláusula *rebus sic stantibus* en la imposibilidad que obliga al deudor a prestar un esfuerzo desmedido, lejos de la diligencia de un buen padre de familia.¹⁷⁰²

Desde un punto de vista objetivo, por su parte, la cláusula *rebus sic stantibus* y la revisión que ella supone del desequilibrio de las prestaciones originarias por causa de hechos sobrevinientes se fundamenta, para unos, en el principio de buena fe y, para otros, en la ruptura del mecanismo causal, en una falla en la causa del contrato, entendida como la función que éste cumple en el caso concreto.¹⁷⁰³

81.3. Revisión y teoría de la causa.

En los ordenamientos que, junto al consentimiento y el objeto, incorporan la causa como requisito esencial del contrato, la doctrina fundamenta la revisión del mismo en la frustración de la causa tenida en cuenta al momento de contratar, entendida, desde el punto de vista subjetivo, como el motivo determinante o la razón que lleva a la celebración del negocio, conocida por ambos contratantes (motivo o razón común), la cual, a pesar de ser distinta y variable en cada caso concreto, perdura y llega hasta el momento de la alteración desequilibrante del contrato, que contradice tales motivos (causalización del motivo).¹⁷⁰⁴

La causa debe existir a la celebración del contrato y perdurar hasta su extinción. Se habla entonces de la continuadora influencia de la causa y de falta sobreviniente de la causa (*conditio causa data causa non secuta*), que habilita al contratante que había tenido a la vista para obligarse una razón específica, cuando cambian las circunstancias, para pedir la revisión del contrato.¹⁷⁰⁵

¹⁷⁰¹ HINESTROSA, *Tratado, ob. cit.*, t. II, vol. 2, p. 510; e *Id.*, *La révision du contrat, ob. cit.*, p. 391 ss.

¹⁷⁰² HINESTROSA, *ob. cit.*, p. 391 ss.

¹⁷⁰³ HINESTROSA, *Tratado, ob. cit.*, t. II, vol. 2, p. 510.

¹⁷⁰⁴ HINESTROSA, *ob. cit.*, t. II, vol. 2, p. 510.

¹⁷⁰⁵ GRYNBAUM, *Le contrat contingent, ob. cit.*, p. 88; y LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés, ob. cit.*, p. 88.

La doctrina más reciente, sin embargo, prefiere aludir a la causa como propósito práctico perseguido por el contrato o como función económico-individual del negocio (*cause individuelle*).¹⁷⁰⁶

Mientras la concepción de la causa como función económico-social sirve para resolver los problemas de validez del negocio (relación entre el contrato y el ordenamiento jurídico), la causa como función económico-individual o concreta del negocio no es sino el espejo de la operación económica querida por las partes.¹⁷⁰⁷

81.4. La teoría de la función social del contrato.

Para la teoría de la función social del contrato, la revisión judicial del mismo, como modo de conservarlo y de tornar a su equilibrio inicial o ideal, se fundamenta en que los contratos no sólo interesan a las partes que lo celebran, sino a la sociedad en su conjunto, al mercado y al orden público económico como un hecho que se inserta en la economía general de un país.¹⁷⁰⁸

De acuerdo con esta teoría, la composición de los intereses de las partes no debe quedar librada exclusivamente al arbitrio de éstas, ni a la supuesta armonía del mercado, sino que está sujeta al control corrector de los tribunales, aun a costa de infringir la barrera que supone el principio de *pacta sunt servanda*.¹⁷⁰⁹

El justo precio como criterio para juzgar la justicia contractual, concepto medieval que en su versión moderna correspondería al precio de mercado en condiciones de libre competencia, que halla en la libertad contractual su justo equilibrio (refractaria de la intervención judicial, como de manera especial sucede en el derecho inglés), conducen, en situaciones de excesiva onerosidad o de desequilibrio, a la consolidación de la parte fuerte del contrato.¹⁷¹⁰

82. Los elementos de la revisión en sentido estricto.

82.1. Circunstancias normales y anormales.

La revisión en sentido estricto se plantea ante hechos normales o anormales que rompen el equilibrio del contrato, es decir, ante alteraciones normales, comunes o de ocurrencia ordinaria, que acontecen en el tráfico o vida de los negocios, anticipables o previsibles y que, como tal, debieron ser tenidos en cuenta por los contratantes y haberse asumido como riesgos; así como alteraciones anormales,

¹⁷⁰⁶ LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, ob. cit., p. 88.

¹⁷⁰⁷ BESSONE, Mario, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milán, Giuffré, 1975, p. 88.

¹⁷⁰⁸ GRYNBAUM, *Le contrat contingent*, ob. cit., p. 88; y LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, ob. cit., p. 88.

¹⁷⁰⁹ LASBORDES, ob. cit., p. 44.

¹⁷¹⁰ HINESTROSA, *Tratado*, ob. cit., t. II, vol. 2, p. 518.

extraordinarias e imprevisibles, que superan lo anticipable y que, en consecuencia, escapan a toda previsión.¹⁷¹¹

82.2. Previsibilidad e imprevisibilidad.

La previsibilidad alude a la posibilidad de que el deudor, con anterioridad a la ocurrencia de los hechos desequilibrantes de la relación contractual, pueda saber de su existencia y, como consecuencia de ello, tomar las medidas que puedan evitar su ocurrencia o la eliminación o mitigación de sus efectos.¹⁷¹²

Los acontecimientos sobrevinientes pueden ser desconocidos, bien por su extraordinariedad o por la ignorancia del deudor, sin perjuicio de los casos en que esa ignorancia se deba a la falta de información que el acreedor debió brindarle o que le hubiese ocultado.¹⁷¹³

Dicha previsibilidad admite también una valoración objetiva, atendiendo a la media en una época y lugar determinados, a los conocimientos normales de una persona medianamente atenta y diligente; o una valoración subjetiva, que pone el acento en la persona concreta del contratante, en su profesión, oficio o su quehacer habitual y, por tanto, en la información que tuvo o debió conocer, como sucede con frecuencia en los contratos entre empresarios, entre empresas y en los de consumo, donde una de las partes es un empresario proveedor.¹⁷¹⁴

Bien se trate de un desequilibrio inicial, existente al tiempo de la celebración del negocio, como sucede en los casos lesión o de abuso; o de un desequilibrio sobreviniente al tiempo de su cumplimiento, como ocurre en los casos de imprevisión, supone un juez dispuesto a revisar el contrato y su entorno económico, la situación particular de los contratantes y las circunstancias intrínsecas del negocio, con miras a alcanzar el equilibrio razonable de las prestaciones presupuesto en los contratos onerosos (equilibrio ideal, Ei), en el primer caso, o un retorno al equilibrio originario o realmente querido por las partes y subvertido por las circunstancias sobrevinientes (equilibrio real, Er).¹⁷¹⁵

A pesar de sus semejanzas y la existencia del desequilibrio como presupuesto común, ambas situaciones son diferentes, pues si bien en la lesión y el abuso la desproporción entre las prestaciones es el resultado del obrar antijurídico de una de las partes, posibilitado por la situación de inferioridad en que se halla una de ellas respecto de la otra, como sucede marcadamente en las relaciones contractuales de

¹⁷¹¹ HINESTROSA, *ob. cit.*, t. II, vol. 2, p. 518; GRYNBAUM, *Le contrat contingent*, *ob. cit.*, p. 88; y LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, *ob. cit.*, p. 44.

¹⁷¹² HINESTROSA, *Tratado*, *ob. cit.*, t. II, vol. 2, p. 518; y LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, *ob. cit.*, p. 88.

¹⁷¹³ LASBORDES, *ob. cit.*, p. 88.

¹⁷¹⁴ HINESTROSA, *Tratado*, *ob. cit.*, t. II, vol. 2, p. 518.

¹⁷¹⁵ HINESTROSA, *ob. cit.*, t. II, vol. 2, p. 518; LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, *ob. cit.*, p. 88; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

consumo, en la imprevisión la desproporción o desequilibrio aparece como consecuencia de hechos extraños a las partes contratantes, los cuales estas no pudieron prever ni evitar.¹⁷¹⁶

En los casos de desequilibrio inicial la revisión asume entonces el carácter de sanción de la conducta ilícita del contratante lesionador o abusivo. En los eventos de desequilibrio sobrevenido, en cambio, la revisión no sanciona ningún ilícito, sino que persigue corregir lo fortuitamente torcido.¹⁷¹⁷

Sin embargo, a pesar de estas diferencias, en ambas situaciones aparece un sujeto beneficiado, otro perjudicado y siempre un perjuicio producido por un desequilibrio inicial deliberadamente impuesto a la parte débil del contrato, o por un desequilibrio sobrevenido por hechos ajenos a las partes contratantes.¹⁷¹⁸

De lo anterior se desprenden unos efectos diferenciados para la revisión según se trate de un desequilibrio inicial o de un desequilibrio sobreveniente: rescisión en la lesión o nulidad parcial del contrato en los supuestos de abusividad de sus cláusulas o condiciones; revisión en sentido estricto o resolución en los casos de imprevisión.¹⁷¹⁹

Mientras en la lesión y el abuso existe claramente un acto ilícito (el aprovechamiento por una parte de la debilidad de la otra), en la imprevisión no existe ilicitud alguna en la formación del contrato, pues se trata de un acto regularmente celebrado, cuyo equilibrio desquician vicisitudes sobrevenientes al tiempo de su ejecución.¹⁷²⁰

La lesión, el abuso o la excesiva onerosidad sobreveniente dan pie a remedios en los que está involucrado el orden público, amparado por normas imperativas incompatibles con una renuncia anticipada.¹⁷²¹

83. Contratos revisables.

Como hemos dicho, en un sentido amplio, todos los contratos de derecho privado, sean civiles, comerciales o de consumo, son susceptibles de revisión en la medida

¹⁷¹⁶ HINESTROSA, *Tratado, ob. cit.*, t. II, vol. 2, p. 518; y CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad, ob. cit.*, p. 4-32.

¹⁷¹⁷ HINESTROSA, *Tratado, ob. cit.*, t. II, vol. 2, p. 518; LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés, ob. cit.*, p. 88; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad, ob. cit.*, p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad, ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁷¹⁸ HINESTROSA, *Tratado, ob. cit.*, t. II, vol. 2, p. 518; y CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad, ob. cit.*, p. 4-32.

¹⁷¹⁹ HINESTROSA, *Tratado, ob. cit.*, t. II, vol. 2, p. 518; y CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad, ob. cit.*, p. 4-32.

¹⁷²⁰ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-32.

¹⁷²¹ HINESTROSA, *Tratado, ob. cit.*, t. II, vol. 2, p. 518; LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés, ob. cit.*, p. 88; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad, ob. cit.*, p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad, ob. cit.*, p. 4-36.

en que, no siendo ni gratuitos ni aleatorios, contengan un desequilibrio, inicial o sobrevenido, de la ecuación contractual.¹⁷²²

Por obvias razones la revisión no se aplica a los contratos gratuitos ni a los aleatorios que conllevan un riesgo previsto y asumido por uno de los contratantes. En principio tampoco la revisión resulta compatible con los contratos de ejecución inmediata, pues normalmente se contrata ponderando y evaluando las prestaciones y contraprestaciones del negocio, descartando el azar y tratando de prever lo razonablemente previsible.¹⁷²³

El contrato supone análisis o estudio de sus consecuencias económicas, de lo que resulta lógico suponer que las partes hayan tenido una previsión corriente que explica el rechazo inicial a la revisión del contrato cuando la ejecución de las prestaciones coincide con la celebración de aquél o poco tiempo después.¹⁷²⁴

Igualmente, respecto de las prestaciones ya cumplidas, en principio no existe revisión alguna, y los casos de enriquecimiento sin causa por pago indebido son resueltos mediante la repetición que supone la *actio in rem verso*.¹⁷²⁵

Desde un punto de vista restringido, limitado a los casos de imprevisión y de desequilibrio contractual sobrevenido, el objeto de revisión son los contratos de cumplimiento futuro y de duración prolongada, que mantienen entre las partes una relación permanente.¹⁷²⁶

La corrección del desequilibrio producido por el advenimiento de circunstancias no previstas ni previsibles únicamente puede ocurrir cuando las obligaciones se han pactado para tiempo largo y, en general, cuando su cumplimiento ha de efectuarse con posterioridad a la fecha de su celebración.¹⁷²⁷

En resumen, la revisión opera en los negocios de tracto sucesivo y en aquellos que, siendo de cumplimiento instantáneo, las partes acuerdan el pago para época posterior.¹⁷²⁸

¹⁷²² HINESTROSA, *Tratado, ob. cit.*, t. II, vol. 2, p. 524; LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés, ob. cit.*, p. 44; y GRYNBAUM, *Le contrat contingent, ob. cit.*, p. 22.

¹⁷²³ HINESTROSA, *Tratado, ob. cit.*, t. II, vol. 2, p. 524 ss; *Id.*, *La révision du contrat, ob.cit.*, p. 391-422; GRYNBAUM, *Le contrat contingent, ob. cit.*, p. 22 ss; y LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés, ob. cit.*, p. 44.

¹⁷²⁴ HINESTROSA, *Tratado, ob. cit.*, t. II, vol. 2, p. 524 ss; e *Id.*, *La révision du contrat, ob.cit.*, p. 391-422.

¹⁷²⁵ HINESTROSA, *Tratado, ob. cit.*, t. II, vol. 2, p. 524 ss; *Id.*, *La révision du contrat, ob.cit.*, p. 391-422; GRYNBAUM, *Le contrat contingent, ob. cit.*, p. 22 ss; y LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés, ob. cit.*, p. 44.

¹⁷²⁶ HINESTROSA, *Tratado, ob. cit.*, t. II, vol. 2, p. 524 ss; e *Id.*, *La révision du contrat, ob.cit.*, p. 391-422.

¹⁷²⁷ HINESTROSA, *ob. cit.*, p. 391-422.

¹⁷²⁸ HINESTROSA, *Tratado, ob. cit.*, t. II, vol. 2, p. 524 ss; *Id.*, *La révision du contrat, ob.cit.*, p. 391-422; GRYNBAUM, *Le contrat contingent, ob. cit.*, p. 22 ss; y LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés, ob. cit.*, p. 44.

83.1. Contratos de duración.

El ámbito propio de la revisión es el de los contratos cuya ejecución se proyecta en el tiempo (contratos de duración), bien se trate de una ejecución sucesiva o diferida, como quiera que de ordinario pueden llegar a ser desequilibrados al sobrevenir circunstancias nuevas o recibir el impacto de las vicisitudes económicas.¹⁷²⁹

En el lapso transcurrido entre la celebración del contrato y su ejecución, normalmente tienen lugar los hechos desquiciantes de la relación comercial, lo que no ocurre en los contratos de ejecución instantánea. En éstos, no hay solución de continuidad entre celebración y cumplimiento. Concluido el negocio, inmediatamente se empieza a cumplir y normalmente agota sus efectos, sin interrupciones apreciables, en un solo momento.¹⁷³⁰

Dentro de los contratos de larga duración, la doctrina distingue entre contratos de tracto o ejecución sucesiva y los de ejecución diferida o a plazo. Los primeros, que normalmente pueden llegar a ser desequilibrados, una vez empezados a cumplir, prolongan sus efectos en el tiempo. Los segundos son aquellos que, llegado el tiempo de su cumplimiento, se ejecutan de una sola vez.¹⁷³¹

En la ejecución diferida o a plazo, celebrado el contrato, el mismo no se empieza a cumplir hasta pasado el tiempo fijado por las partes. Sin embargo, como ocurre en el contrato de obra, entre la celebración del mismo y la llegada del plazo de entrega, pueden ocurrir los hechos desequilibrantes de la relación contractual y ser procedente su revisión.¹⁷³²

La compraventa de ejecución diferida, de cosas muebles o inmuebles, sea respecto al precio o sea respecto de la cosa vendida, como paradigma de los contratos onerosos, es un negocio susceptible de ser revisado frente a la excesiva onerosidad sobreviniente.¹⁷³³

Los contratos sujetos a condición, sea suspensiva o resolutoria, también son susceptibles de revisión, pues entre la celebración del negocio y la ocurrencia de la condición, pueden sobrevenir circunstancias que rompen el equilibrio del contrato.¹⁷³⁴

¹⁷²⁹ HINESTROSA, *ob. cit.*, p. 524 ss; *Id.*, *ob. cit.*, p. 391-422; GRYNBAUM, *ob. cit.*, p. 88 ss; y LASBORDES, *ob. cit.*, p. 88.

¹⁷³⁰ HINESTROSA, *Tratado, ob. cit.*, t. II, vol. 2, p. 524 ss; e *Id.*, *La révision du contrat, ob. cit.*, p. 391-

¹⁷³¹ HINESTROSA, *ob. cit.*, p. 391-422; GRYNBAUM, *Le contrat contingent, ob. cit.*, p. 88 ss; y LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés, ob. cit.*, p. 88.

¹⁷³² HINESTROSA, *Tratado, ob. cit.*, t. II, vol. 2, p. 524 ss; *Id.*, *La révision du contrat, ob. cit.*, p. 391-422; GRYNBAUM, *Le contrat contingent, ob. cit.*, p. 88 ss; y LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés, ob. cit.*, p. 88.

¹⁷³³ GRYNBAUM, *Le contrat contingent, ob. cit.*, p. 88 ss; y LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés, ob. cit.*, p. 88.

¹⁷³⁴ LASBORDES, *ob. cit.*, p. 88.

Por último, cabe recordar que mientras el deudor se encuentre en mora a él imputable, dicha situación le impide, por regla general, requerir la revisión del contrato. El retraso en el cumplimiento, originado en la conducta del deudor, permite imputar a este la incidencia de los hechos extraordinarios e imprevisibles que originan el desequilibrio sobreviniente del contrato.¹⁷³⁵

84. Revisión judicial del contrato.

84.1. Concepto y previsión legal en el derecho comparado.¹⁷³⁶

Producido el desequilibrio grave de la ecuación contractual, la frustración de la razón práctica o el apartamiento de los motivos determinantes, puede ocurrir que las partes, por iniciativa de una de ellas, acuerden discutir o renegociar el contenido del contrato, con la finalidad de superar ese desequilibrio, adaptar el acuerdo y volver a la ecuación inicial.¹⁷³⁷

En el caso de los contratos comerciales internacionales, la mayor cantidad de revisiones contractuales tiene lugar por las partes en forma de negociaciones directas. Puede ocurrir también que el propio contrato contenga, en su negociación original, ciertas pautas en orden a una eventual renegociación, como sucede con la cláusula *hardship*.¹⁷³⁸

Igualmente, puede suceder que, frente al diferendo en torno a la revisión del contrato, las partes se sometan a un juicio arbitral como manera de llegar a una conciliación o acuerdo. Empero, cuando la revisión convencional o arbitral no son utilizados, o cuando intentada la primera no se llega a acuerdo alguno, se abre la vía judicial de revisión.¹⁷³⁹

En algunos ordenamientos, sin embargo, esta vía es desconocida (Inglaterra) o no se encuentra autorizada (Italia), de manera que ante el desequilibrio contractual no cabe otra posibilidad que la resolución (Francia, con la muy importante excepción de su derecho administrativo que admite la revisión judicial de los contratos); o bien porque estando legalmente autorizada, se le condiciona al requisito de la negociación previa o prejudicial, o es admitida sobre la base de la propuesta presentada por el perjudicado, que puede ser aceptada o rechazada por el demandado, sin posibilidad de que el juez la modifique o altere (Estados Unidos);

¹⁷³⁵ FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, ob. cit., p. 88 ss; GRYNBAUM, *Le contrat contingent*, ob. cit., p. 88 ss; LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, ob. cit., p. 88; HINESTROSA, *Tratado*, ob. cit., t. II, vol. 2, p. 510 ss; e *Id.*, *La révision du contrat*, ob. cit., p. 391-422.

¹⁷³⁶ LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, ob. cit., p. 88; HINESTROSA, *Tratado*, ob. cit., t. II, vol. 2, p. 510 ss; e *Id.*, *La révision du contrat*, ob. cit., p. 391-422.

¹⁷³⁷ HINESTROSA, *Tratado*, ob. cit., t. II, vol. 2, p. 510 ss; e *Id.*, *La révision du contrat*, ob. cit., p. 391-422.

¹⁷³⁸ CHAMIE GANDUR, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, ob. cit., p. 363 ss.

¹⁷³⁹ LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, ob. cit., p. 88; HINESTROSA, *Tratado*, ob. cit., t. II, vol. 2, p. 510 ss; e *Id.*, *La révision du contrat*, ob. cit., p. 391-422.

o, en fin, cuando se reconoce sin limitaciones al perjudicado la vía de la revisión del contrato ante los tribunales, con la posibilidad amplia de que el juez, después de escuchar a las partes, modifique y adapte el contrato a las circunstancias sobrevinientes y lo reconduzca a su equilibrio real o ideal (Alemania).¹⁷⁴⁰

84.2. La regulación legal de la revisión del contrato.

Actualmente se debate, además, si la corrección judicial de los desequilibrios contractuales, sean genéticos o funcionales, debe ser objeto de regulación en el código civil, incorporándose al mismo tanto los contratos de consumo como los contratos entre empresas, como ha ocurrido en buena medida en Alemania e Italia; o si debe ser objeto de regulaciones especiales, sean las normas relativas al derecho contractual del consumo y al control material de las cláusulas abusivas, o las normas relativas a la competencia en el mercado.¹⁷⁴¹

Hasta hace poco, los problemas anejos a los desequilibrios contractuales eran resueltos con base en las normas del código civil sobre la base de la rescisión como medio de extinción los contratos.¹⁷⁴²

En los últimos años, sin embargo, la revisión judicial de los contratos, en especial de los celebrados con consumidores, se rige por normas especiales del derecho contractual del consumo que, en *pro* de la conservación del contrato, prevén la nulidad de las cláusulas que sean abusivas por causar un desequilibrio en perjuicio del consumidor.¹⁷⁴³

La regulación contractual del consumo, en especial la de los contratos de adhesión a condiciones generales, es sumamente sensible al desequilibrio, sea inicial (regla general) o sobreviniente.¹⁷⁴⁴

En los casos de España y Colombia, si bien tal regulación no se refiere expresamente a la acción de revisión, la misma se desprende de la definición de cláusula abusiva que establecen los estatutos de protección del consumidor, que la conciben como el desequilibrio importante (España) o injustificado (Colombia) de los derechos y deberes derivados del contrato, desequilibrio que la ley sanciona con la nulidad de la cláusula o condición abusiva, pero que no afecta la totalidad del

¹⁷⁴⁰ FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, ob. cit., p. 88 ss; GRYNBAUM, *Le contrat contingent*, ob. cit., p. 88 ss; LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, ob. cit., p. 88; HINESTROSA, *Tratado*, ob. cit., t. II, vol. 2, p. 510 ss; *Id.*, *La révision du contrat*, ob. cit., p. 391-422; y MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María, *La alteración de las circunstancias contractuales*, Madrid, Civitas, 2003.

¹⁷⁴¹ HINESTROSA, *Tratado*, ob. cit., t. II, vol. 2, p. 510 ss; *Id.*, *La révision du contrat*, ob. cit., p. 391-422; GRYNBAUM, *Le contrat contingent*, ob. cit., p. 88 ss; y LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, ob. cit., p. 88.

¹⁷⁴² HINESTROSA, *Tratado*, ob. cit., t. II, vol. 2, p. 510 ss; *Id.*, *La révision du contrat*, ob. cit., p. 391-422; GRYNBAUM, *Le contrat contingent*, ob. cit., p. 88 ss; y LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, ob. cit., p. 88.

¹⁷⁴³ HINESTROSA, *Tratado*, ob. cit., t. II, vol. 2, p. 510 ss; e *Id.*, *La révision du contrat*, ob. cit., p. 391-422.

¹⁷⁴⁴ GRYNBAUM, *Le contrat contingent*, ob. cit., p. 88 ss; y LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, ob. cit., p. 88.

contrato en la medida en que éste pueda subsistir sin la cláusula o condición declarada nula.¹⁷⁴⁵

La acción de revisión judicial se desprende también de lo previsto en los numerales 1.5 y 1.6 del art. 3º EC, según los cuales, son derechos de los consumidores, sin perjuicio de lo que reconozcan leyes especiales, reclamar directamente ante el productor, proveedor o prestador y obtener reparación integral, oportuna y adecuada de todos los daños sufridos, así como tener acceso a las autoridades judiciales o administrativas para el mismo propósito, reclamación que podrán efectuar personalmente o mediante representante o apoderado (derecho a la reclamación); así como a ser protegidos frente a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (protección contractual).¹⁷⁴⁶

¹⁷⁴⁵ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *ID.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁷⁴⁶ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

TÍTULO SEPTIMO

EL SISTEMA NORMATIVO DE ABUSIVIDAD CONTRACTUAL: LAS NORMAS DE ABUSIVIDAD CONTRACTUAL COMO OBJETO DEL JUICIO DE ABUSIVIDAD

85. Introducción.

El artículo 42 EC establece tanto una prohibición de abuso, que define a las cláusulas abusivas como aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor; como un mandato de ponderación, según el cual, para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes las condiciones particulares de la transacción en examen.¹⁷⁴⁷

A la prohibición de abuso se articula un elenco o catálogo indicativo o no exhaustivo de cláusulas *prima facie* abusivas (art. 43 EC), abierto a la posibilidad de que se declare abusivo, a partir de la fórmula general y teniendo en cuenta las condiciones particulares del caso concreto, cualquier supuesto no previsto *ab initio* en la mencionada lista.¹⁷⁴⁸

A la prohibición de abuso corresponden también, a favor de los consumidores, los llamados “derechos de protección contractual” frente a las cláusulas abusivas, limitados por la Ley 1480 de 2011 a los contratos de adhesión (art. 3º, num. 1.6. EC), contratos éstos a los que ese mismo estatuto define como “aquellos en que las cláusulas son predispuestas unilateralmente por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas ni hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas en bloque” (art. 5º, num. 4).¹⁷⁴⁹

En el marco de tales contratos, el artículo 38 EC prohíbe a los productores y proveedores incluir cláusulas que les permitan modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones.¹⁷⁵⁰

Por último, los artículos 42, inc. final, y 44 EC sancionan con su nulidad la inclusión de cláusulas abusivas, sanción que no afecta la totalidad del contrato en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas declaradas nulas.¹⁷⁵¹

¹⁷⁴⁷ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *ID.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁷⁴⁸ VALBUENA QUIÑONES, *Reflexiones sobre el tratamiento de las cláusulas abusivas en Colombia*, ob. cit., p. 424.

¹⁷⁴⁹ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *ID.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁷⁵⁰ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

¹⁷⁵¹ Ahora bien, los artículos 42 y 43 EC se refieren a la ineficacia de pleno derecho, a pesar de que el artículo 44 EC habla de nulidad para referirse a los efectos de la incorporación de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, lo que, interpretado de manera completa y sistemática, evidencia claramente la intención del legislador de anticipar, como consecuencia jurídica, la nulidad de las cláusulas declaradas abusivas.

Al respecto, VALBUENA QUIÑONES, ob. cit., p. 421-2.

El anterior cuadro de disposiciones y normas (prohibiciones, mandatos, derechos y deberes), constituye el sistema legal de abusividad contractual en el derecho colombiano, sistema que para la protección contractual del consumidor se articula en torno a una prohibición de abuso, centrada, como fue dicho, en el concepto de desequilibrio injustificado y en la valoración circunstanciada de las condiciones particulares del contrato, o mandato de ponderación (art. 42), así como en una lista indicativa de cláusulas *prima facie* abusivas (art. 43).¹⁷⁵²

Tal sistema normativo constituye el objeto del juicio de abusividad, pieza central del sistema de control material o de contenido de las cláusulas o condiciones de los contratos de adhesión celebrados con consumidores.¹⁷⁵³

Los presupuestos de aplicación de la prohibición de abuso, determinan la estructura del juicio de abusividad, integrado por una etapa comparativa, encaminada a establecer el desequilibrio del contrato, y una etapa discursiva cuyo objeto es definir la suficiencia de las razones que puedan legitimar tal desequilibrio.¹⁷⁵⁴

85.1. Plan de exposición.

Habiendo expuesto en los primeros capítulos de esta Tercera Parte los presupuestos de aplicación de la prohibición de abuso y la estructura del juicio de abusividad, así como la de cada una de sus etapas declarativa y discursiva, centraremos ahora nuestra atención en el sistema normativo de abusividad contractual, cuya aplicación judicial, en especial, de la prohibición general de abuso, constituye el objeto del juicio de abusividad.

En este orden de ideas, en el presente Título expondremos las normas de abusividad directamente estatuidas, en especial la prohibición de abuso, así como aquellas que son producto del proceso de concreción normativa en que consiste el juicio de abusividad, esto es, las normas particulares y adscritas de abusividad contractual (Cap. XVII).

A las normas de abusividad contractual corresponden los derechos (situaciones y posiciones del consumidor (Cap. XVIII).

Como complemento de los anteriores capítulos, agregamos dos digresiones sobre la creación judicial del derecho y la naturaleza jurídica de la lista de cláusulas *prima facie* abusivas.

¹⁷⁵² Las disposiciones mencionadas tienen por finalidad definir qué se entiende por cláusula abusiva: la primera de ellas, que centra su definición en el concepto de desequilibrio injustificado y en la valoración conjunta de las condiciones particulares del contrato, pretende ser comprensiva de todos los supuestos posibles de abusividad. La segunda (art. 43 EC) contiene una lista enunciativa o no exhaustiva de cláusulas *prima facie* abusivas, frecuentemente incorporadas a los contratos celebrados con consumidores.

¹⁷⁵³ MIQUEL GONZÁLEZ, *Artículo 10 bis*, *ob. cit.*, p. 894.

¹⁷⁵⁴ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

En el Capítulo XVI, sin embargo, exponemos sucintamente la teoría general aplicable a todo tipo de norma jurídica, bien se trate de reglas, como las normas adscritas de abusividad, bien de un principio, como sucede con la prohibición de abuso.

CAPÍTULO XVI NORMAS DE ABUSIVIDAD CONTRACTUAL

86. Sobre el concepto general de norma jurídica.¹⁷⁵⁵

La idea general de norma,¹⁷⁵⁶ como núcleo elemental del ordenamiento jurídico, señala un deber ser, un criterio de regularidad referido al comportamiento de los sujetos,¹⁷⁵⁷ un derrotero necesario a la conducta humana que prescribe, además, cuál ha de ser la consecuencia que se deriva de la realización de ésta, ante lo cual el ordenamiento puede asumir una posición de indiferencia, de patrocinio o promoción, o simplemente de rechazo.¹⁷⁵⁸

86.1. El concepto semántico de norma.¹⁷⁵⁹

Las disposiciones jurídicas son los enunciados que tipifican los derechos en sentido amplio.¹⁷⁶⁰ Corrientemente estas disposiciones presentan un elevado grado de indeterminación normativa, razón por la cual a cada una de ellas puede serle

¹⁷⁵⁵ RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 76 ss; LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 242 ss; ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, ob. cit.; RÖHL, Klaus Friedrich, *Allgemeine Rechtslehre*, Múnich, Vahlen, 2008, p. 195 ss; y WEINBERGER, Otta, *Norm und Institution, Eine Einführung in die Theorie des Rechts*, Viena, Manz Verlag, 1988.

Sobre el concepto de norma, desde el punto de vista de la teoría del derecho, v. KELSEN, Hans, *Teoría general de las normas* (Hugo Carlos DELORY JACOBS, trad.), México, Trillas, 1994; *Id.*; *Teoría pura del derecho*, ob. cit., p. 123-99; y HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 1988.

¹⁷⁵⁶ Sobre el concepto de norma, especialmente referido al ámbito del derecho privado, v., entre otras, las clásicas obras de THON, August (1839-1912), *Norma giuridica e diritto soggettivo: indagini di teoria generale del diritto (Rechtsnorm und subjektives Recht: Untersuchungen Zur Allgemeinen Rechtslehre*, Aalen, Scientia Verlag, 1964, trad. italiana, estudio introductorio y anotaciones de Alessandro LEVI, Padua, Cedam, 1967), p. 11 ss; LARENZ, Karl/WOLFF, Martin, *Allgemeines Teil des bürgerlichen Rechts*, Múnich, C.H. Beck, 1997; ENNECCERUS, Ludwig/KIPP, Theodor/WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil*, v. I. (trad. castellana de Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER), Barcelona, Bosch, 1950; VON THUR, Andreas, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts (Teoría general del derecho civil*, Tito RAVÁ, trad.), Madrid, Marcial Pons, 2005; WINDSCHEID, Berhard, *Tratado de derecho civil alemán (Lehrbuch des Pandektenrecht*, I, Frankfurt, 1900, Fernando HINESTROSA, trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1976 (reimp. 1987); FERRARA, Francesco, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, *Dottrine generali*, I (1921), Nápoles, Esi, 1987.

Más recientemente, HÜBNER, Heinz, *Allgemeines Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlín/Nueva York, Walter de Gruyter, 1996; CORNU, Gérard, *Droit civil (Introduction, les personnes, les biens)*, Paris, Montchrestien, 1999; y SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Dottrine generali del diritto civile*, Nápoles, Jovene, 2012.

v. también, DE LOS MOZOS, José Luis, *Derecho civil español, I, Parte general, Introducción al derecho civil*, Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, 1977, p. 394 ss; PUIG BRUTAU, José, *Introducción al derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1981, p. 21 ss; GARCÍA VALDECASAS, Guillermo, *Parte general del derecho civil español*, Madrid, Civitas, 1983, p. 70 ss; y CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español*, ob. cit., t. I, v. 1º, p. 429 ss.

¹⁷⁵⁷ Lo anterior, sin embargo, no ofrece ninguna indicación acerca del contenido del mencionado criterio, ni sobre la probabilidad de que en concreto se dé la regularidad prevista del comportamiento de los sujetos.

A este respecto, v. BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho* (Eduardo ROZO ACUÑA, trad.), Madrid, Debate, 2015, p. 15-150; *Id.*, « *Norma giuridica* », en *Novissimo Digesto Italiano*, v. 3. 1960, p. 769 ss; BIANCA, Cesare Massimo, *Diritto civile*, I (*La norma giuridica*, I, *soggettiva*), Milán, Giuffrè, 1978; y BRECIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil*, ob. cit., p. 18.

¹⁷⁵⁸ HINESTROSA, *Tratado*, ob. cit., t. I, p. 38-40.

¹⁷⁵⁹ Sobre el núcleo semántico básico de las normas jurídicas y, en especial, de las formulaciones legales abiertas e indeterminadas (cláusulas generales), v. VELLUZI, Vito, *Osservazioni sulla semántica delle clausole generali*, *Etica & Politica / Ethics & Politics*, VIII, 2006, p. 1-19.

¹⁷⁶⁰ BERNAL, *Principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 101; y ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 63.

adscrita interpretativamente una multiplicidad de normas relacionadas con los derechos subjetivos que tipifican.¹⁷⁶¹

Desde una perspectiva semántica, son normas el conjunto de significados prescriptivos de las disposiciones que establecen o tipifican los derechos subjetivos.¹⁷⁶²

86.2. La concepción imperativa de las normas jurídicas.

Para los juristas romanos, la función de la ley es mandar, prohibir, permitir y castigar: *virtus legis est: imperare vetare permettere punire*.¹⁷⁶³ Siguiendo este criterio, una corriente doctrinaria, cuyas proyecciones son todavía considerables, centra el contenido preceptivo de las normas jurídicas (*regula iuris*) en el mandamiento o la orden que impone a sus destinatarios una determinada conducta.¹⁷⁶⁴

Tal mandamiento podría adoptar la forma de un imperativo, encaminado a imponer que se haga algo, que de otra forma bien podría no ser hecho (por ejemplo, el deudor debe pagar), o bien la forma de una prohibición, enderezada, por el contrario, a impedir que se haga algo que, de otra manera, podría ser hecho (como la prohibición de abuso en los contratos de adhesión).¹⁷⁶⁵

La concepción imperativa del derecho objetivo se haya hoy sustancialmente superada, como quiera que las normas jurídicas, en su expresión concreta, han venido adoptando cada vez menos la forma de mandamiento, que sigue siendo el rasgo predominante de las normas constitucionales y penales, al tiempo que se han multiplicado las fórmulas que permiten o consienten la realización de algo que, de otra manera, no podría ser hecho (permisiones o autorizaciones), incompatibles, según la concepción imperativista, con la naturaleza de las normas jurídicas.¹⁷⁶⁶

86.3. Coactividad de las normas jurídicas.

A diferencia de la coerción (que se limita a las llamadas sanciones punitivas y, más específicamente, a las penas, esto es, a las medidas aflictivas dirigidas a los

¹⁷⁶¹ BERNAL, *Principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 102.

¹⁷⁶² BERNAL, ob. cit., p. 103. Sobre el concepto semántico de norma, v. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 50 ss.

¹⁷⁶³ *Digesto* 1, 3, 7. v. KRIEDEL, Albert/HERMANN, Emil/ OSENBRÜGGEN, Eduard, *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte (Instituta Digesto)* [trad. castellana del latín y notas de Ildefonso GARCÍA DEL CORRAL], Barcelona, Jaime Molinas, 1892, p. 88; y BLUME, Fred (trad.), *The Codex of Justinian*, FRIER, Bruce (ed.), Cambridge University Press, 2016.

¹⁷⁶⁴ BRECIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil*, ob. cit., p. 18-9.

¹⁷⁶⁵ De acuerdo con esta concepción, al *permittere* se le considera, erróneamente, extraño a la naturaleza preceptiva de las normas jurídicas. El *punire*, como expresión de la sanción que acompaña necesariamente el precepto normativo, se le considera, por el contrario, como elemento contenido en él.

Al respecto, BRECIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil*, ob. cit., p. 19.

¹⁷⁶⁶ BRECIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, ob. cit., p. 19.

transgresores y aplicadas por los órganos competentes del Estado), la coactividad de la norma jurídica comprende todas las demás consecuencias desfavorables que pueden derivarse de la inobservancia de las prescripciones normativas (sanciones en sentido lato), como sucede por ejemplo con la nulidad y, por lo mismo, la total ineficacia e inutilidad de un contrato que no ha sido celebrado en la forma legalmente prescrita, así como los demás efectos, inclusive favorables, que automáticamente se producen al ocurrir las varias hipótesis prevenidas en cada caso por el supuesto de hecho.¹⁷⁶⁷

La coactividad de la norma jurídica no equivale a su coercibilidad y, por consiguiente, no es la previsión de una sanción punitiva, como tampoco de una pena, el rasgo distintivo de la juridicidad.¹⁷⁶⁸

Lo importante, en definitiva, es que, desde el punto de vista deontológico, a la previsión normativa de un hecho o de una situación, se vincule la producción de determinadas consecuencias, siendo indiferente que éstas se concreten en una verdadera sanción, en sentido lato, o en una determinada clase de consecuencias desfavorables para los *subjecti*, así no sean necesariamente aflictivas para éstos.¹⁷⁶⁹

En otras palabras, a más de la previsión del supuesto de hecho, la norma jurídica ha de vincular al mismo una determinada consecuencia jurídica (una sanción en sentido estricto o la producción de un derecho o una posición subjetiva, por ejemplo), bien que esta indicación de efectos se deduzca directamente de cada disposición, o indirectamente a partir de la propia lógica del sistema.¹⁷⁷⁰

86.4. Abstracción y generalidad de las normas jurídicas.¹⁷⁷¹

Con estas notas se quiere significar que la norma no puede referirse a un solo caso singular, sino que ha de ser formulada de modo que pueda abarcar toda una serie indeterminada de hechos y situaciones, identificados con arreglo a ciertos elementos típicos comunes (imagen-tipo de un hecho), síntesis de sus características esenciales, que permite remitir, *sub specie unius*, a una multitud de hechos distintos, pero que no excluye la posibilidad de una descripción normativa más precisa y detallada, especialmente en el ánimo de evitar especulaciones, controversias o dudas en materia de interpretación, esto es, en la búsqueda del sentido o significado de la ley, en especial de quien tiene el encargo de aplicarla.¹⁷⁷²

¹⁷⁶⁷ BRECIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil*, *ob. cit.*, p. 21-2.

¹⁷⁶⁸ *ob. cit.*, p. 25.

¹⁷⁶⁹ *ob. cit.*, p. 25.

¹⁷⁷⁰ *ob. cit.*, p. 26.

¹⁷⁷¹ RÜTHERS, *Teoría general del derecho*, *ob. cit.*, p. 76 ss; SOLAN, Lawrence, *The Language of Judges*, Chicago, Chicago University Press, 1993, p. 137-8; y TIERSMA, Peter, *Legal Language*, Chicago, University of Chicago Press, 2000, p. 118-9.

¹⁷⁷² En contra de la naturaleza de la norma como criterio de regularidad estaría la formulación que comprendiera un sólo caso o supuesto, ante cuya realización debería, sin más, considerarse agotada la función íntegra de la prescripción. Si faltare la

La abstracción y generalidad del supuesto de hecho normativo sirve en alguna medida para garantizar la paridad de tratamiento de todos los hechos o situaciones iguales o esencialmente iguales, cuya realización concreta traiga consigo unas mismas consecuencias jurídicas: *iura non in singular personas, sed generalitater constituuntur*.¹⁷⁷³

Tales notas de abstracción y generalidad satisfacen también la certeza que exige todo ordenamiento jurídico, es decir, la seguridad que han de tener todos los sujetos con relación al tratamiento legal indiferenciado reservado a ellos cuando quiera que se hallen en las situaciones o hechos previstos en las normas.¹⁷⁷⁴

86.5. Tipos de indeterminación normativa.

La indeterminación que caracteriza a normas como la prohibición de abuso puede ser diferentes tipos, entre los cuales sobresalen la indeterminación semántica en sentido estricto, la indeterminación sintáctica, la indeterminación estructural, la redundancia y la indeterminación pragmática:¹⁷⁷⁵

1º La indeterminación semántica en sentido estricto es una categoría general que comprende la ambigüedad, la vaguedad y la apertura evaluativa de las expresiones o términos que hacen parte de las disposiciones legales.¹⁷⁷⁶

Una expresión es ambigua cuando se le atribuyen significados que sean contradictorios entre sí. Una expresión o un enunciado jurídico es vago cuando no aparece claro si cierto caso debe ser encuadrado en el supuesto de hecho de la norma que el enunciado establece.¹⁷⁷⁷

multiplicidad y, por tanto, la posibilidad de repetición del hecho, debería ciertamente excluirse la existencia de una verdadera norma jurídica, en el sentido de regla general, y pasar a la consideración de un fenómeno sustancialmente distinto: el de un proveimiento administrativo o jurisdiccional, o de normas singulares o particulares, en la terminología de KELSEN.

Al respecto, BRECIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 22-3; y BOBBIO, *Teoría general del derecho, ob. cit.*, p. 143.

¹⁷⁷³ Digesto 1, 3, 8, citado por BRECIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 88.

¹⁷⁷⁴ BRECIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *ob. cit.*, p. 23.

¹⁷⁷⁵ BERNAL, *El principio de proporcionalidad, ob. cit.*, p. 100.

¹⁷⁷⁶ MARMOR, Andrei y SOAMES, Scott, *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford: Oxford University Press, 2011; y CONLEY, John y O'BARR, William, *Just Words: Law, Language and Power*, Chicago, University of Chicago Press, 1998.

La idea contemporánea del derecho como lenguaje, condicionado lingüísticamente, aparece en KELSEN (*Teoría pura del derecho*), quien examina la forma lógica de las estructuras lingüísticas: la oración o proposición jurídica que incorpora la norma, desde el punto de vista semántico, sintáctico y gramatical.

HART, por su parte, asume el problema que para el derecho significa el fenómeno de la vaguedad y ambigüedad lingüística [HART, Herbert Lionel Adolphus, *El concepto del derecho* (Genaro CARRIÓ, trad.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, p. 155-69].

¹⁷⁷⁷ BERNAL, *El principio de proporcionalidad, ob. cit.*, p. 100-3; y LOMBARDI VALLAURI, Luigi, "Norme vaghe e teoria generale del diritto", Jus, 1989, p. 25 ss. Para el concepto de vaguedad, también desde la perspectiva de la teoría del derecho, v. La

2º Una disposición jurídica está afectada por la indeterminación evaluativa cuando comprende términos que suponen la realización de un juicio de valor por parte del intérprete.¹⁷⁷⁸

La expresión “desequilibrio injustificado”, empleada por el artículo 42 EC para definir las cláusulas abusivas, ostenta una indeterminación de este tipo.¹⁷⁷⁹

86.6. Normas inderogables.

Teniendo en cuenta el *quantum libertatis* reconocido a los sujetos particulares para la reglamentación de sus relaciones mutuas (la llamada autonomía contractual o, más genéricamente, negocial o privada), aún hoy se distingue entre normas cogentes o, mejor, inderogables; normas simplemente dispositivas o, mejor, derogables; y las denominadas normas supletorias.¹⁷⁸⁰

86.6.1. Normas cogentes o inderogables.

Por responder a intereses y a necesidades considerados generales y de importancia primordial, caracterizables, por tanto, como de orden público, con lo que adquieren en la escala de los valores jurídicos una posición verdaderamente prevalente, las normas cogentes o inderogables están dotadas de una rigidez especial y no pueden ser modificadas o sustituidas por los sujetos particulares con reglas distintas.¹⁷⁸¹

86.6.2. Normas dispositivas o derogables.

Por el contrario, las prescripciones correspondientes a este tipo de normas proveen, por así decirlo, la reglamentación ordinaria o no rígida, de las materias a las cuales se refieren, pues pueden ser sustituidas válidamente por reglas que los particulares consideran concretamente más convenientes.¹⁷⁸²

86.6.3. Normas supletorias.

Las normas supletorias, por último, son aquellas que están llamadas a actuar únicamente a falta de reglamentación especial creada por los particulares, vale decir, cuando éstos no han dispuesto otra cosa o para suplir la inercia de ellos,

vaguedad en el derecho (*Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, J. A. DEL REAL ALCALÁ y J. VEGA GÓMEZ, trads.), Madrid, Dickinson, 2007.

¹⁷⁷⁸ BERNAL, *ob. cit.*, p. 100-3; y HART, *El concepto del derecho*, *ob. cit.*, p. 155-69.

¹⁷⁷⁹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 103; y CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁷⁸⁰ *ob. cit.*, p. 26-7.

¹⁷⁸¹ *ob. cit.*, p. 26-7.

¹⁷⁸² *ob. cit.*, p. 27.

ofreciendo una disciplina que llena los eventuales vacíos debidos a la providencia de los intresados.¹⁷⁸³

Este conjunto de significados se expresa mediante proposiciones prescriptivas que establecen el “deber ser” establecido por las disposiciones jurídicas¹⁷⁸⁴, es decir, lo que está ordenado, prohibido o permitido respecto del objeto o de los sujetos del derecho de que se trate.¹⁷⁸⁵

87. La estructura de las normas jurídicas.¹⁷⁸⁶

Toda norma jurídica expresa un contenido prescriptivo (uno o varios deberes, prohibiciones, mandatos o permisiones), cuya realización depende de que se realicen ciertos supuestos que la misma norma establece. En este sentido, se dice que las normas que integran el orden jurídico positivo son imperativos hipotéticos, como quiera que postulan un deber condicionado.¹⁷⁸⁷

Las normas jurídicas contienen siempre una o varias hipótesis, cuya realización da nacimiento a las obligaciones y los derechos que las mismas normas, respectivamente, imponen y otorgan. En este sentido, se dice que las normas jurídicas tienen carácter imperativo-atributivo pues, al realizarse, engendran deberes y derechos.¹⁷⁸⁸

87.1. Supuesto de hecho y consecuencia jurídica.¹⁷⁸⁹

Los autores modernos no suelen emplear el término supuesto jurídico, prefiriendo la denominación tradicional de hecho jurídico (*fait juridique*, *fatto giuridico* o *Tatbestand*) para designar la hipótesis contenida en una norma que condiciona el nacimiento de derechos y deberes (hipótesis normativa),¹⁷⁹⁰ y distinguirla del hecho

¹⁷⁸³ *ob. cit.*, p. 27.

¹⁷⁸⁴ Respecto de la distinción entre disposición y norma, v. CRISAFULLI, Vezio, voz «*Disposizioni (e norma)*», en Enc. dir., t. xiii, Milán, Giuffrè, 1964, p. 165; y GUASTINI, Riccardo, “*Disposizione vs. norma*”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, p. 34 ss.

¹⁷⁸⁵ BERNAL, *Principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 103; KELSEN, *Teoría pura del derecho*, *ob. cit.*, p. 17; y GUASTINI, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1993, para quien la norma es el contenido semántico de la disposición en que se expresa la fuente del derecho.

Para CRISAFULLI, se llama disposición jurídica a la formulación de una norma, incluida en el texto de una fuente del derecho. Las normas, por su parte, las define como el contenido prescriptivo de las disposiciones jurídicas, el resultado de su interpretación o la sustancia que conforma el ordenamiento jurídico como derecho objetivo (CRISAFULLI, *Disposizioni (e norma)*, *ob. cit.*, p. 195).

¹⁷⁸⁶ SCHREIER, Fritz, *Concepto y formas fundamentales del derecho (Grundbegriffe und Grundformen des Rechts*, Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, trad.), Buenos Aires, Losada, 1942.

¹⁷⁸⁷ SCHREIER, *Concepto y formas fundamentales del derecho*, *ob. cit.*, p. 88.

¹⁷⁸⁸ RÜTHERS, *Teoría*, *ob. cit.*, p. 65 ss.

¹⁷⁸⁹ SCHREIER, *Concepto y formas fundamentales del derecho*, *ob. cit.*, p. 93.

¹⁷⁹⁰ *Fattispecie* (del latín medieval *facti species*, esto es, “figura del hecho”), que corresponde al evento o supuesto jurídicamente configurado o especificado tanto en las normas generales (indeterminate reference), o principios en sentido amplio, como en las reglas específicas y precisas, casuísticamente configuradas (*kasuistische Gesetzgebung*).

de la realización de tal hipótesis, vale decir, en sentido amplio, los acontecimientos reales, o cualquiera transformación de la realidad o del mundo exterior, o el suceso temporal y espacialmente localizado que provoca, al ocurrir, un cambio en lo existente.¹⁷⁹¹

Se dice en sentido amplio pues muchos supuestos no aluden a hechos reales, es decir, a modificaciones del mundo externo insertas en el espacio, sino a derechos subjetivos o a situaciones jurídicas a las que la ley vincula consecuencias normativas.¹⁷⁹²

El supuesto jurídico es comúnmente definido como un hecho que produce un efecto o consecuencia jurídica, y los hechos jurídicos como aquellos que realizan las hipótesis o supuestos normativos. El supuesto, como elemento integrante de la norma jurídica, señala los requisitos que condicionan las facultades y deberes establecidos en la misma.¹⁷⁹³

En resumen, toda norma jurídica consta de dos partes: hipótesis y disposición. La hipótesis o supuesto jurídico es el conjunto de condiciones cuya realización desencadena los efectos o consecuencias normativas.¹⁷⁹⁴

1º Como hemos dicho, toda norma contiene dos términos: una proposición hipotética y una consecuencia asignada a la realización de tal supuesto. A la ocurrencia del supuesto de hecho se anuda el nacimiento de un efecto o consecuencia jurídica (relación condicionada entre un hecho y un efecto).¹⁷⁹⁵

La expresión “*fattispecie*” fue introducida en Italia por Emilio BETTI en sustitución de la también muy común “*fatto giuridico*”.

Al respecto, BETTI, Emilio, *Istituzione di diritto romano*, Padua, Cedam, 1942, p. 3-5; *Id.*, *Teoría generale del negozio giuridico*, (*Teoría general del negocio jurídico*, trad. de Antonio MARTÍN PÉREZ, Granada, Comares, 2010), en VASALLI, Filippo, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. XV, t. 2º, Turín, Utet, 1960, p. 2 ; y LUNA SERRANO, *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*, *ob. cit.*, p. 10.

Sobre las “normas sin supuesto de hecho regulado”, cuya aparición atribuye el autor al tránsito o progresión “de la ley al derecho y del derecho a los valores”, v., IRTI, Natalino, “*La crisi della fattispecie*”, *Rivista di diritto processuale*, 2014, p. 41 ss; e *Id.*, “*Controllabilità weberiana e crisi della fattispecie*”, *Rivista di diritto civile*, 2014, p. 36 ss.

¹⁷⁹¹ SCHREIER, *ob. cit.*, p. 93; y RÜTHERS, *Teoría*, *ob. cit.*, p. 65 ss.

¹⁷⁹² SCHREIER, *Concepto y formas fundamentales del derecho*, *ob. cit.*, p. 93

¹⁷⁹³ SCHREIER, *ob. cit.*, p. 93.

¹⁷⁹⁴ *ob. cit.*, p. 93; y RÜTHERS, *Teoría*, *ob. cit.*, p. 65 ss.

¹⁷⁹⁵ La norma jurídica comprende dos proposiciones: una contentiva de la previsión de un hecho o de una situación particular, que suele denominarse “supuesto de hecho”, y otra que es la de las consecuencias que en el campo del derecho están ligadas a la ocurrencia de tales hecho o situación (principio de causalidad deontológica), y que se expresa con la siguiente fórmula: si se da A, debe ser B.

Toda norma jurídica que verdaderamente sea tal, realiza, cualquiera que sea su ropaje formal, el mencionado esquema: prevé una hipótesis, necesariamente típica (la imagen-tipo de un hecho o *species facti*), jurídicamente relevante y, por lo mismo, capaz de constituir el presupuesto necesario y suficiente para la producción de determinados efectos jurídicos. La norma jurídica, en otras palabras, es expresión de un juicio hipotético, o bien de un juicio de valor que sirve de criterio para calificar como jurídico un determinado hecho.

Al respecto, BRECIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil*, *ob. cit.*, p. 20.

La previsión del supuesto de hecho corresponde a la fase estática o causal de la norma jurídica; la determinación de las consecuencias jurídicas, a su vez, corresponde a su fase dinámica.¹⁷⁹⁶

El primer término de la norma es una descripción o juicio condicional: un hecho o un conjunto de hechos dentro de un determinado marco de circunstancias (segmento hipotético); en tanto que el segundo es el mandamiento de un efecto para el caso de que en la práctica concurren todos los elementos de la hipótesis.¹⁷⁹⁷

El segmento hipotético de la norma tiene, por así decirlo, una función principalmente selectiva de lo que, con base en la valoración política del legislador y los intereses que éste pretende satisfacer, debe ser considerado relevante para el derecho.¹⁷⁹⁸

El supuesto jurídico es la hipótesis de cuya realización depende el desencadenamiento de las consecuencias establecidas en la norma. En otras palabras, entre la realización de la hipótesis y los derechos y deberes que la norma respectivamente otorga e impone, existe un nexo de carácter necesario.¹⁷⁹⁹

En este sentido, no hay consecuencias en derecho sin supuesto o hipótesis jurídica. Toda consecuencia de derecho hállase condicionada por una hipótesis que, al realizarse, la produce (ley de causalidad jurídica).¹⁸⁰⁰

Por otra parte, las consecuencias a que da origen la realización del supuesto jurídico pueden consistir en el nacimiento, transmisión, modificación o extinción de derechos y deberes; en facultades o exigencias que únicamente tienen sentido con relación a las personas.¹⁸⁰¹

2º El segmento verdaderamente prescriptivo de la norma muestra más directamente la finalidad, la orientación o el sentido que ella trata de imprimir en el comportamiento de sus destinatarios (*subjecti*), y que, en general, es el de la necesidad del hacer o del no hacer (mandato o prohibición), o bien el de la posibilidad, igualmente del hacer o del no hacer (autorización o permisión).¹⁸⁰²

De este modo, se dice que la norma, sea de forma directa o indirecta, ordinariamente exige o impone, consiente o autoriza.¹⁸⁰³

¹⁷⁹⁶ BRECIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *ob. cit.*, p. 22.

¹⁷⁹⁷ HINESTROSA, *Tratado*, *ob. cit.*, t. I, p. 38-40.

¹⁷⁹⁸ SCHREIER, *Concepto y formas fundamentales del derecho*, *ob. cit.*, p. 14.

¹⁷⁹⁹ SCHREIER, *ob. cit.*, p. 93; y RÜTHERS, *Teoría*, *ob. cit.*, p. 65 ss.

¹⁸⁰⁰ SCHREIER, *Concepto y formas fundamentales del derecho*, *ob. cit.*, p. 93.

¹⁸⁰¹ SCHREIER, *ob. cit.*, p. 93.

¹⁸⁰² *ob. cit.*, p. 93; y RÜTHERS, *Teoría*, *ob. cit.*, p. 65 ss.

¹⁸⁰³ BRECIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil*, *ob. cit.*, p. 21.

El supuesto de hecho de la norma, a su vez, puede estar conformado por variados elementos o puede ser simple, dependiendo su configuración, en últimas, del arbitrio del legislador.

Cuando el supuesto de hecho se cumple, la norma se realiza y se desencadena entonces su consecuencia, que puede consistir en la constitución, sustitución, adición o extinción de un estado de cosas.¹⁸⁰⁴

87.2. La principalidad de la prohibición de abuso.

La prohibición de abuso no presupone que lo que debe ser sea posible fáctica y jurídicamente en toda su dimensión, sino que exige un cumplimiento lo más extendido o aproximadamente posible.¹⁸⁰⁵

A diferencia de las reglas que contienen determinaciones que proceden de la previa consideración de las razones que juegan en contra de lo ordenado por una norma y, por tanto, es un deber definitivo que puede ser aplicado mediante subsunción,¹⁸⁰⁶ el deber ser de la prohibición de abuso no tiene en cuenta las razones que puedan jugar en contra de lo ordenado por la misma, de manera que no contiene determinaciones definitivas, sino sólo determinaciones *prima facie* que deben ser contrastadas con las determinaciones *prima facie* de los principios contrarios con los que entra en colisión.¹⁸⁰⁷

Principios y reglas son normas jurídicas que regulan conductas y que son aptas para fundamentar una decisión judicial.¹⁸⁰⁸ Desde una perspectiva lógica, las reglas son aplicables por completo o no son aplicables en absoluto en la solución de un caso concreto (todo o nada). Si sucede el supuesto de hecho previsto en la regla, el juez debe aplicarla por completo.¹⁸⁰⁹

Por el contrario, si el supuesto de hecho previsto por la regla no se verifica, el juez debe excluir su aplicación. Los principios, por su parte, tienen una dimensión de peso (*Gewicht*) o importancia de que carecen las reglas jurídicas. Cuando el juez deba solucionar los conflictos entre principios, ha de tener en cuenta el peso o la importancia relativa de que cada uno de estos.¹⁸¹⁰

¹⁸⁰⁴ HINESTROSA, *ob. cit.*, t. I, p. 38-40.

¹⁸⁰⁵ *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁸⁰⁶ BONGIOVANNI, Giorgio, "Principi come valori o come norme: Interpretazione, bilanciamento e giurisdizione costituzionale in Alexy e in Habermas", *Ars interpretandi*, 10, 2005 (*Valori, principi e regole*), p. 177 ss.

¹⁸⁰⁷ BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, *ob. cit.*, p. 88.

¹⁸⁰⁸ RIZZO, *Principi costituzionali e Diritto dei contratti*, p. 912.

¹⁸⁰⁹ DWORKIN, *Los derechos en serio*, *ob. cit.*, p. 72 ss.

¹⁸¹⁰ LUZZATI, Claudio, *Del giurista interprete, Linguaggio, tecniche e dottrine*, Turín, Giappichelli, 2016, p. 323; y DE CARVALHO DANTAS, Marcus Eduardo, "Un approccio alla dinamica dell'applicazione di regole e principi", *Ars interpretandi*, 10, 2005 (*Valori, principi e regole*), p. 209

La decisión que el juez adopta no implica, según esto, un juicio de valor absoluto o definitivo sobre la subordinación de un principio a otro, sino un juicio relativo al caso concreto, en donde el principio que tenga mayor peso determina el sentido de la decisión.¹⁸¹¹

88. Sistemas de regulación de las cláusulas abusivas.

En el derecho comparado existen dos sistemas básicos de regulación de las cláusulas abusivas:¹⁸¹²

1º Uno en el que el legislador delimita claramente el supuesto de hecho de la norma, de cuya comprobación procesal parte el juez para presumir la existencia de una cláusula abusiva.¹⁸¹³

Tal sistema se relaciona estrechamente con los conceptos de lista negra, cláusulas-reglas y cláusulas abusivas concretas. El ejemplo paradigmático al respecto lo constituye la regulación italiana de la materia.¹⁸¹⁴

2º El segundo sistema, predominante en España y Alemania, se relaciona más con los conceptos de lista gris, cláusulas-principios, prohibición de abuso y cláusulas abusivas generales.¹⁸¹⁵

El legislador en este caso enuncia de manera general y abstracta el supuesto de hecho de la norma [“desequilibrio contractual importante” (España), “desequilibrio injustificado” (Colombia), “limitación desproporcionada de derechos derivados del contrato” (Alemania)], dejando al juez, con la ayuda de distintos criterios metodológicos de concreción normativa (proporcionalidad, racionalidad o razonabilidad), la misión de especificar la abusividad de una cláusula determinada teniendo en cuenta las circunstancias que rodean la celebración del contrato.¹⁸¹⁶

Con esta fórmula abierta y necesitada de concreción, el legislador da cabida a una multiplicidad de hipótesis que se irán precisando a través de la práctica judicial.¹⁸¹⁷

El supuesto de hecho de la prohibición de abuso, por ejemplo, sólo suministra al juez una directriz que orienta la búsqueda de la norma de decisión (Nd), lo que exige que los presupuestos de aplicación, centrados en el concepto de desequilibrio injustificado, sean definidos teniendo en cuenta las circunstancias específicas del

¹⁸¹¹ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 88; BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 88.

¹⁸¹² CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *ID.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁸¹³ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

¹⁸¹⁴ ob. cit., p. 4-36.

¹⁸¹⁵ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; *ID.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁸¹⁶ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

¹⁸¹⁷ ob. cit., p. 4-36.

caso concreto, de manera que éste se acomode flexiblemente a la fórmula general prevista por el legislador.¹⁸¹⁸

En la práctica, la mayoría de legislaciones han optado por una solución combinada de su régimen de control de las cláusulas abusivas, pues al lado de la prohibición de abuso, estructurada, a su vez, sobre conceptos como desequilibrio importante (España), o desequilibrio injustificado (Colombia), coexisten fórmulas intermedias, cláusulas abusivas generales y cláusulas abusivas concretas (listas grises y negras de cláusulas abusivas).¹⁸¹⁹

89. Disposiciones y normas de abusividad contractual.

Las disposiciones de abusividad son los enunciados, el texto o las oraciones de la ley que tipifican la noción de cláusula abusiva, sus diversos tipos y modalidades, su control formal y material, así como sus efectos jurídicos.¹⁸²⁰

De acuerdo con una concepción semántica, las normas de abusividad se definen como el conjunto de significados prescriptivos de las disposiciones legales de abusividad.¹⁸²¹

Este conjunto de significados se expresa mediante proposiciones prescriptivas que establecen lo que está ordenado, permitido o prohibido desde el punto de vista de la abusividad contractual.¹⁸²²

La norma, en otros términos, es el contenido semántico o prescriptivo de un enunciado legislativo, en este caso, de las disposiciones legales sobre abusividad contractual en las relaciones de consumo. Las disposiciones, por su parte, son enunciados legales que contienen las normas sobre abusividad contractual.¹⁸²³

El artículo 42 EC, por ejemplo, es una disposición legal que contiene una prohibición de abuso a la que corresponde un derecho general en cabeza de los consumidores,

¹⁸¹⁸ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1587.

¹⁸¹⁹ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 16.

¹⁸²⁰ CRISAFULLI, Vezio, voz «*Disposizione (e norma)*», en Enc. Dir., t. XIII, Milán, Giuffrè, 1964, p. 165-6.

¹⁸²¹ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁸²² CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

¹⁸²³ Las normas son los significados prescriptivos de las disposiciones de abusividad. Como significados prescriptivos de las disposiciones que las contienen, las normas dicen lo que está ordenado, prohibido o permitido al predisponente desde el punto de vista de la prohibición de abuso. En otras palabras, las normas son las proposiciones que prescriben el deber ser establecido por las disposiciones correspondientes. Las normas integran el contenido prescriptivo de las disposiciones legales de abusividad.

Al respecto, ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 42 ss; SIECKMANN, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle*, ob. cit., p. 25 ss; BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, ob. cit., p. 109 ss; *Id.*, *La estructura de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 26-9; y ATIENZA, Manuel y RUIZ-MANERO, José, *Las piezas del derecho, Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 88.

diferente como tal de los derechos especiales que se derivan de la lista de supuestos *prima facie* abusivos del artículo 43 EC.¹⁸²⁴

89.1. Las normas como resultado del juicio de abusividad.

Desde otro punto de vista, las disposiciones legales de abusividad contractual constituyen el objeto del proceso de interpretación judicial, en tanto que las normas de abusividad son el resultado de dicho proceso.¹⁸²⁵

90. Tipología de las normas de abusividad.

90.1. Normas generales y concretas de abusividad.

En conexión con los sistemas generales de regulación de las cláusulas abusivas, las normas sobre abusividad se dividen en generales y concretas según su grado de indeterminación normativa.¹⁸²⁶

En el derecho contractual del consumo, el máximo grado de indeterminación normativa lo ostenta la prohibición de abuso (art. 42 EC), seguida de la lista más o menos indeterminada de cláusulas presuntamente abusivas, gris o negra según el caso (art. 43 EC), hasta llegar, como veremos más adelante, a las normas particulares de decisión deducidas por el juez como resultado del proceso de concretización que supone el juicio de abusividad, que son las normas con el más alto grado de precisión y determinación normativas.¹⁸²⁷

90.2. Normas directamente estatuidas, adscritas y particulares de abusividad contractual.

Por oposición al ámbito subjetivo (los conceptos de consumidor y predisponente, principalmente), el ámbito objetivo del control lo conforman las normas sobre abusividad contractual y los correspondientes derechos y posiciones, tanto del consumidor como del predisponente, que son objeto de aplicación del juicio de abusividad, es decir, tanto las normas directamente estatuidas por las disposiciones legales; las normas indirectas o derivadas que interpretativamente son adscritas a tales disposiciones; así como las normas particulares contenidas en los fallos con que se definen tal proceso:¹⁸²⁸

1º El artículo 42 EC estatuye directamente la prohibición de abuso que incorpora, como fue dicho, un mandato de ponderación.¹⁸²⁹

¹⁸²⁴ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁸²⁵ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1983, p. 76.

¹⁸²⁶ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁸²⁷ Que corresponde, como fue visto, a la "cláusula general de abusividad" del artículo 82 del TRLGDCU.

¹⁸²⁸ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

2º Ahora bien, la prohibición de abuso nunca o rara vez sirve de premisa mayor en la fundamentación interna de las decisiones de control material de las cláusulas o condiciones de los contratos de consumo, pues su alto nivel de abstracción, generalidad e indeterminación impide que de ella pueda deducirse sin más la solución de los casos concretos de abusividad.¹⁸³⁰

En consecuencia, el juez se ve en la necesidad de concretar o precisar una norma más específica que se pueda fundamentar a partir de la prohibición de abuso y que guarde una relación directa con la cláusula o condición en examen. Estas normas más específicas son llamadas por la doctrina “normas adscritas”.¹⁸³¹

3º Las normas individuales, por su parte, son las contenidas en la parte resolutive de la sentencia con la que el juez define la abusividad de la cláusula o condición en examen.¹⁸³²

Tales normas son el resultado de la subsunción del caso concreto bajo el supuesto de hecho de la norma adscrita, o norma particular de decisión, deducida interpretativamente en el proceso de concretización normativa.¹⁸³³

La suma de las normas directamente estatuidas, las normas adscritas y las normas particulares constituyen el contenido prescriptivo de la prohibición de abuso.¹⁸³⁴

¹⁸²⁹ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁸³⁰ *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁸³¹ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 88; y BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 88. Sobre la expresión “norma adscrita” (ALEXY), “norma de decisión” (Fr. MÜLLER), “norma del caso” (FIKENSCHER) o “juicio concreto de deber ser jurídico” (ENGISCH), v. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 61, nota 79.

Las normas adscritas se fundamentan en las normas directamente estatuidas y guardan un nexo lógico de identidad o contradicción con la cláusula o condición objeto del juicio de abusividad, del cual dependerá el sentido del fallo con que éste se defina.

En efecto, cuando entre la norma adscrita y la cláusula o condición general exista un nexo de contradicción, el juez deberá declarar la nulidad de esta última y su expulsión del contenido del contrato. Por el contrario, cuando la relación de estos dos extremos es de identidad, el juez deberá declarar la validez de la cláusula o condición en examen.

¹⁸³² CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁸³³ KELSEN, *Teoría pura del derecho*, *ob. cit.*, p. 254. La norma individual de abusividad es la conclusión del silogismo que constituye la fundamentación interna de la sentencia con la cual se define la abusividad de la cláusula o condición en examen, silogismo cuya premisa mayor es una norma directamente estatuida o una norma adscrita.

Las normas individuales lo son respecto al sujeto o a la ocasión, pues se refieren a la conducta de uno o varios sujetos determinados (el empresario o profesional predisponente), o porque aluden a una sola conducta cuya realización está ordenada, permitida o prohibida, como sucede con la producción de un desequilibrio injustificado en los derechos y obligaciones derivadas del contrato (BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 130).

¹⁸³⁴ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

91. Características de las normas de abusividad contractual.

Entre los anteriores tipos de normas de abusividad contractual no existe una diferencia cualitativa, sino en cuanto al grado de su generalidad o abstracción, a su indeterminación normativa y a su fundamentación.¹⁸³⁵

1º En primer lugar, las normas directamente estatuidas ostentan un grado de generalidad y abstracción mayor que el que ostentan tanto las normas adscritas como las normas particulares.¹⁸³⁶

Las normas de abusividad directamente estatuidas, en efecto, son estructuralmente indeterminadas, como quiera que de su contenido prescriptivo no se deduce ninguno de los presupuestos de su aplicación.¹⁸³⁷

La prohibición de abuso, por ejemplo, no indica cuándo existe un desequilibrio injustificado de los derechos y deberes derivados del contrato, ni cuándo una razón es suficiente para justificar tal desequilibrio. Tampoco señala la forma como se han de reparar los daños y perjuicios que la inclusión de cláusulas abusivas ocasiona al consumidor.¹⁸³⁸

En los casos en que se deba definir la abusividad de una cláusula o condición concreta, el juez deberá establecer los anteriores presupuestos con la ayuda de criterios ajenos a la propia prohibición de abuso.¹⁸³⁹

2º Por el contrario, las normas adscritas, en la medida en que constituyen el resultado de la concreción de las normas directamente estatuidas, son estructuralmente determinadas, pues las mismas definen lo que, desde el punto de vista de los derechos legalmente garantizados a los consumidores, está prohibido, ordenado o permitido al predisponente respecto de la definición del contenido del contrato.¹⁸⁴⁰

3º Por último, mientras las normas directamente estatuidas se fundamentan a partir del texto del artículo 42 EC, las normas adscritas y las normas particulares son el resultado de una fundamentación adicional: las normas particulares contenidas en los fallos mediante los cuales el juez define la abusividad de la cláusula o condición

¹⁸³⁵ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁸³⁶ Sobre los conceptos de abstracción y generalidad normativas, v. ALEXU, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 88; y BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 16.

¹⁸³⁷ Sobre el concepto de indeterminación estructural, v. ALEXU, *ob. cit.*, p. 16; BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 88; y NINO, *Introducción al análisis del derecho*, *ob. cit.*, p. 29

¹⁸³⁸ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁸³⁹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 16; CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-32; e *Id.*, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁸⁴⁰ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 16; y CRIADO-CASTILLA, *El principio*, *ob. cit.*, p. 4-36.

en examen se fundamentan a partir de las normas que sirven de premisas de su fundamentación interna (N y n).¹⁸⁴¹

En otras palabras, las normas particulares son el resultado de un juicio de subsunción de la cláusula o condición en examen (n), dentro de la norma adscrita que sirve de premisa mayor (N).¹⁸⁴²

Esta última, la define y fundamenta el juez mediante la ponderación que, dentro de la etapa discursiva del juicio de abusividad, supone la aplicación de la prohibición de abuso (fundamentación externa).¹⁸⁴³

El principio de proporcionalidad sirve entonces de criterio metodológico para definir y fundamentar la norma adscrita que sirve de premisa mayor en la fundamentación interna del fallo.¹⁸⁴⁴

En términos aún más precisos puede afirmarse que las normas adscritas se fundamentan a partir de las normas directamente estatuidas y que, por su parte, las normas particulares se fundamentan a partir de la norma adscrita que sirve de premisa mayor en la fundamentación interna del fallo.¹⁸⁴⁵

92. Validez definitiva y validez *prima facie* de las normas jurídicas.

Las normas legales sobre abusividad contractual, esto es, tanto la prohibición de abuso, como la lista de cláusulas potencial o *prima facie* abusivas, generales o concretas (listas grises o negras), pueden revestir una validez *prima facie* o una validez definitiva.¹⁸⁴⁶

El criterio más importante para distinguir cuándo una de tales normas ostenta una validez *prima facie* o una validez definitiva, lo constituyen las razones que pueden justificar, en un momento dado, la imposición unilateral de una cláusula o condición que produce, como establece el artículo 42 EC, un desequilibrio injustificado en el contenido normativo del contrato.¹⁸⁴⁷

Según tal criterio, una norma ostenta una validez *prima facie* cuando es considerada en sí misma o de manera aislada, es decir, sin tener en cuenta las razones que

¹⁸⁴¹ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁸⁴² *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁸⁴³ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; e *Id.*, *El principio*, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁸⁴⁴ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁸⁴⁵ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 16.

¹⁸⁴⁶ Sobre el concepto de validez *prima facie* y validez definitiva, v. BERNAL, *Principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 637-45; BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, *ob. cit.*, p. 101; y BARAK, *Proporcionalidad, Los derechos fundamentales y sus restricciones*, *ob. cit.*, p. 16.

¹⁸⁴⁷ SEARLE, *Prima facie obligations*, *ob. cit.*, p. 84.

puedan justificar la imposición unilateral de una cláusula o condición determinada.¹⁸⁴⁸

Por el contrario, una norma ostenta una validez definitiva cuando es considerada en relación con las demás normas del ordenamiento con las que puede entrar en colisión, teniendo en cuenta las razones que pueden justificar la imposición unilateral de una cláusula o condición.¹⁸⁴⁹

La consideración de las razones que pueden justificar el desequilibrio producido por la imposición unilateral de una cláusula o condición, tiene lugar en la etapa discursiva del juicio de abusividad.¹⁸⁵⁰

En dicha etapa, con la ayuda de algún criterio objetivo de concreción normativa (proporcionalidad, racionalidad o razonabilidad), el juez define la suficiencia de las razones que pueden justificar la imposición unilateral de una cláusula o condición.¹⁸⁵¹

De esta manera, la relación entre la validez definitiva de una norma y la aplicación de alguno de estos criterios es bastante estrecha, pues antes de tal aplicación, las normas sobre abusividad contractual ostentan una validez *prima facie*.¹⁸⁵²

92.1. Validez *prima facie* y validez definitiva de las normas de abusividad contractual.

Las normas legales sobre abusividad contractual, esto es, tanto la prohibición de abuso, como la lista de cláusulas potencial o *prima facie* abusivas, generales o concretas (listas grises o negras), pueden revestir una validez *prima facie* o una validez definitiva.¹⁸⁵³

El criterio más importante para distinguir cuándo una de tales normas ostenta una validez *prima facie* o una validez definitiva, lo constituyen las razones que pueden justificar, en un momento dado, la imposición unilateral de una cláusula o condición que produce, como establece el artículo 42 EC, un desequilibrio injustificado en el contenido normativo del contrato.¹⁸⁵⁴

¹⁸⁴⁸ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁸⁴⁹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 637-45

¹⁸⁵⁰ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁸⁵¹ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁸⁵² CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

¹⁸⁵³ Sobre el concepto de validez *prima facie* y validez definitiva, v. BERNAL, ob. cit., p. 637-45; BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, ob. cit., p. 101; y BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 16.

¹⁸⁵⁴ SEARLE, *Prima facie obligations*, ob. cit., p. 84.

Según tal criterio, una norma ostenta una validez *prima facie* cuando es considerada en sí misma o de manera aislada, es decir, sin tener en cuenta las razones que puedan justificar la imposición unilateral de una cláusula o condición determinada.¹⁸⁵⁵

Por el contrario, una norma ostenta una validez definitiva cuando es considerada en relación con las demás normas del ordenamiento con las que puede entrar en colisión, teniendo en cuenta las razones que pueden justificar la imposición unilateral de una cláusula o condición.¹⁸⁵⁶

La consideración de las razones que pueden justificar el desequilibrio producido por la imposición unilateral de una cláusula o condición, tiene lugar en la etapa discursiva del juicio de abusividad.¹⁸⁵⁷

En dicha etapa, con la ayuda de algún criterio objetivo de concreción normativa (proporcionalidad o razonabilidad), el juez define la suficiencia de las razones que pueden justificar la imposición unilateral de una cláusula o condición.¹⁸⁵⁸

De esta manera, la relación entre la validez definitiva de una norma y la aplicación de alguno de estos criterios es bastante estrecha, pues antes de tal aplicación, las normas sobre abusividad contractual ostentan una validez *prima facie*.¹⁸⁵⁹

92.2. Normas de abusividad con validez *prima facie*.

Como fue visto, una norma sobre abusividad ostenta una validez *prima facie* cuando se la considera en sí misma o de manera aislada, sin tener en cuenta las razones que puedan justificar la imposición unilateral de una cláusula o condición. Antes de esta consideración, las normas sobre abusividad ostentan una validez *prima facie*.¹⁸⁶⁰

La prohibición de abuso es un ejemplo de una norma de abusividad con validez *prima facie* pues, con independencia de las razones que puedan justificar la imposición de una cláusula o condición, prohíbe, sancionándolas con su nulidad, las cláusulas que produzcan, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado.¹⁸⁶¹

¹⁸⁵⁵ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁸⁵⁶ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 637-45.

¹⁸⁵⁷ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *ID.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁸⁵⁸ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁸⁵⁹ ob. cit., p. 4-36.

¹⁸⁶⁰ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 637-45; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *ID.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁸⁶¹ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

Frente a la facultad de imponer de manera unilateral el contenido normativo del contrato, dicha prohibición significa que el predisponente debe, *prima facie*, abstenerse de introducir cláusulas o condiciones que produzcan un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, es decir, una ruptura entre los derechos y obligaciones derivados del contrato.¹⁸⁶²

A *contrario sensu*, la validez *prima facie* de tal prohibición significa que el predisponente puede válidamente, mediante la imposición de cláusulas o condiciones, producir un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, siempre que tal desequilibrio se encuentre suficientemente justificado.¹⁸⁶³

En otros términos, la dicha norma no prohíbe de forma definitiva o categórica cualquier desequilibrio, sino aquellos desequilibrios contractuales que no se encuentren suficientemente justificados. Injustificado significa el desequilibrio arbitrario o no fundado en razones que de manera suficiente lo justifiquen.¹⁸⁶⁴

Tanto por su carácter relativamente indeterminado, como por el reenvío tácito que el legislador hace a la prohibición de abuso (art. 42 EC), las normas que establecen la lista de supuestos presuntamente abusivos (art. 43 EC), también ostentan una validez *prima facie*.¹⁸⁶⁵

92.3. Normas de abusividad definitivas.

Como fue dicho, una norma sobre abusividad ostenta una validez definitiva cuando se la considera en relación con las demás normas del ordenamiento con las que puede entrar en colisión, teniendo en cuenta las razones que puedan justificar la imposición unilateral de una cláusula o condición determinada.¹⁸⁶⁶

La consideración de tales razones tiene lugar en la etapa discursiva del juicio de abusividad cuando, con la ayuda de algún criterio objetivo de concretización normativa, el juez define la suficiencia de las razones que puedan justificar el desequilibrio que, en perjuicio del consumidor, produce en los derechos y obligaciones del contrato. Antes de dicha aplicación, las normas de abusividad ostentan una validez *prima facie*.¹⁸⁶⁷

¹⁸⁶² *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁸⁶³ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; e *ID.*, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁸⁶⁴ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁸⁶⁵ *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁸⁶⁶ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 637-45; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; e *ID.*, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁸⁶⁷ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

Un ejemplo de norma de abusividad con validez definitiva lo constituye la regla particular de decisión que sirve de premisa mayor en la fundamentación interna del fallo con que se define la abusividad de una cláusula o condición en examen.¹⁸⁶⁸

92.4. La validez de las normas en el marco del juicio de abusividad.

Establecida la existencia de un desequilibrio del contrato, producido por la imposición unilateral de una cláusula o condición, corresponde al juez definir la suficiencia de las razones que puedan justificarlo.¹⁸⁶⁹

Como fue visto, la existencia de un desequilibrio no es suficiente, por sí mismo, para considerar abusiva la cláusula o condición que lo produce y declarar la nulidad de la misma. Antes bien, el juez debe dar paso a la etapa discursiva del juicio de abusividad y establecer, con la ayuda del principio de proporcionalidad, la relación de precedencia condicionada entre las razones que sustentan la imposición unilateral de la cláusula o condición y las que sustentan su expulsión como contenido normativo del contrato.¹⁸⁷⁰

En otros términos, en la etapa discursiva el juez pondera las razones que juegan a favor o en contra de la imposición unilateral de la cláusula o condición en examen. Si la medida supera las exigencias del principio de proporcionalidad, el juez deberá declarar, de manera definitiva, la legitimidad de la imposición unilateral de la cláusula o condición y la validez de ésta como contenido normativo del contrato, pues a pesar de introducir un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, tal desequilibrio se encuentra justificado de acuerdo con el criterio de concreción normativa utilizado.¹⁸⁷¹

Por el contrario, si la cláusula o condición no supera las exigencias del principio de proporcionalidad, el juez deberá declarar, de manera definitiva, la abusividad de aquélla y su exclusión del contenido normativo del contrato por producir un desequilibrio injustificado de los derechos y obligaciones de las partes.¹⁸⁷²

92.5. Las normas de abusividad contractual y el control material de las condiciones generales de contratación.

Las normas sobre abusividad contractual, en especial la prohibición de abuso, juegan un papel central en el control de las condiciones generales de los contratos de adhesión celebrados con consumidores, toda vez que la revisión material exige

¹⁸⁶⁸ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁸⁶⁹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 637-45; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁸⁷⁰ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

¹⁸⁷¹ ob. cit., p. 4-36.

¹⁸⁷² ob. cit., p. 4-36.

como presupuesto el cumplimiento, por parte del predisponente, de los requisitos formales de incorporación al contenido del contrato, como los relacionados con el deber de informar de manera suficiente al consumidor los efectos y alcances de tales condiciones (art. 37, 1 EC).¹⁸⁷³

Desde un punto de vista material, una condición general es *prima facie* abusiva si su contenido es incompatible con el contenido normativo de la prohibición de abuso. Tal incompatibilidad es sancionada con la nulidad de la condición general en examen, efecto que no se extiende a la totalidad del contrato en la medida en que este pueda subsistir sin la cláusula o condición declarada nula.¹⁸⁷⁴

Cuando el contrato subsista, el juez aclarará los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente (art. 44 EC).¹⁸⁷⁵

93. Conclusiones sobre el contenido normativo del artículo 42 EC.

El contenido normativo del artículo 42 EC, principal disposición legal en materia de abusividad contractual, lo integra la prohibición de abuso, estructurada, como fue dicho, en torno al concepto de desequilibrio injustificado, por una parte, y un mandato de ponderación, por la otra:¹⁸⁷⁶

1º A la prohibición de abuso corresponde un derecho en virtud del cual los productores o proveedores no podrán incluir cláusulas o condiciones que produzcan un

¹⁸⁷³ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 637-45; y CRIADO-CASTILLA, *El principio*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁸⁷⁴ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

¹⁸⁷⁵ Por oposición al ámbito subjetivo (los conceptos de consumidor y predisponente, principalmente), el ámbito objetivo del control lo conforman las normas sobre abusividad contractual y los correspondientes derechos y posiciones, tanto del consumidor como del predisponente, que son objeto de aplicación en el proceso o juicio de abusividad, es decir, tanto las normas directamente estatuidas por las disposiciones legales; las normas indirectas o derivadas que interpretativamente son adscritas a tales disposiciones; así como las normas particulares contenidas en los fallos con que se definen tales procesos.

Desde otro punto de vista, el objeto material del juicio de abusividad lo constituye la cláusula o condición impuesta por el predisponente, cuya abusividad precisamente es examinada por el juez mediante este tipo de control de contenido.

¹⁸⁷⁶ Los artículos 42 y 43 EC definen lo que ha de entenderse por cláusula abusiva: la primera, mediante la incorporación de una definición general de ésta, centrada, como fue dicho, en el concepto de desequilibrio injustificado, así como en la valoración conjunta de las condiciones particulares del contrato, comprensiva de todos los supuestos posibles de abusividad.

Con el propósito de dar cabida a una multiplicidad de hipótesis que se irían perfilando en la práctica judicial, la prohibición de abuso centra su definición de cláusula abusiva en un concepto genérico e indeterminado, el desequilibrio injustificado, que imparte al juez solo una directriz para la búsqueda de la norma de decisión en la que se irá concretando la prohibición general y con la que se define el carácter abusivo de una cláusula en cada caso concreto.

Al respecto, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1631; y MIQUEL GONZÁLEZ, *Artículo 10 bis*, ob. cit., p. 931-4.

La segunda, mediante una lista enunciativa o no exhaustiva de cláusulas abusivas, frecuentemente utilizadas en los contratos celebrados con consumidores (MIQUEL GONZÁLEZ, ob. cit., p. 894). El legislador colombiano, al igual que el español, limitó la protección frente a la abusividad contractual a las estipulaciones predispuestas o no negociadas de los contratos de adhesión, por ser en estos donde tienen lugar los casos más frecuentes e importantes de abusividad contractual.

Sobre esto último, GIRALDO LÓPEZ, *Comentarios*, ob. cit., p. 114.

desequilibrio injustificado de los derechos y deberes derivados del contrato (art. 42 EC).¹⁸⁷⁷

En otros términos, frente a los productores y proveedores (predisponentes en los contratos de adhesión), los consumidores tienen el derecho a que no le sean incluidas cláusulas o condiciones abusivas que les dañen o perjudiquen.¹⁸⁷⁸

Junto al anterior derecho, que de forma abstracta garantiza que los consumidores no sean tratados de forma abusiva por el predisponente, existen también unos derechos concretos derivados de las normas particulares contenidas en los fallos con que se define la abusividad de la cláusula o condición en examen.¹⁸⁷⁹

Como se verá más adelante, tales derechos se fundamentan de forma mediata en las normas de abusividad directamente estatuidas por el artículo 42 EC (la prohibición de abuso y el mandato de ponderación), y de forma inmediata en la norma adscrita que sirve de premisa mayor (N) en la fundamentación interna del fallo mediante el cual se define la abusividad de la cláusula o condición en examen.¹⁸⁸⁰

2º El juicio de abusividad tiene por objeto la definición tanto del desequilibrio contractual, como de la suficiencia de las razones que, en un caso concreto, teniendo en cuenta las condiciones particulares del contrato, puedan justificar tal desequilibrio (valoración circunstanciada).¹⁸⁸¹

El objeto material del control lo constituye la cláusula o condición impuesta por el predisponente, cuya abusividad precisamente es examinada por el juez mediante este tipo de control de contenido.¹⁸⁸²

Para el efecto, el juez debe sopesar, con la ayuda del principio de proporcionalidad, las razones que juegan a favor o en contra de la abusividad de la cláusula en examen, con aplicación, igualmente, de los principios y reglas especiales de interpretación de los contratos con cláusulas predisuestas.¹⁸⁸³

¹⁸⁷⁷ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad, ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁸⁷⁸ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁸⁷⁹ *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁸⁸⁰ BERNAL, *El principio de proporcionalidad, ob. cit.*, p. 637-45.

¹⁸⁸¹ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad, ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁸⁸² CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁸⁸³ Este control material específico para los contratos de consumo (juicio de abusividad), es distinto como tal del aplicable a los demás tipos de contratos, por más que algunas de las cláusulas prohibidas en la lista del artículo 43 EC coincidan con normas imperativas de carácter general, como ocurre con el supuesto previsto en el num. 10, relacionado con las cláusulas que incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente.

Sobre las razones que justifican y fundamentan tal control específico de abusividad, v. MIQUEL GONZÁLEZ, *Artículo 10 bis, ob. cit.*, p. 896-905.

EXCURSUS SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS

LA ESENCIAL EQUIVALENCIA ENTRE PRINCIPIOS Y CLÁUSULAS GENERALES

93.bis. La distinción entre reglas y principios.¹⁸⁸⁴

Introducción.

El sistema jurídico, cuya finalidad es organizar la vida social, se compone de los siguientes dos tipos básicos de normas (*summa divisio iuris*), los cuales, aunque diversos en cuanto a su estructura, constituyen el objeto de la interpretación de los jueces y, en general, de todo aplicador jurídico:¹⁸⁸⁵

1º Las reglas (*rules*), formuladas según un método de normación casuístico (*kasuistische Gesetzgebung*) que configura un supuesto de hecho preciso y específico;¹⁸⁸⁶

2º Los principios en sentido amplio que, de forma explícita o implícita,¹⁸⁸⁷ comprenden todo el conjunto de formulaciones normativas abiertas, llamadas confusa e indiferenciadamente “principios en sentido estricto”, “conceptos jurídicos indeterminados”, “*standards*” y “cláusulas generales”.¹⁸⁸⁸

Pese a su distinta denominación, desde un punto de vista estructural, todo este conjunto de normas se caracteriza por su vaguedad, generalidad, abstracción o indeterminación (*indeterminate reference*)¹⁸⁸⁹ y, ante todo, por su peculiar forma de

¹⁸⁸⁴ Sobre esta *summa divisio iuris* entre reglas y principios, v. DWORKIN, *Los derechos en serio*, ob. cit., p. 61 ss; ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 63 ss; BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 76 ss; ATIENZA y RUIZ-MANERO, *Las piezas del derecho*, ob. cit., p. 19 ss; y ÁVILA, *Teoría de los principios*, ob. cit., p. 5-82.

¹⁸⁸⁵ DWORKIN, *Los derechos en serio*, ob. cit., p. 61 ss; ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 63 ss; y BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 76 ss.

¹⁸⁸⁶ Las reglas son normas con un contenido absolutamente cierto e incontrovertible, *tertium non datur* (ARISTÓTELES, *Metafísica*), que se cumplen, no gradualmente, como los principios, sino de la forma “todo o nada” (DWORKIN). Al respecto, BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, ob. cit., p. 20.

v. también ATIENZA y RUIZ-MANERO, *Las piezas del derecho*, ob. cit., p. 19 ss; e *Id.*, *Sobre principios y reglas*, ob. cit., p. 101 ss.

¹⁸⁸⁷ DEL VECCHIO, *Los principios generales del derecho*, ob. cit.; y DE BECHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, ob. cit.

¹⁸⁸⁸ FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, ob. cit., p. 1-20; GUASTINI, *Sui principi del diritto*, ob. cit., p. 76 ss. Karl ENGISCH agrupó en los conceptos jurídicos indeterminados, a los que consideraba como una macro-categoría de carácter general, todo el conjunto de normas de contenido abierto e indeterminado (entre ellas las cláusulas generales), caracterizadas por su vaguedad y por la necesidad de concreción mediante otras normas específicas (ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, ob. cit., p. 190; e *Id.*, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, *passim*).

¹⁸⁸⁹ RODOTÀ, *Le clausole generali*, ob. cit., p. 392; y CAMARDI, Carmela, *Istituzioni di diritto privato contemporáneo*, Nápoles, Jóvene, 2017. Según esta autora, los principios son normas que carecen de un supuesto de hecho y que, por el contrario, indican un criterio de valoración de acuerdo con ciertos *standards* (ob. cit., p. 29).

aplicación a los casos concretos, que requiere del juez o del aplicador jurídico un proceso previo de especificación o concreción normativa.¹⁸⁹⁰

En resumen, una norma será una regla o un principio en función de la manera como ha de ser aplicada (subsunción o ponderación) y de la forma como se han de resolver las colisiones en que la misma se vea envuelta.¹⁸⁹¹

Según el criterio del modo final de aplicación, mientras las reglas se aplican de modo absoluto (todo o nada), los principios se aplican de modo gradual (más o menos).¹⁸⁹²

El objetivo del presente excursus no es sólo distinguir las diferencias existentes entre reglas y principios, sino también entre las distintas categorías normativas que integran estos últimos, en especial entre los principios en sentido estricto y las cláusulas generales.¹⁸⁹³

La conclusión a la que queremos llegar es que entre los principios en sentido estricto y las cláusulas generales, como categorías normativas que integran los principios en sentido amplio, no existen diferencias esenciales como quiera que, además de su generalidad, indeterminación y vaguedad normativas, estos tipos de normas se caracterizan por su peculiar forma de aplicación, que en todo caso exige un proceso previo de especificación o concreción normativa, llamado en términos generales ponderación (*Abwägung, balancing*), y que sustancialmente difiere de la subsunción (*subsumption*) como forma típica de aplicación de las reglas.¹⁸⁹⁴

En otras palabras, el rasgo esencial de la prohibición de abuso, con independencia de que se le considere un principio en sentido estricto, como se hace en este trabajo, una cláusula general, como por unanimidad lo considera la doctrina española,¹⁸⁹⁵ o un estándar,¹⁸⁹⁶ es que su aplicación a los casos de abusividad contractual requiere

¹⁸⁹⁰ ÁVILA, *Teoría de los principios*, ob. cit., p. 5-82; y DE CARVALHO DANTAS, *Un approccio alla dinamica dell'applicazione di regole e principi*, ob. cit., p. 209 ss. Con la vaguedad de este tipo de normas (principios en sentido amplio, P), el legislador pretende guiar acciones o conductas que merecen cierta calificación valorativa, sin determinar las condiciones de aplicación de la misma, las cuales el legislador encomienda al aplicador del derecho.

Al respecto, ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Ilícitos atípicos, Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2006, p. 41.

¹⁸⁹¹ D'AMICO, Giovanni, "Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto", en *Giustizia civile*, 2015, p. 247 ss; e *Id.*, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, ob. cit., §8; y ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 88.

¹⁸⁹² ALEXY, ob. cit., p. 88.

¹⁸⁹³ LUNA SERRANO, *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*, ob. cit., p. 2 ss.

¹⁸⁹⁴ ALEXY, Robert, "On Balancing and Subsumption", *Ratio Juris*, 16, 2003.

¹⁸⁹⁵ En efecto, en un sentido distinto al adoptado en este trabajo, la doctrina española se inclina por el término "cláusula general" para designar la estructura normativa de la prohibición de abuso, así como a otras figuras del derecho privado, todas ellas caracterizadas por un contenido abierto e indeterminado, aunque provistas de una estructura lógica diversa.

Al respecto, LUNA SERRANO, *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*, ob. cit., p. 2 ss.

¹⁸⁹⁶ v., por ejemplo, PÉGLION-SIKA, *La notion de clause abusive, Étude de droit de la consommation, passim*.

irremisiblemente un proceso previo de concreción o especificación normativa, llamado “ponderación”.¹⁸⁹⁷

93. bis 1. Imprecisión terminológica.¹⁸⁹⁸

Las normas jurídicas son clasificadas por la doctrina según diferentes criterios, y reciben de ella distintos nombres o denominaciones: de esta manera, teniendo en cuenta su nivel de abstracción o indeterminación, las normas jurídicas pueden ser concretas o generales, clasificación ésta que sólo en algunos aspectos corresponde a la división básica entre reglas y principios¹⁸⁹⁹ (o normas rígidas y flexibles).¹⁹⁰⁰

A su turno, a las normas de contenido indeterminado, o fórmulas normativas abiertas, se les llama indistintamente “principios”, “estándares”, “conceptos jurídicos indeterminados” o “cláusulas generales”, sin precisar ni discernir las diferencias que existen entre estas categorías específicas.¹⁹⁰¹

La denominación “*standard*”, por ejemplo, en contraste con “*rule*”, que designa a las reglas o normas específicas (*rules vs. standards*, según la antítesis utilizada por los juristas del *common law*),¹⁹⁰² algunas veces es indicativa de formulaciones normativas abiertas e indeterminadas, de las cuales el juez se sirve para extraer la

¹⁸⁹⁷ v. *supra* 7.1.: El carácter “principal” de la prohibición de abuso.

¹⁸⁹⁸ PEDRINI, Federico, “*Clausole generali, Una (prima) mappa concettuale*”, Forum di quaderni costituzionale, Milán, 2009, p. 1-32; y FABIANI, Ernesto, voz «*Clausola generale*», en Enciclopedia del diritto, Annali V, Milán, Giuffrè, 2012, p. 183-253.

¹⁸⁹⁹ PEDRINI, *Clausole generali, Una (prima) mappa concettuale, ob. cit.*, p. 1-32.

¹⁹⁰⁰ En las normas rígidas, la situación de hecho viene completamente determinada, en tanto que, en las normas “elásticas”, lo que corresponda proveer al caso concreto, la apreciación de las particularidades de éste o la precisa valoración del hecho, se remite al prudente arbitrio judicial.

Al respecto, CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, ob. cit.*, t. I, v. 1º, p. 429 ss; LIPARI, Nicolò, *Le categorie del diritto civile (Las categorías del derecho civil*, Madrid, Dykinson, 2016, Agustín LUNA SERRANO, trad.), Milán, Giuffrè, 2013; y FABIANI, Ernesto, “*Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, standards valutativi e principi generali dell’ordinamento*”, Il foro italiano, 1999. v. también DE LOS MOZOS, *Derecho civil español, I, Parte general, Introducción al derecho civil, ob. cit.*, p. 394 ss; IRTI, Natalino, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Turín, Giappichelli, 1976, p. 164 ss; y ALPA, Guido, *Manuale di diritto privato*, Padua, Cedam, 2007, p. 147 ss.

Para un planteamiento mucho más general y amplio del problema de la rigidez o flexibilidad (ductibilidad) del derecho moderno, que supera el ámbito del derecho privado, esto es, desde la teoría general o el derecho constitucional, v. CARBONIER, Jean, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur (Derecho flexible, Para una sociología no rigurosa del derecho*, Luis DIEZ-PICAZO, trad., Madrid, Civitas, 1983), París, LGDJ, 1993; y ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mite, Legge, diritto, giustizia (El derecho dúctil, Ley, derecho, justicia*, Marina GASCÓN ABELLÁN, trad., Madrid, Trotta, 2007), Turín, Einaudi, 1995.

Sobre el concepto de “derecho blando”, “elástico”, flexible o *soft law*, v. CRUCIANI, Luca, “*Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell’abuso del diritto*”, Rivista critica del diritto privato, 2011, p. 473 ss. Respecto de los conceptos jurídicos indeterminados, incluidos en la legislación española del consumo, v. LUNA SERRANO, *Las normas que acogen conceptos elásticos en la legislación de consumo (“Le norme che contengono concetti elastici nella legislazione di consumo”*, Le corti ombre, Anno V, n° 3, 2017, p. 501-10), *ob. cit.*, p. 31-40. Para el caso del derecho administrativo, véase la clásica obra de SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976.

¹⁹⁰¹ Al respecto, RODOTÀ, *Le clausole generali, ob. cit.*, p. 392; PERELMAN, Chaim y VENDER ELST, Raymond (dirs.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruselas, Bruylant, 1984; y FALZEA, Angelo, “*Gli standards valutativi e la loro applicazione*”, Rivista di diritto civile, p. 1-20.

¹⁹⁰² ROSS, Alf, *Directives and norms*, Londres, The Lawbook Exchange, 2009; y BRAITHWAITE, John, “*Rules and Principles: A Theory of Legal Certainty*”, Australian Journal of Legal Philosophy, 27, 2002.

regla que le permita resolver el caso concreto; en tanto que, en otras ocasiones, dicha denominación se reserva para significar conceptos puramente valorativos.¹⁹⁰³

Lo propio ocurre con la denominación “cláusula general”, de origen alemán (*Generalklausel*),¹⁹⁰⁴ que por designar cumulativamente referencias conceptuales muy diversas, ha obligado a la doctrina a distinguir, sin que se ofrezca tampoco una definición de conjunto doctrinalmente compartida, entre las cláusulas generales en sentido lato, expresión que corresponde genéricamente a todos los supuestos de formulaciones normativas abiertas e indeterminadas, y las cláusulas generales en sentido estricto, las cuales hacen referencia a las cláusulas generales por excelencia o antonomasia, o a las históricamente más importantes y trascendentales, como buena fe, orden público o buenas costumbres.¹⁹⁰⁵

La jurisprudencia constitucional española equipara algunas veces las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados.¹⁹⁰⁶

93. bis 2. Los principios en sentido amplio y sus distintas categorías.¹⁹⁰⁷

Los principios en sentido amplio, o normas de contenido indeterminado o abierto (*offen Tatbestand*), en las que se confía al juez la misión de especificar su concreto alcance normativo, comprenden, en efecto, los principios en sentido estricto, entendidos éstos como mandatos de optimización (ALEXY);¹⁹⁰⁸ los *standards* (normas contentivas de expresiones “porosas” o vagas, *notions-cadre* o *à contenu variable*),¹⁹⁰⁹ nociones polivalentes o conceptos representativos no definidos con

¹⁹⁰³ LUNA SERRANO, *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*, ob. cit., p. 2 ss.

¹⁹⁰⁴ Con abundante referencia a la doctrina alemana, v. MIQUEL GONZÁLEZ, *Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho*, ob. cit., p. 312.

¹⁹⁰⁵ La buena fe, sin embargo, junto al abuso del derecho, la equidad, precio justo, gastos razonables o buenas costumbres, son considerados por algunos autores como conceptos jurídicos indeterminados, expresión ésta que a veces es usada en el sentido de cláusula general *lato sensu*. La buena fe, además, es entendida algunas veces en el sentido apuntado de concepto jurídico indeterminado y otras como principio general del derecho.

Al respecto, LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato, Una proposta di distinzione*, ob. cit., p. 345; LUNA SERRANO, *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*, ob. cit., p. 2 ss; y JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Derecho privado, Estudios y escritos de derecho patrimonial*, t. III, v. 3, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Ibáñez, 2017, p. 1473 ss.

¹⁹⁰⁶ v. las SSTC 113/1989, de 22 de junio y 16/1994, de 20 de enero. Al respecto, LUNA SERRANO, *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*, ob. cit., p. 27, nota 54; e IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan, *El indeterminado concepto de los conceptos indeterminados*, Revista Vasca de Administración Pública, 56, 2000, p. 145 ss.

¹⁹⁰⁷ GRUNDMANN, Stefan y MAZEAU, Denis (eds.), *General clauses and standards in European Contract Law, Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*, La Haya, Kluwer Law International, 2006.

¹⁹⁰⁸ Los principios en sentido estricto (p), a su vez, pueden ser, según varios criterios de clasificación, de carácter sustantivo o institucional, explícitos o implícitos, comunitarios, constitucionales o legales, axiomáticos o dogmáticos, principios de argumentación u orientativos de la actividad judicial (parámetros de ponderación).

Al respecto, LUNA SERRANO, *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*, ob. cit., p. 29 ss.

¹⁹⁰⁹ v., al respecto, PERELMAN, Chaim y VENDER ELST, Raymond (dirs.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruselas, Bruylant, 1984.

precisión); así como los conceptos jurídicos indeterminados y las cláusulas generales en sentido amplio.¹⁹¹⁰

Los conceptos jurídicos indeterminados (*Unbestimmte Rechtsbegriffe*),¹⁹¹¹ indican objetivos a perseguir o rechazar, o circunstancias que se deben tener en cuenta en la aplicación del derecho.¹⁹¹²

93. bis 2. 1. Las cláusulas generales.¹⁹¹³

El contenido de las normas puede presentarse de manera gradual, más o menos precisa o genérica.¹⁹¹⁴

Al lado de las disposiciones que permiten la identificación inmediata de los hechos o supuestos formulados como hipótesis, y de los efectos que a ellos deben seguir, se hallan formulaciones menos precisas que tienden a abarcar, en una hipótesis-tipo, un cierto número de sub-tipos identificables con base en características propias, así como disposiciones que contienen normas por entero genéricas que tienen que ser precisadas en el caso concreto por el juez o por quien esté llamado a aplicarlas.¹⁹¹⁵

¹⁹¹⁰ LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato, Una proposta di distinzione*, ob. cit., p. 376-8; y LUNA SERRANO, *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*, ob. cit., p. 29 ss.

¹⁹¹¹ El recurso a los conceptos jurídicos indeterminados permite transferir a los jueces la concreción de una norma mediante su remisión a valores y reglas extrapositivas. Estos criterios extrajurídicos, pero relevantes jurídicamente, son a los que se remiten las normas jurídicas a interpretar y aplicar.

Sobre los conceptos jurídicos indeterminados, v. HENKE, Horst Eberhard, *Die Tatfrage, Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität (La cuestión de hecho, El concepto jurídico indeterminado y su casacionabilidad*, Buenos Aires, 1979), Berlín, Duncker und Humblot, 1966, p. 56 ss.

¹⁹¹² LUNA SERRANO, ob. cit., p. 29.

¹⁹¹³ MENGONI, Luigi, "Spunti per una teoria delle clausole generali", *Rivista critica del diritto privato*, 1986, p. 5 ss; RODOTÀ, Stefano, «Le clausole generali», en ALPA, Guido y BESONE, Mario (dirs.), *I contratti in generale*, Turín, Utet, 1991, p. 392 ss; BARCELLONA, Mario, *Clausole generali e giustizia contrattuale, Equità e buona fede tra código civile e diritto europeo*, Turín, Giappichelli, 2006; *id.*, "Sul senso delle "clausole generali", *Il diritto tra giudice e legge*", *Democrazia e diritto*, 2009, p. 261 ss; D'AMICO, Giovanni (dir.), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milán, Giuffrè, 2017; RIZZO, Vito, *Principios, cláusulas generales, proporcionalidad, razonabilidad y contrato*, en PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, José Luis (dir.) y PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, Francisco Javier (coord.), *Derecho privado, responsabilidad y consumo*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson-Reuters, 2018, p. 731-42; y LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato, Una proposta di distinzione*, ob. cit., p. 345.

Más recientemente, SCOGNAMIGLIO, Claudio, «Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata», en PELLEGRINI, Lorenzo (dir.), *Studi in memoria di Giovanni Gabrielli*, v. II, Nápoles, Esi, 2018, p. 1771 ss; y LUNA SERRANO, *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*, ob. cit., p. 27 ss.

En la doctrina alemana, v. BALDUS, Christian y MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian (dirs.), *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht, Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive*, Múnich, Sellier, 2006; y, para el caso del derecho público, VON KUNTZMANN-DAUERT, Marion, *Die Generalklauseln im öffentlichen Recht*, Colonia, 1960.

¹⁹¹⁴ LUZZATI, Claudio, *La vaghezza delle norme, Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milán, Giuffrè, 1990.

¹⁹¹⁵ BRECIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil*, ob. cit., p. 24.

Estas normas genéricas, llamadas “cláusulas generales”,¹⁹¹⁶ atribuyen una relevancia práctica diferenciada a hechos de la misma clase, y cumplen la función de adecuar de la mejor manera posible la reglamentación jurídica a las exigencias de orden sustancial en la medida en que ellas vayan aflorando o surgiendo, permitiendo mantener el sistema jurídico “adaptado a la realidad”,¹⁹¹⁷ debidamente sincronizado y a tono con los tiempos,¹⁹¹⁸ sin los anacronismos que la reglamentación exhaustiva de una materia, o una aplicación demasiado rígida de la misma, inevitablemente suele llevar consigo.¹⁹¹⁹

Ejemplo de estas cláusulas generales es la buena fe, considerada por algunos la cláusula general por excelencia,¹⁹²⁰ caracterizada por su remisión a conceptos valorativos (*Wertbegriffe*), su amplitud normativa y su gran relevancia histórica y social.¹⁹²¹

¹⁹¹⁶ RESCIGNO, Pietro (dir.), “*Le clausole generali nel diritto privato*”, *Giurisprudenza italiana*, 2011, p. 1689; y D’AMICO, Giovanni (dir), *Principi e clausole generali nell’evoluzione dell’ordinamento giuridico*, Milán, Giuffrè, 2017.

¹⁹¹⁷ D’AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, *ob. cit.*, p. 1704. Las cláusulas generales y, más ampliamente, las normas indeterminadas y abiertas, garantizan la flexibilidad del ordenamiento jurídico y la adecuación del mismo a la cambiante realidad social. Este tipo de normas se adaptan a las circunstancias del caso concreto y son capaces de actualizar el ordenamiento jurídico a pesar del paso del tiempo. Fluyen y varían con el paso de éste.

Al respecto, LUZZATI, Claudio, “*Le metafore della vaghezza*”, *Analisi e diritto*, 1999, p. 117 ss.

¹⁹¹⁸ Las cláusulas generales, como un *genus* que abarca diversas categorías de normas, todas ellas caracterizadas por su apertura e indeterminación normativa, se traducen en una peculiar técnica legislativa de construcción del supuesto de hecho dirigida a salvaguardar la flexibilidad o ductibilidad del ordenamiento jurídico. El propósito de esta técnica legislativa sería mantener actualizado el ordenamiento no obstante el paso del tiempo y adaptarse mejor a las circunstancias concretas del caso a decidir en cada ocasión.

Al respecto, FABIANI, *Clausola generale*, *ob. cit.*, p. 191.

¹⁹¹⁹ BRECIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, p. 24-5. La cláusula general es una formulación abstracta e indeterminada, cuyo significado normativo no es individualizable sino recurriendo a criterios o parámetros internos y externos al derecho.

Al respecto, v. RODOTÀ, Stefano, “*Il tempo de la clausole generali*”, *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 709 ss; y VELLUZZI, Vito, *Le Clausole generali, Semantica e politica del diritto*, Milán, Giuffrè, 2010, p. 62 ss.

¹⁹²⁰ PATTI, Salvatore, «*Clausole generali e discrezionalità del giudice*», en RESCIGNO, Pietro y PATTI, Salvatore (dirs.), *La genesi della sentenza*, Bolonia, Il Mulino, 2016.

¹⁹²¹ La buena fe y, más concretamente, la lealtad y confianza negocial (*Treu und Glauben*, § 242 del BGB), es considerada por algunos la “regla reina” o la norma por excelencia del derecho de obligaciones.

Al respecto, MIQUEL GONZÁLEZ, *Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho*, *ob. cit.*, p. 300 ss; WIEACKER, *El principio general de buena fe*, *ob. cit.*; y DI MAJO, Adolfo, “*Clausole generali e diritto delle obbligazioni*”, *Rivista critica del diritto privato*, 1984, p. 539-78.

En el derecho moderno, la importancia de la buena fe abarca todo el ciclo de la contratación: en los tratos preliminares o formación del negocio (*in contrahendo*), en su interpretación o integración o complementación (*Ergänzungsfunktion*), así como en el cumplimiento o realización del contrato (*in executivis*).

Al respecto, LUNA SERRANO, *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*, *ob. cit.*, p. 62.

Según ENGISCH, las cláusulas generales, a diferencia de los conceptos jurídicos indeterminados, son normas necesitadas de integración valorativa (concreción normativa).¹⁹²²

A diferencia de las reglas, provistas de un núcleo de significado seguro (*Bedeutungskern*), las cláusulas generales recurren al significado variable de las formulaciones legales abiertas e indeterminadas.¹⁹²³

93. bis 3. Conclusiones sobre la distinción entre reglas y principios.¹⁹²⁴

De esta manera, los siguientes son los rasgos distintivos de las reglas y los principios:

1º Los principios, en primer lugar, establecen la realización de un fin jurídicamente relevante, es decir, un estado ideal de cosas por realizar, aportando así razones para la existencia de deberes, permisos o prohibiciones, en tanto que las reglas prescriben de manera directa un comportamiento para alcanzar un determinado fin.¹⁹²⁵

2º De acuerdo con un segundo criterio, la interpretación y aplicación de los principios exige una correlación entre el estado de cosas puesto como fin y la conducta exigida como necesaria para lograr dicho estado de cosas, en tanto que la interpretación y aplicación de las reglas exige una correspondencia entre los hechos y la norma señalada en ellas con la finalidad que les da soporte.¹⁹²⁶

¹⁹²² ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, ob. cit., p. 190 ss; e *Id.*, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, passim.

¹⁹²³ Sobre el núcleo semántico básico de las normas jurídicas, v. VELLUZI, *Osservazioni sulla semántica delle clausole generali*, ob. cit., p. 1-19.

¹⁹²⁴ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho, Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 2007, p. 19; *Id.*, "Sobre principios y reglas", *Doxa*, 1991, p. 101-19; GUASTINI, Riccardo, «*Sui principi del diritto*», en BASCIU, Maurizio (dir.), *Soggetto e principi generali del diritto (Atti del XV Congresso nazionale, Pisa-Viareggio, 16-18 maggio 1985)*, Milán, Giuffrè, 1987, p. 76 ss; y LIBERTINI, Mario, "Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato, Una proposta di distinzione", *Rivista critica del diritto privato*, 2011, p. 345.

Desde el punto de vista de la filosofía y la teoría del derecho, v., respectivamente, DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del derecho* (Clemente DE DIEGO, trad.), Barcelona, Bosch, 1991; y RODRÍGUEZ CALERO, Juan Manuel, *Principios del derecho y razonamiento jurídico*, Madrid, Dikinson, 2004.

Desde el punto de vista constitucional, v. ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín, *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Madrid, Civitas, 1990. Sobre la distinción entre reglas y principios, v. también el número monográfico de la revista *Ars Interpretandi*, Anuario de ermeneutica giuridica, núm. 10, 2005; y ÁVILA, *Teoría de los principios*, ob. cit., p. 5-82.

Este último autor mantiene la distinción entre reglas y principios, pero estructurada bajo fundamentos distintos de los empleados normalmente por la doctrina, especialmente por DWORKIN y ALEXY. En efecto, la teoría tradicional de los principios, según varios criterios y puntos de vista, caracteriza a esta especie normativa con rasgos distintos de los que caracterizan a las reglas.

De esta manera, según un criterio hipotético-condicional, las reglas poseen un supuesto de hecho y una condición que predeterminan la decisión, en tanto que los principios sólo indican el fundamento a partir del cual el aplicador debe hallar la regla aplicable al caso concreto (ÁVILA, *Teoría de los principios*, ob. cit., p. 5-82).

¹⁹²⁵ ÁVILA, *Teoría de los principios*, ob. cit., p. 5-82.

3º Finalmente, las reglas se distinguen de los principios por ser preliminarmente decisivas y abarcadoras, es decir, aspiran a comprender todos los aspectos relevantes para la decisión, en tanto que los principios son primariamente complementarios y preliminarmente parciales, es decir, sólo comprenden parte de los aspectos relevantes para la decisión y no tienen la pretensión de generar una solución específica, sino de aportar directrices valorativas para la toma de la decisión.¹⁹²⁷

93. bis 3. 1. Subsunción y ponderación.

En todos los supuestos de formulaciones legales indeterminadas y abiertas (principios en sentido estricto (p), cláusulas generales, standards y conceptos jurídicos indeterminados), elípticamente englobados bajo el concepto de principios en sentido lato (P), el legislador, desviándose de la técnica jurídica habitual por casos y supuestos de hecho específicos, y remitiendo a un criterio general y abstracto, deja de precisar o determinar el contenido de la norma con el propósito de que el mismo sea fijado o especificado al momento de su aplicación judicial al caso concreto.¹⁹²⁸

En otras palabras, el legislador, mediante el uso creciente de las formulaciones legales abiertas, y su inmanente indeterminación semántica,¹⁹²⁹ reenvía a estándares sociales de valoración que el juez, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, debe traducir y concretar.¹⁹³⁰

¹⁹²⁶ ÁVILA, *ob. cit.*, p. 5-82.

¹⁹²⁷ Al respecto, véase la recensión bibliográfica de la *Teoría de los principios* de ÁVILA, hecha por SUÁREZ-RODRÍGUEZ, José Julián, en *Dikaion*, Universidad de la Sabana, Colombia, año 25, vol. 20, núm. 2 (June-Dec. 2011), p. 367-70.

¹⁹²⁸ CAMARDI, *Istituzioni di diritto privato contemporáneo*, *ob. cit.*, p. 29; y RODOTÀ, *Le clausole generali*, *ob. cit.*, p. 392.

¹⁹²⁹ MIQUEL GONZÁLEZ, *Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho*, *ob. cit.*, p. 312.

¹⁹³⁰ Sobre esta remisión o “fuga” (*Flucht*) del legislador a estándares sociales de valoración que el juez debe traducir y concretar según las peculiaridades del caso, v. DIEDERICHSEN, Uwe, *Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung in Zivilrecht*, Kalsruhe, Müller, 1974. v. también, ROPPO, Vincenzo, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, Monduzzi, 2001, p. 29; y ALPA, Guido, *Istituzioni di diritto privato*, Turín, Utet, 2001, para quien las cláusulas generales o los conceptos jurídicos indeterminados suponen formulaciones generales o inespecíficas cuyos contenidos pueden ser precisados cada vez por el juez según la evolución de las costumbres y el sentir ciudadano (p. 61).

“La fuga hacia las cláusulas generales” (*Die Flucht in die Generalklausen*), es una expresión debida al gran civilista alemán, catedrático de la Universidad de Berlín, Justus Wilhelm HEDEMANN: *Die Flucht in die Generalklausen (Eine Gefahr für Recht und Staat)*, Tübinga, Mohr, 1993.

El subtítulo de esta obra (*Eine Gefahr für Recht und Staat*=Un peligro para el derecho y el Estado), refleja la prevención y el rechazo que la doctrina jurídica de la época sentía hacia las formulaciones normativas abiertas e indeterminadas, concretamente hacia los principios y cláusulas generales, ante el peligro de su utilización política. Recuérdese que HEDEMANN publicó su obra precisamente en el año en el que el nacional-socialismo ascendió al poder en Alemania (1933).

v. PEDRINI, Federico, *Le “clausole generali”, Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, Bononia University Press, 2013, p. 59; y RESCIGNO, *Manuale del diritto civile italiano*, *ob. cit.*, p. 29. Tal riesgo de utilización política, según este autor, ocurrió en Alemania, en los años treinta, cuando la llamada “fuga de las cláusulas generales” acabó por favorecer la disponibilidad y luego la conversión de la justicia alemana hacia el nazismo.

Al respecto, v. la bibliografía indicada por LUNA SERRANO, *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*, *ob. cit.*, p. 72-3.

Con independencia del grado más o menos amplio de indeterminación, lo esencial de este tipo de normas es que ellas mismas se encuentran necesitadas de concreción,¹⁹³¹ o de una integración valorativa,¹⁹³² es decir, no llevan a cabo la calificación jurídica del hecho, sino que deleguen esta función al juez o, en general, al intérprete, al cual se le confía la creación de la “regla del caso”.¹⁹³³

En la aplicación de este tipo de normas, el juez lleva a cabo una actividad de concreción para adecuarla a un determinado contexto histórico-social, o a determinadas situaciones concretas no exactamente especificables *a priori*.¹⁹³⁴

1º El criterio del conflicto normativo indica que mientras la colisión entre reglas se resuelve mediante la declaración de invalidez de una de ellas, la colisión entre principios es resuelta mediante un proceso de ponderación en el que se adjudica un determinado peso a cada uno de ellos, bien para el caso concreto, bien en abstracto.¹⁹³⁵

Los anteriores criterios configuran la caracterización de los principios como tipos o especies normativas cargadas de un componente axiológico que, por no señalar una conducta determinada, no pueden, como las reglas, ser aplicadas de manera absoluta, sino de modo gradual y que, conviviendo en el ordenamiento jurídico, se

¹⁹³¹ ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, ob. cit., p. 199; e *ID.*, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, *passim*.

¹⁹³² En este sentido se dice que los principios (P) son trascendentes axiológicamente, pues indican los valores a los que las demás normas del ordenamiento se remiten y que los jueces han de concretar, desarrollar o perfeccionar (*Fortbildung*).

Al respecto, PATTARO, Enrico, «*Aspetti etici nel concetto di standard giuridico*», en MODUGNO, Franco, *Esperienze giuridiche del '900*, Milán, Giuffrè, 2000, p. 155 ss.

¹⁹³³ Sobre el concepto de norma o regla del caso, v. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, ob. cit.; y LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, ob. cit., 485 ss. v. también, ALPA, Guido, *Le formule aperte*, en ALPA, Guido (dir.), *I precedenti, La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, I, Turín, Utet, 2000, p. 103 ss, quien utiliza la expresión “regla del caso” para referirse a la norma adscrita resultante del proceso de concreción judicial.

En efecto, los principios en sentido amplio (P), permiten al juez hallar la norma para decidir un caso no disciplinado por la ley, ya sea por olvido del legislador, ya porque se trate de un supuesto nuevo.

Al respecto, PATTI, *Principi, clausole generali, norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, ob. cit., p. 164.

¹⁹³⁴ Estas normas abiertas e indeterminadas (o principios en sentido amplio, P), son de gran utilidad como técnica legislativa complementaria de las reglas, pues permiten al ordenamiento adecuarse a la progresiva evolución de la realidad social, confiando al juez un amplio poder de concreción del contenido prescriptivo de las normas jurídicas (BIANCA, Cesare Massimo y PATTI, Salvatore, *Lezioni di diritto civile*, Milán, Giuffrè, 2002, p. 125).

Los principios en sentido amplio (P), cumplen el papel de realizar la progresiva adaptación del derecho a las exigencias de una realidad en continua mutación (LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato*, ob. cit., p. 346).

¹⁹³⁵ ÁVILA, *Teoría de los principios*, ob. cit., p. 5-82.

pueden imponer unos a otros en los casos concretos según el peso relativo adjudicado a cada uno de ellos mediante su ponderación.¹⁹³⁶

En efecto, las reglas se aplican mediante subsunción pues contienen mandatos definitivos: cuando ocurre la conducta que las reglas prevén, debe hacerse lo que ellas han prescrito, ni más ni menos.¹⁹³⁷

En otras palabras, para imputar la consecuencia jurídica, la conducta ha de subsumirse exactamente en el supuesto de hecho de la regla pertinente.¹⁹³⁸ Por el contrario, si las condiciones previstas en el supuesto de hecho de la regla no se presentan, ésta no debe aplicarse.¹⁹³⁹

2º En cambio, la forma como se aplican los principios es la ponderación (*Abwägung*).¹⁹⁴⁰

Los principios no contienen mandatos definitivos, sino mandatos de optimización: ellos ordenan ser realizados en la mayor medida posible, según las posibilidades fácticas y jurídicas o de las razones que juegan en sentido contrario.¹⁹⁴¹

En la ponderación se tienen en cuenta las razones fácticas y jurídicas que juegan en contra con el fin de determinar en qué medida es fáctica y jurídicamente posible realizar un principio.¹⁹⁴²

¹⁹³⁶ Según ÁVILA, si bien estas características son atribuibles a los principios, constituyen aspectos contingentes y, como tales, insuficientes a la hora de elaborar una teoría de los mismos. Tanto las reglas como los principios, en efecto, deben aplicarse de modo que su contenido se realice totalmente, y no sólo de manera gradual.

Por otra parte, tanto las reglas como los principios requieren de un proceso de ponderación al ser aplicados a un caso concreto. Quizás los principios en un grado mayor por su propia estructura y por la forma indeterminada como suelen estar formulados (ÁVILA, *Teoría de los principios*, ob. cit., p. 5-82).

Sin embargo, a la hora de aplicar una regla a un caso concreto el aplicador realiza un juicio de adecuación y puede inaplicar la consecuencia aún cuando se realice el supuesto de hecho en la medida en que haya razones que le permitan concluir que su aplicación al caso concreto contraría la finalidad de la norma. Este elemento teleológico introduce un elemento axiológico en las reglas que la doctrina tradicional atribuye exclusivamente a los principios.

De esta manera, la única diferencia entre reglas y principios, consiste, según ÁVILA, en que las primeras describen y ordenan las conductas directamente, en tanto que los principios se limitan tan solo a establecer los fines normativamente relevantes que, para ser realizados, han de concretarse en las conductas idóneas y necesarias para promover el fin (ÁVILA, *Teoría de los principios*, ob. cit., p. 5-82).

¹⁹³⁷ DWORKIN, *Los derechos en serio*, ob. cit., p. 16. Sobre la teoría de los principios en la obra de DWORKIN, v., PINTORE, Anna, *Norme e principi, Una critica a Dworkin*, Milán, 1982; PASTORE, Baldassare, *I principi ritrovati, Saggio su Ronald Dworkin*, Palermo, 1985; SCHIAVELLO, Aldo, "Riflessioni sulla distinzione rules/principles nell'opera di Ronald Dworkin", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1995, p. 159 ss; COMANDUCCI, Paolo, «Su Dworkin», en COMANDUCCI, Paolo/GUASTINI, Riccardo (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, Turín, 1989, p. 356 ss; y ZAGREBELSKY, Gustavo, "Diritto per valori, principi e regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)", *Quaderni fiorentini*, 2002, p. 865 ss.

¹⁹³⁸ Sobre las diferencias entre subsunción y ponderación, v. ALEXU, Robert, "On Balancing and Subsumption", *Ratio Iuris*, 4, 2003, p. 433.

¹⁹³⁹ ALEXU, *On Balancing and Subsumption*, ob. cit., p. 433; y LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato, Una proposta di distinzione*, ob. cit., p. 349.

¹⁹⁴⁰ BIN, *Diritti e argomenti, Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, ob. cit., p. 9-10.

¹⁹⁴¹ ALEXU, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 88; e *Id.*, "The Structure of legal Principles", *Ratio Iuris*, 13, n. 3, 2000, p. 294 ss.

93. bis 3. 2. La esencial equivalencia entre principios y cláusulas generales.¹⁹⁴³

La doctrina y la jurisprudencia suelen mezclar y superponer promiscuamente tanto principios como cláusulas generales, reservando a ésta última categoría, al igual que a los conceptos jurídicos indeterminados,¹⁹⁴⁴ una latitud normativa que crece o disminuye según su funcionalidad en orden a reprimir los abusos recurrentes en el mercado.¹⁹⁴⁵

Sin embargo, tanto los principios como las cláusulas generales, además de su idéntica estructura normativa, caracterizada por su formulación mediante expresiones lingüísticas indeterminadas (con un supuesto de hecho que describe de forma general un ámbito de casos cuya especificación remite a su valoración jurídica), se equiparan por el siguiente rasgo esencial: como normas abstractas, propias de una técnica legislativa distinta de la construcción de normas casuísticas (reglas),¹⁹⁴⁶ ambas categorías requieren de un proceso previo de concreción o especificación normativa para ser aplicadas al caso particular y concreto.¹⁹⁴⁷

¹⁹⁴² ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 88; y BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 574. Salvo lo que más adelante se dirá respecto de la equivalencia esencial entre principios y cláusulas generales, sobre la concreción de este tipo de normas y sus diferentes métodos, v. ROTHEL, *Normkonkretisierung in Privatrecht*, ob. cit.; *Id.*, *Die Konkretisierung von Generalklausen*, ob. cit.; y SCHMIDT, *Konkretisierung von Generalklausen im Europäischen Privatrecht*, ob. cit.

¹⁹⁴³ LUZZATI, Claudio, «*Clausole Generali e principi, Oltre la prospettiva civilistica*», en D'AMICO (dir.), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, ob. cit., p. 15 ss; y LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato, Una proposta di distinzione*, ob. cit., p. 349 ss.

v. también, FEMIA, Pasquale, «*Tre livelli di (in) distinzione tra principi e clausole generali*», en PERLINGIERI, Giovanni y D'AMBROGIO, Marcelo (dirs.), *Fonti, metodo e interpretazione (Primo incontro dell'Associazione di Dottorati in Diritto Privato), 10-11 novembre 2016*, Nápoles, Esi, 2017; y DEL PRATO, Enrico, «*I principi nell'esperienza civilistica, una panoramica*», *Rivista italiana di scienze giuridiche*, 2014, p. 265 ss.

¹⁹⁴⁴ IRTI, Natalino (dir.), *La polemica sui concetti giuridici*, Milán, Giuffrè, 2004.

¹⁹⁴⁵ Al respecto, v. MAZZAMUTO, Salvatore y NIVARRA, Luca (dirs.), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Turín, Giappichelli, 2017, en especial el trabajo de PAGLIANTINI, Stefano, *Principio di effettività e clausole generali: il canone "armonizzante" della Corte di Giustizia (in particolare nei rapporti B2C)*, p. 81 ss.

A cláusulas generales como orden público, buenas costumbres o buena fe se atribuye también una función "mediatoria" para la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares (*Drittwirkung*). Las cláusulas generales constituyen el vehículo o el medio a través del cual se da aplicación a los principios generales, a los derechos fundamentales y demás valores constitucionales.

Al respecto, CASTRONOVO, Carlo, *Eclissi del diritto civile*, Milán, Giuffrè, 2015, p. 37.

¹⁹⁴⁶ La casuística está siempre expuesta al peligro de abarcar una materia jurídica sólo de manera fragmentaria y provisional, lo que obliga al legislador a recurrir deliberadamente a normas indeterminadas que, gracias a su gran generalidad, someten un mayor número de relaciones de carácter concreto a una consecuencia jurídica que las agote.

Al respecto, VELLUZZI, *Le Clausole generali, Semantica e politica del diritto, passim*; y ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, ob. cit., p. 192 ss.

¹⁹⁴⁷ ENGISCH, ob. cit., p. 192 ss; y WRÓBLEWSKI, Jerzy, «*Les standards juridiques: problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit*», *Droit prospectif, Revue de la recherche juridique*, 3, 1988, p. 866 ss. Véase también, GARCÍA SALGADO, María José, «*Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean*», *Anuario de filosofía del derecho*, t. xx, 2003, p.105-29.

Ambas categorías, en efecto, se caracterizan por su peculiar forma de aplicación a los casos concretos, que requieren del juez o, en general, del aplicador jurídico, un proceso previo de especificación o concreción normativa.¹⁹⁴⁸

1º Como hemos visto, una norma será una regla o un principio en función de la manera como ha de ser aplicada (subsunción o ponderación). La aplicación de los principios en sentido amplio (P) [principios en sentido estricto (p) y cláusulas generales], se realiza mediante un proceso de ponderación en el que se adjudica un determinado peso a cada uno de ellos, bien para el caso concreto, bien en abstracto.

El anterior criterio configura la caracterización de los principios en sentido estricto y a las cláusulas generales como tipos o especies normativas cargadas de un componente axiológico que, por no señalar una conducta determinada, no pueden, como las reglas, ser aplicadas de manera absoluta, sino de modo gradual y que, conviviendo en el ordenamiento jurídico, se pueden imponer unos a otros en los casos concretos según el peso relativo adjudicado a cada uno de ellos mediante su ponderación.

En otras palabras, los principios en sentido amplio (P) no contienen mandatos definitivos, sino mandatos de optimización, como quiera que ellos ordenan ser realizados en la mayor medida posible, según las posibilidades fácticas y jurídicas, o de las razones que juegan en sentido contrario.

2º Entre los principios en sentido estricto (p) y las cláusulas generales, como categorías normativas que integran los principios en sentido amplio (P), no existen diferencias esenciales, sino de grado o formales, como quiera que, además de su generalidad, indeterminación y vaguedad normativas, estos tipos de normas se caracterizan por su peculiar forma de aplicación a los casos concretos, que irremisiblemente exige un proceso previo de especificación o concreción normativa, llamado en términos generales “ponderación” (*Abwägung/balancing*).¹⁹⁴⁹

¹⁹⁴⁸ PERLINGIERI, Pietro y FEMIA, Pasquale, «*Principi e clausole generali*», en PERLINGIERI, Pietro, *Manuale di diritto civile*, Nápoles, Esi, 2021, p. 17 ss.

¹⁹⁴⁹ La identificación de un principio en sentido amplio (P), bien se trate un principio en sentido estricto (p), ora una cláusula general, no consiste en el grado más o menos notable de indeterminación normativa, sino más bien en que la norma presente una estructura abierta, en el sentido de que no lleve a cabo ella misma la calificación jurídica del hecho, sino que delegue esta tarea de integración valorativa en el intérprete (juez), a quien se confía, en definitiva, crear la regla del caso.

Al respecto, LUNA SERRANO, *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*, ob. cit., p. 31, con cita de D'AMICO, *Note in tema di clausole generali* (nota 70).

Según este último autor, las cláusulas generales evocan un valor o, más precisamente, una valoración cuya concreción, o atribución de significado normativo, deja el legislador en manos del intérprete (D'AMICO, Giovanni, «*Clausole generali e controllo del giudice*», *Giurisprudenza italiana*, 2011, p. 1711).

El juez lleva a cabo una actividad de interpretación jurídica, concretando la parte de la norma que el legislador ha querido formular de manera indeterminada, con el fin de adecuarla a un determinado contexto histórico-social, o a determinadas situaciones no exactamente especificables *a priori*.

Al respecto, LUNA SERRANO, *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*, ob. cit., p. 32; y PATTI, Salvatore, «*Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*», en RESCIGNO, Pietro y PATTI,

Las cláusulas generales, al igual que los principios en sentido estricto (p), son normas necesitadas, como afirma ENGISCH, de concreción normativa.¹⁹⁵⁰ Con independencia del grado más o menos amplio de indeterminación, lo esencial de este tipo de normas es que ellas mismas no llevan a cabo la calificación jurídica del hecho, sino que delegan esta función al juez o, en general, al intérprete, al cual se le confía la creación de la “regla del caso”.¹⁹⁵¹

Tanto en los principios en sentido estricto (p), como en las cláusulas generales, el legislador, desviándose de la técnica jurídica habitual por casos y supuestos de hecho específicos, y remitiendo a un criterio general y abstracto, deja de precisar o determinar el contenido de la norma con el propósito de que el mismo sea fijado o especificado al momento de su aplicación judicial al caso concreto.¹⁹⁵²

3º El rasgo esencial de la prohibición de abuso, con independencia de que se le considere un principio en sentido estricto (p) , como se hace en este trabajo, o una cláusula general, como por unanimidad lo considera la doctrina española, es que su aplicación a los casos de abusividad contractual requiere irremisiblemente un proceso previo de concreción o especificación normativa que, como veremos más adelante, culmina con la producción de una norma de abusividad adscrita.¹⁹⁵³

Salvatore (dirs.), *La genesi della sentenza*, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 179 ss; e *Id.*, *Ragionevolezza e clausole generali*, *ob. cit.*, p. 34 ss.

¹⁹⁵⁰ ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, *ob. cit.*, p. 199; así como la autorizada definición de D’AMICO, para quien las normas indeterminadas y abiertas, o principios en sentido amplio (P), como preferimos llamarlas en este trabajo, constituyen conceptos necesitados de una integración valorativa: como quiera que se trata de términos y expresiones imprecisas e indeterminadas, la atribución de su significado normativo, esto es, lo que ellas prescriben en el caso concreto, implican una valoración, una apreciación o el establecimiento de un juicio de valor (D’AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, *ob. cit.*, p. 1704).

¹⁹⁵¹ ALPA, *La formule aperte*, *ob. cit.*, p. 103 ss.

¹⁹⁵² ROVELLI, Luigi, «*Principi, clausole generali, concetti indeterminati nell’applicazione giurisprudenziale*», en D’AMICO, Giovanni (dir.), *Principi e clausole generali nell’evoluzioni del ordinamento giuridico*, Milán, Giuffrè, 2017, p. 1 ss.

¹⁹⁵³ v. *infra* 129.

CAPÍTULO XVII

NORMAS DE ABUSIVIDAD DIRECTA E INDIRECTAMENTE ESTATUIDAS

94. Normas de abusividad directamente estatuidas.

94.1. La prohibición general de abuso.

El artículo 42 EC establece de manera directa tanto una prohibición de abuso como un mandato de ponderación, normas que expresan el significado prescriptivo de la mencionada disposición legal.¹⁹⁵⁴

Las expresiones descriptivas o valorativas contenidas en el artículo 42 EC, en efecto, son traducidos en términos prescriptivos o normativos por la mencionada prohibición de abuso y el mandato de ponderación.¹⁹⁵⁵

De esta manera, entre la mencionada disposición legal y la prohibición de abuso y el mandato de ponderación existe una relación estrecha como quiera que lo que aquella disposición expresa se traduce inmediatamente en lo que las normas de abusividad directamente estatuidas ordenan, prohíben o permiten.¹⁹⁵⁶

El legislador colombiano, siguiendo al español y al comunitario europeo, estableció una norma general (la prohibición de abuso del artículo 42 EC), que define a las cláusulas abusivas en torno a un concepto genérico e indeterminado: el desequilibrio injustificado, cuya definición exige la valoración circunstanciada de las condiciones particulares del contrato (juicio de abusividad).¹⁹⁵⁷

Con esta fórmula abierta se busca dar cabida a una multiplicidad de hipótesis o de enunciados normativos que se irían precisando a través de la práctica judicial.¹⁹⁵⁸

El supuesto de hecho de la prohibición de abuso, en efecto, sólo proporciona una directriz general para la búsqueda de la norma de decisión del caso concreto, lo que exige que su elemento principal (el concepto de desequilibrio injustificado) sea

¹⁹⁵⁴ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss; *Id.*, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁹⁵⁵ RÜTHERS, *Teoría*, ob. cit., p. 76 ss. Son cláusulas abusivas, establece el artículo 42 EC en modo indicativo, "aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor", para establecer lo cual, "serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza".

¹⁹⁵⁶ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 88; y HOHFELD, Wesley Newcomb, *Conceptos jurídicos fundamentales (Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and other Legal Essays*, COOK, W.W., ed., New Haven, 1923, trad. española de Genaro CARRIÓ), México, Fontamara, 1997, p. 16-59.

¹⁹⁵⁷ El carácter abusivo de una cláusula o condición se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes al momento de su celebración, así como las demás cláusulas del contrato en examen o de los otros del que este dependa, lo que permite ajustar el control de contenido que supone el juicio de abusividad a las circunstancias de cada caso concreto.

Al respecto, PERTIÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1635-6.

¹⁹⁵⁸ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

interpretado elástica y flexiblemente de manera que el juez pueda formular las diferentes normas de decisión en que se iría concretando la cláusula general.¹⁹⁵⁹

En otras palabras, el legislador colombiano ha enunciado de manera abierta e indeterminada el concepto de desequilibrio injustificado como elemento característico de la prohibición de abuso, conforme al cual el juzgador tendrá que valorar el carácter abusivo de cada cláusula o condición concreta.¹⁹⁶⁰

94.1.1. La consecuencia jurídica de la prohibición de abuso.

Establecida la existencia de un desequilibrio injustificado, el juez ha de definir la forma como se debe reparar la ilicitud que supone la cláusula abusiva (etapa reparativa del juicio de abusividad), bien mediante su expulsión del contenido del contrato, bien mediante la declaratoria de su nulidad y la consecuencial reparación de los daños causados al adherente, según las siguientes reglas:¹⁹⁶¹

1º En el caso de los contratos de adhesión la ley establece la nulidad parcial de estos como sanción por contener cláusulas abusivas (arts. 3º, num. 1.6; 44 y 47 EC), modalidad especial de ineficacia mediante la cual se sancionan las infracciones a normas imperativas contenidas en las leyes especiales de protección de consumidores, entendiéndose que las cláusulas nulas han de ser sustituidas por las legales, sin que haya de atenderse a la voluntad hipotética de los contratantes para mantener en vida el contrato rectificado.¹⁹⁶²

2º Sólo en caso de producirse una situación no equitativa de las posiciones de las partes, habrá lugar a la nulidad total del contrato.¹⁹⁶³

3º Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas en el contrato.¹⁹⁶⁴

¹⁹⁵⁹ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁹⁶⁰ El "desequilibrio significativo" entre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato (art. L. 132-1 del *Code de la consommation*), es la "piedra angular" sobre la que reposa todo el arsenal de lucha contra las cláusulas abusivas (PEGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive*, *ob. cit.*, p. 229); y el criterio que guía al intérprete en la apreciación del carácter abusivo de una cláusula (SAUPHANOR, Natacha, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, París, LGDJ, 2000, t. 326, nº 416-22).

El desequilibrio significativo pertenece a la categoría de los estándares o principios jurídicos (PEGLION-ZIKA, *ob. cit.*, p. 231). Sobre el concepto de estándar o principio como tipo de norma jurídica al lado de las reglas, v. POUND, Roscoe, *The administrative application of legal standard*, *Reports of American bar association*, t. XLIV, 1919, p. 12; RIALS, Stephane, *Le juge administratif français et la technique du standard*, *Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, París, LGDJ, t. 135, 1980; y MAURY, Jacques, «*Observations sur les modes d'expression du droit: règles et directives*», en *Etudes Lambert*, París, Sirey/LGDJ, t. I, 1938, p. 431.

¹⁹⁶¹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 106 ss; *Id.*, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁹⁶² CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁹⁶³ *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁹⁶⁴ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

4º La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo al principio de buena fe.¹⁹⁶⁵

5º El juez que declare la nulidad dispondrá de facultades moderadoras respecto de las obligaciones y derechos de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario.¹⁹⁶⁶

6º Respecto de la revocación a instancia del consumidor (derecho de desistimiento o *ius poenitendi*), aquel podrá revocar su declaración de voluntad, sin necesidad de alegar causa alguna, dentro del plazo establecido por la ley, el cual es irrenunciable.¹⁹⁶⁷

El ejercicio de esta facultad excepcional no está sujeto a forma y se configura en la ley española como una causa de anulabilidad con un régimen especial.¹⁹⁶⁸

Las partes deberán, en consecuencia, restituirse recíprocamente las prestaciones y el consumidor no reembolsará cantidad alguna por disminución del valor de la cosa por su uso normal, debiéndosele reembolsar los gastos necesarios y útiles.¹⁹⁶⁹

94.1.2. La estructura “principal” de la prohibición de abuso.

Además de su carácter abstracto e indeterminado, por la forma de su aplicación judicial la prohibición de abuso es una norma con estructura de principio¹⁹⁷⁰, pues ordena que su objeto normativo se realice en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas (mandato de optimización).¹⁹⁷¹

El mayor o menor grado de cumplimiento de la prohibición de abuso dependerá del peso de las razones que jueguen a favor o en contra de la realización de ese principio o de los demás principios con los que puede entrar en conflicto, como puede ser la libertad contractual del predisponente y su facultad para definir el contenido del contrato.¹⁹⁷²

¹⁹⁶⁵ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁹⁶⁶ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36

¹⁹⁶⁷ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁹⁶⁸ *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁹⁶⁹ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español*, *ob. cit.*, t. III, p. 808-9.

¹⁹⁷⁰ LUZZATI, Claudio, *Principi e princìpi: la genericità nel diritto*, Turín, Giapichelli, 2012.

¹⁹⁷¹ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 88; y SIECKMANN, Jan-Reinard, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990.

¹⁹⁷² CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

El carácter de principio de la prohibición de abuso exige ponderar o sopesar tales las razones, cuyo resultado será la norma adscrita que expresa la relación de precedencia condicionada de los principios en colisión.¹⁹⁷³

La prohibición de abuso no prescribe de manera definitiva la conducta prohibida o permitida al predisponente, ni establece criterios que permitan al juez definir si la cláusula o condición que produce el desequilibrio del contrato es o no abusiva.¹⁹⁷⁴

Para establecer el contenido prescriptivo de dicha norma, el juez ha de sopesar las razones fácticas o jurídicas que juegan a favor o en contra de su realización o a favor o en contra de la realización de los principios con los que entra en colisión.¹⁹⁷⁵

94.1.3. La validez *prima facie* de la prohibición de abuso.

De acuerdo con el artículo 42 EC, los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho (prohibición de abuso).¹⁹⁷⁶

El mismo artículo 42 EC define las cláusulas abusivas como aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos.¹⁹⁷⁷

La mencionada disposición señala también que para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza (mandato de ponderación).¹⁹⁷⁸

Según lo anterior, la prohibición de abuso no veda o proscrib, como cláusula abusiva, cualquier desequilibrio que el predisponente haya impuesto en perjuicio del consumidor, sino aquellos desequilibrios contractuales que sean injustificados teniendo en cuenta las condiciones particulares de la transacción particular que se examina.¹⁹⁷⁹

¹⁹⁷³ Las reglas son normas que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible y que sólo pueden ser cumplidas o no. Los principios, en cambio, son mandatos de optimización (*Optimierungsgebot*) que pueden ser cumplidos en diversos grados y que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas.

¹⁹⁷⁴ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss; *Id.*, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁹⁷⁵ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

¹⁹⁷⁶ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 88; y CRIADO-CASTILLA, *El principio*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁹⁷⁷ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

¹⁹⁷⁸ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 88; y CRIADO-CASTILLA, *El principio*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁹⁷⁹ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

La prohibición de abuso, en otras palabras, ostenta una validez *prima facie*, no una validez definitiva, lo que significa que no prohíbe de manera absoluta o categórica, de ahora para siempre, cualquier desequilibrio que afecte, en perjuicio del consumidor, los derechos y deberes derivados del contrato, sino aquellos desequilibrios injustificados que carezcan de las razones que de manera suficiente puedan jurídicamente fundamentarlos.¹⁹⁸⁰

94.1.4. La indeterminación normativa de la prohibición de abuso.¹⁹⁸¹

La prohibición de abuso se caracteriza por su elevado grado de indeterminación normativa.¹⁹⁸²

Con independencia de su elevado nivel de abstracción y generalidad, y de la alusión que hace al “desequilibrio injustificado del contrato”, concepto de por sí bastante indeterminado e impreciso, el texto del artículo 42 EC sólo permite deducir la prohibición de abuso como norma directamente estatuida por dicha disposición, pero no las demás normas que de manera indirecta le pueden ser adscritas, las cuales resultan no sólo de lo expresado en su texto sino de otras premisas que lo complementan en su interpretación.¹⁹⁸³

Tal indeterminación es, además, estructural, que es el mayor grado de indeterminación normativa, como quiera que sus respectivos enunciados no ofrecen criterios que permitan deducir los presupuestos lógicos de su aplicación, en especial el concepto de desequilibrio injustificado.¹⁹⁸⁴

94.1.5. Los problemas metodológicos que comporta la aplicación de la prohibición de abuso.

El problema central que plantea la aplicación de la prohibición de abuso es el alto grado de apertura e indeterminación que caracteriza a esta norma, lo que impide al juez deducir directamente del artículo 42 EC los presupuestos lógicos de su aplicación.¹⁹⁸⁵

¹⁹⁸⁰ *ob. cit.*, p. 4

¹⁹⁸¹ COMANDUCCI, Paolo, “*Principios jurídicos en indeterminación del derecho*”, *Doxa*, 21, 1998, p. 89 ss; y ENDICOTT, *La vaguedad en el derecho*, *ob. cit.*, p. 21 ss.

¹⁹⁸² Sobre la “textura abierta” de las normas iusfundamentales, las “fórmulas lapidarias” y las disposiciones de principios carentes, en sí mismas, de “univocidad de contenido”, v. ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 5-8.

¹⁹⁸³ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 88; y CRIADO-CASTILLA, *El principio*, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁹⁸⁴ En cuanto expresión lingüística, cualquier texto es necesariamente indeterminado, incluso los correspondientes a los lenguajes contruidos artificialmente, como el derecho, por lo que es imposible una técnica normativa casuística capaz de prever todos los casos posibles mediante conceptos completamente determinados y unívocos.

Al respecto, LUZZATI, Claudio, *La vaghezza delle norme, Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milán, Giuffrè, 1990, p. 4-5; y LOMBARDI VALLAURI, *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, *ob. cit.*, p. 25 ss.

¹⁹⁸⁵ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 88; y CRIADO-CASTILLA, *El principio*, *ob. cit.*, p. 4-36.

La prohibición de abuso, en efecto, no proporciona criterios o elementos de juicio suficientes de los cuales se pueda inferir la existencia de un desequilibrio en los derechos y obligaciones derivados del contrato, ni tampoco la suficiencia de las razones que puedan justificar tal desequilibrio, lo que hace que el juez deba emprender, en los casos en que tenga que definir la abusividad de una cláusula o condición, un proceso de concreción normativa mediante el cual se defina lo que al predisponente esté prohibido, ordenado o permitido desde el punto de vista de la prohibición de abuso.¹⁹⁸⁶

Lo anterior plantea también la cuestión de saber con fundamento en qué criterios pueden los órganos estatales definir la suficiencia de las razones que justifican un desequilibrio del contrato, y si tal definición ofrece garantías de racionalidad u objetividad jurídicas, problema que ha llevado a la jurisprudencia y a la doctrina a plantear criterios metodológicos para definir el contenido normativo de la prohibición de abuso en los casos concretos de abusividad contractual.¹⁹⁸⁷

En otras palabras, el artículo 42 EC no proporciona criterios o elementos de juicio de los cuales el juez pueda inferir cuándo existe un desequilibrio del contrato, ni cuándo unas razones concretas son suficientes para justificar tal desequilibrio.¹⁹⁸⁸

La indeterminación normativa del artículo 42 EC hace que el juez, para definir la abusividad de la cláusula en examen, tenga que emprender un proceso de concreción mediante el cual se defina, a partir de las condiciones particulares del contrato, lo que está permitido, prohibido u ordenado al predisponente desde el punto de vista de la prohibición de abuso.¹⁹⁸⁹

Tal especificación o concreción normativa consiste en un proceso de interpretación contractual de carácter teleológico-objetivo, mediante el cual el juez define la existencia de un desequilibrio del contrato, así como la suficiencia de las razones que puedan jurídicamente justificarlo.¹⁹⁹⁰

La etapa discursiva consiste, precisamente, en un proceso de interpretación mediante el cual se define el contenido concreto de la prohibición de abuso frente al desequilibrio que produce la imposición, por parte del predisponente, de la cláusula o condición en examen.¹⁹⁹¹

¹⁹⁸⁶ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁹⁸⁷ BERNAL, *El principio de proporcionalidad, ob. cit.*, p. 88; y CRIADO-CASTILLA, *El principio, ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁹⁸⁸ CRIADO-CASTILLA, *El principio, ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁹⁸⁹ *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁹⁹⁰ BERNAL, *El principio de proporcionalidad, ob. cit.*, p. 88; y CRIADO-CASTILLA, *El principio, ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁹⁹¹ CRIADO-CASTILLA, *El principio, ob. cit.*, p. 4-36.

94.1.6. Criterios metodológicos estructurales de abusividad contractual.

En la etapa discursiva se consideran, como se verá más adelante, las razones que juegan a favor o en contra de la abusividad de la cláusula o condición en examen, ponderación que adelanta el juez con la ayuda de algún criterio de concretización normativa, como los principios de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, razonabilidad o racionalidad.¹⁹⁹²

El resultado de tal ponderación es una norma que sirve de premisa mayor en la fundamentación interna del fallo con que se define la abusividad de la cláusula en cuestión.¹⁹⁹³

Los criterios de precisión o concreción señalados permiten al juez definir el contenido normativo de la prohibición de abuso, o de cada una de las prohibiciones incluidas en la lista de cláusulas abusivas, frente al caso concreto de imposición unilateral de una cláusula o condición determinada.¹⁹⁹⁴

En suma, con la la ayuda de tales criterios el juez define si una cláusula es o no abusiva.

94.2. El mandato de ponderación como norma de abusividad directamente estatuida.

Junto a la prohibición general de abuso, el artículo 42 EC establece también, como norma directamente estatuida por dicha disposición, un mandato de ponderación (proporcionalidad en sentido estricto): “Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza”.¹⁹⁹⁵

De acuerdo con una interpretación que reconoce efectividad a todos los elementos del supuesto de hecho, tanto el desequilibrio injustificado del contrato, como la necesidad de una valoración circunstanciada de todas las condiciones particulares de éste, deben ser entendidos como requisitos independientes y cumulativos para calificar una cláusula o condición como abusiva.¹⁹⁹⁶

Lo anterior significa que el simple desequilibrio de derechos y obligaciones no sería suficiente por sí solo para calificar una cláusula o condición como abusiva, si al mismo tiempo no se encuentra acompañado de una justificación suficiente, bastante y adecuada (desequilibrio injustificado), pues una cláusula bien puede producir un

¹⁹⁹² *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁹⁹³ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 88; y CRIADO-CASTILLA, *El principio*, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁹⁹⁴ CRIADO-CASTILLA, *El principio*, *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁹⁹⁵ *ob. cit.*, p. 4-36.

¹⁹⁹⁶ *ob. cit.*, p. 4-36.

desequilibrio en perjuicio del consumidor y no ser, pese a ello, abusiva por estar plenamente justificado según las condiciones particulares del contrato.¹⁹⁹⁷

Como subprincipio del principio general de proporcionalidad, al lado de los de idoneidad y necesidad, el mandato de ponderación significa que, ante un caso concreto de abusividad contractual, se ha de considerar si las ventajas obtenidas mediante la intervención en el contenido del derecho compensan de alguna forma los sacrificios que la misma supone para su titular.¹⁹⁹⁸

El papel que juega el principio de proporcionalidad en el marco del juicio de abusividad, y las exigencias que supone cada uno de los subprincipios que lo integran, entre ellos el mandato de ponderación, se explica por la consideración de la prohibición de abuso como una norma con carácter de principio, es decir, como un mandato de optimización que exige su máxima realización respecto de las posibilidades fácticas y jurídicas.¹⁹⁹⁹

La máxima realización de la prohibición relación con las posibilidades fácticas fundamenta la existencia de los exámenes de idoneidad y necesidad. La máxima realización de ese mismo principio en relación con las posibilidades jurídicas fundamenta, por su parte, la existencia del examen de proporcionalidad en sentido estricto.²⁰⁰⁰

En otras palabras, mediante el examen de proporcionalidad en sentido estricto el juez define el ámbito de las posibilidades jurídicas de la prohibición de abuso.²⁰⁰¹

En un caso concreto de abusividad contractual, las posibilidades jurídicas de la prohibición de abuso se determinan en función de los principios que juegan en sentido contrario, específicamente el principio que fundamenta la cláusula o condición impuesta por el predisponente (la libertad contractual de éste y su facultad para definir el contenido del contrato).²⁰⁰²

El examen de proporcionalidad en sentido estricto supone entonces una ponderación entre la prohibición de abuso (los derechos y posiciones que dicho principio garantiza a favor de los consumidores), y el principio que fundamenta la cláusula o condición impuesta por el predisponente.²⁰⁰³

¹⁹⁹⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1631.

¹⁹⁹⁸ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 88; y CRIADO-CASTILLA, *El principio*, ob. cit., p. 4-36.

¹⁹⁹⁹ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

²⁰⁰⁰ ob. cit., p. 4-36; y CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 17-20.

²⁰⁰¹ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

²⁰⁰² STÜNER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht*, ob. cit., p. 326.

²⁰⁰³ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

Tal colisión es resuelta por el juez estableciendo una relación de precedencia condicionada entre ambos principios, teniendo en cuenta “las condiciones particulares de la transacción que se analiza”, de conformidad con el mandato de ponderación establecido por el mencionado artículo 42 EC.²⁰⁰⁴

Tales condiciones constituyen el supuesto de hecho de una regla cuya realización apareja la consecuencia jurídica prevista en el principio predominante en la ponderación. Dicha regla es una norma adscrita que se fundamenta a partir de las premisas fácticas y jurídicas que sean relevantes en la etapa discursiva del juicio de abusividad.²⁰⁰⁵

Como hemos dicho, el principio de proporcionalidad es el criterio que permite al juez establecer la relación de precedencia condicionada entre la prohibición de abuso (P₁) y el principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición (P₂), en un caso concreto (C).²⁰⁰⁶

Si en unas circunstancias determinadas (C₁), la prohibición de abuso (P₁) prevalece sobre el principio que fundamenta la imposición de una cláusula o condición (P₂), significa entonces que dicha imposición no supera las exigencias del principio de proporcionalidad en sentido amplio, y de cada uno de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.²⁰⁰⁷

En tal caso, la imposición de la cláusula o condición en examen representa una restricción ilegítima de los derechos garantizados a favor de los consumidores por el artículo 42 EC, y el juez deberá declarar su nulidad y su exclusión como contenido normativo del contrato.²⁰⁰⁸

La ponderación que supone el examen de proporcionalidad en sentido estricto resulta necesaria cuando el cumplimiento de un principio suponga el incumplimiento de otro, o cuando la realización de un principio se obtenga a expensas del sacrificio de los demás, como sucede en los casos de abusividad de las cláusulas o condiciones impuestas por el predisponente en los contratos de adhesión celebrados con consumidores.²⁰⁰⁹

²⁰⁰⁴ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

²⁰⁰⁵ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 88; y CRIADO-CASTILLA, *El principio*, *ob. cit.*, p. 4-36.

²⁰⁰⁶ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

²⁰⁰⁷ *ob. cit.*, p. 4-36; y BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 88.

²⁰⁰⁸ Por el contrario, si en unas circunstancias distintas, C₂, el principio que fundamenta la imposición de cláusula o condición en examen, P₂, precede a la prohibición de abuso, P₁, es decir, C₂ (P₂ > P₁), significa entonces que la imposición de la cláusula o condición es proporcionada por cumplir las exigencias de los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En tal caso, la imposición de la cláusula o condición en examen constituye una intervención legítima en el contenido de los derechos garantizados por la prohibición de abuso y el juez deberá declarar su validez como contenido del contrato.

Al respecto, CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

²⁰⁰⁹ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

La ponderación, a su vez, presupone definir tanto el grado de afectación negativa de la prohibición del abuso (P₁), como el grado de realización del principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen, en especial la libertad contractual del predisponente y su facultad para definir el contenido del contrato (P₂). Con fundamento en tales magnitudes, el juez definirá si la cláusula o condición en examen es proporcionada o desproporcionada en sentido estricto.²⁰¹⁰

La prohibición de abuso, como mandato de optimización, exige que una cláusula o condición sea considerada desproporcionada en sentido estricto, cuando logre un grado de realización del principio que la fundamenta menor que el grado de afectación que ella misma produce en los derechos y posiciones de los consumidores.²⁰¹¹

En otras palabras, una cláusula o condición será desproporcionada en sentido estricto cuando el grado de afectación de los derechos y posiciones garantizados por la prohibición de abuso sea mayor que el grado de realización del principio en que se fundamenta la imposición de aquella.²⁰¹²

Cuanto mayor sea el grado de afectación de la prohibición de abuso, mayor tendrá que ser el grado de realización del principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen.²⁰¹³

Si una cláusula o condición, aun siendo idónea y necesaria, afecta de manera excesiva e injustificada los derechos y posiciones de los consumidores, la optimización de la prohibición de abuso, como norma con estructura de principio, exige la invalidez, por desproporcionada o abusiva, de tal cláusula o condición.²⁰¹⁴

Ahora bien, el juicio circunstanciado de abusividad alude a las “*condiciones particulares*” del contrato (art. 42 EC), disposición ésta que corresponde, con las debidas matizaciones, al artículo 82 TRLGDCU, que sujeta la apreciación del carácter abusivo de una cláusula a “la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa” (num. 3), o, como los denomina la doctrina española, a los “*criterios instrumentales de ponderación*”.²⁰¹⁵

²⁰¹⁰ *ob. cit.*, p. 4-36; y BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 88.

²⁰¹¹ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

²⁰¹² CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36; y BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 88.

²⁰¹³ BERNAL, *ob. cit.*, p. 88.

²⁰¹⁴ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36; BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 757-91; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, *ob. cit.*, p. 88; y ALEXY, Robert, «Zur Struktur der Rechtsprinzipien», en SCHILCHER/KOLLER/FUNK, *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, *ob. cit.*, p. 31-52.

²⁰¹⁵ Tales criterios han de informar todo el juicio de abusividad para la definición del desequilibrio contractual (la confrontación de las expectativas reales del consumidor con el contenido contractual efectivo y la valoración de la legitimidad de las posibles desviaciones del derecho dispositivo), su importancia, razonabilidad y contrariedad con la buena fe.

En el caso colombiano, sin embargo, la valoración circunstanciada que supone el juicio de abusividad tiene un espectro más amplio, propio del mandato de ponderación, pues, además de los anteriores criterios, el carácter abusivo de la cláusula o condición supone la valoración conjunta o global del contrato, no sólo porque tal valoración ha de hacerse teniendo en cuenta la totalidad de sus cláusulas o estipulaciones, sin que unas excluyan a las otras,²⁰¹⁶ sino porque el juez, a partir de la existencia del desequilibrio contractual, ha de ponderar, con la ayuda del principio de proporcionalidad, la suficiencia de las razones fácticas o jurídicas que puedan justificar tal desequilibrio.²⁰¹⁷

95. Las normas de abusividad indirectamente estatuidas.

95.1. Las normas adscritas de abusividad.²⁰¹⁸

Precisamente porque las normas de abusividad directamente estatuidas no permiten por sí mismas su propia aplicación, el juez se ve en la necesidad de deducir de ellas una norma adscrita de decisión que sirva de premisa mayor del fallo mediante el cual se define la abusividad de la cláusula o condición en examen.²⁰¹⁹

En otras palabras, las normas de abusividad directamente estatuidas no permiten establecer los presupuestos lógicos de su aplicación, ya que no ofrecen criterios que permitan saber cuándo existe un desequilibrio en el contrato, ni cuándo una razón es suficiente para justificar tal desequilibrio en perjuicio de los consumidores.²⁰²⁰

Tampoco permiten establecer la manera como éstos han de ser indemnizados o reparados de los daños inferidos por el predisponente.²⁰²¹

En consecuencia, en los casos en que se deba definir la abusividad de la cláusula o condición en examen, el juez deberá concretar o especificar una norma adscrita de decisión que sirva de premisa mayor en la fundamentación interna del fallo.²⁰²²

Tal norma adscrita será el resultado de ponderar, dentro de la etapa discursiva del juicio de abusividad, la prohibición de abuso (P₁), por una parte y, por la otra, el

Al respecto, CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 101.

²⁰¹⁶ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 458.

²⁰¹⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1635.

²⁰¹⁸ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 757-91; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

²⁰¹⁹ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

²⁰²⁰ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

²⁰²¹ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

²⁰²² ob. cit., p. 4-36.

principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición *sub examen* (P₂).²⁰²³

A diferencia de las normas de abusividad directamente estatuidas, las normas adscritas solo de manera indirecta se relacionan con las disposiciones legales de abusividad, pues son el resultado del proceso de concreción normativa en el básicamente consiste el juicio de abusividad.²⁰²⁴

Mediante tal proceso el juez define los presupuestos de aplicación de las normas directamente estatuidas por el artículo 42 EC, señaladamente de la prohibición de abuso.²⁰²⁵

95.1.1. Características de las normas de abusividad adscritas.

De acuerdo con lo anterior, las normas adscritas de abusividad presentan los siguientes rasgos:²⁰²⁶

1º Como su nombre lo indica, las normas adscritas de decisión son ante todo normas jurídicas.

Su carácter de normas se desprende del hecho de que las mismas poseen un contenido normativo que ordena, prohíbe o permite algo.

En el caso de las normas de abusividad adscritas, las mismas señalan lo que al predisponente está ordenado, prohibido o permitido en un caso concreto de imposición de una cláusula o condición contractual.

Por otra parte, el carácter jurídico de este tipo de normas se deriva del hecho de provenir de dos fuentes reconocidas de producción del derecho: la ley y, concretamente, las disposiciones legales de abusividad; así como de la jurisprudencia de los jueces (creación judicial del derecho).²⁰²⁷

Más adelante precisaremos en qué sentido el proceso de concreción de las normas generales de abusividad contractual, cuyo resultado son las normas adscritas, puede considerarse como una especie de creación judicial del derecho (*infra*, 95.5).

²⁰²³ *ob. cit.*, p. 4-36.

²⁰²⁴ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 757-91; y CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32.

²⁰²⁵ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

²⁰²⁶ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

²⁰²⁷ Sobre las características, en general, de las normas adscritas, v. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 88; BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 120; ALONSO GARCÍA, Enrique, "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española", *Revista de Administración Pública*, 100-102, 1983, p. 21-92; e *Id.*, *La interpretación de la Constitución* (prólogo de Francisco RUBIO LLORENTE), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, CEC, 1984, quien, a pesar de la importancia y rigor de su obra, impropriadamente las denomina "normas subconstitucionales".

2º En segundo término, las normas adscritas se fundamentan a partir de las normas de abusividad directamente estatuidas (señaladamente de la prohibición de abuso y del mandato de ponderación contenido en ésta), normas generales de las que, por cierto, constituyen el resultado del proceso de concreción normativa en que básicamente consiste el juicio de abusividad.²⁰²⁸

Sin embargo, dicha relación de fundamentación es indirecta, ya que la validez de las normas de abusividad adscritas se basa primariamente en las razones que justifican la imposición de la cláusula o condición en perjuicio del consumidor, cuya suficiencia es valorada precisamente en la etapa discursiva del juicio de abusividad con la ayuda de algún criterio metodológico de concreción normativa, como puede ser el principio de proporcionalidad, del cual se sirve el juez para valorar la suficiencia de las razones que justifican tal imposición y, a partir de allí, definir la abusividad de la cláusula o condición en examen.²⁰²⁹

3º Las normas de abusividad adscritas sirven de premisa mayor en la fundamentación interna del fallo mediante el cual el juez del caso define la abusividad de la cláusula o condición impuesta por el predisponente en perjuicio del consumidor.²⁰³⁰

Como fue dicho, el fallo de abusividad es la conclusión o el resultado de un juicio de subsunción de la premisa menor (n), esto es, la cláusula o condición en examen, dentro del supuesto de hecho de la premisa mayor (N), es decir, la norma adscrita definida en la etapa discursiva del juicio de abusividad.²⁰³¹

La coherencia del fallo en relación con sus premisas se denomina “fundamentación interna”.²⁰³²

De acuerdo con la “ley de colisión”, la norma que surja como resultado de la etapa discursiva debe ser adscrita al contenido normativo del principio que tenga prioridad en la ponderación.²⁰³³

De esta manera, en los casos en que la prohibición de abuso (P₁), prevalezca sobre el principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen (P₂), es decir, cuando el juez declare la nulidad de la cláusula o condición en examen, C₁ (P₁ P P₂), la premisa mayor de la fundamentación interna del fallo será una norma de abusividad adscrita al contenido prescriptivo de la disposición legal

²⁰²⁸ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 757-91; y CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32.

²⁰²⁹ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

²⁰³⁰ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

²⁰³¹ ob. cit., p. 4-36.

²⁰³² ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 16.

²⁰³³ ALEXY, ob. cit., p. 88.

correspondiente (art. 42 EC) y, más exactamente, desde la perspectiva de P₁, de la prohibición de abuso, en las condiciones C₁.²⁰³⁴

Por el contrario, en los casos en que el principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en perjuicio del consumidor (P₂), prime o desplace a la prohibición de abuso (P₁), vale decir, cuando el juez declare la legitimidad de la cláusula o condición en examen, C₂ (P₂ P P₁), la premisa mayor del fallo será una norma adscrita a la disposición que establezca el principio dominante en la ponderación.²⁰³⁵

Desde la perspectiva de la prohibición de abuso (P₁), dicha norma constituye una excepción o una restricción de ésta, pues en las condiciones C₂, al predisponente le estará permitido imponer unilateralmente al consumidor la cláusula o condición en examen, pese al desequilibrio que produce en el contrato.²⁰³⁶

4º Las normas adscritas que surgen de la ponderación propia de la etapa discursiva del juicio de abusividad ostentan el carácter de reglas, lo que equivale a decir que son determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.²⁰³⁷

Como fue visto, el juicio de abusividad supone una colisión entre la prohibición de abuso (P₁), por una parte, y el principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en perjuicio del consumidor (P₂), por la otra, cuya resolución exige que el juez establezca una relación de precedencia condicionada de las posibilidades fácticas y jurídicas de realización de los principios relevantes.²⁰³⁸

Las posibilidades fácticas de realización tanto de la prohibición de abuso, como del principio que fundamenta la imposición unilateral de la cláusula o condición en examen (P₁ y P₂), son definidas mediante la aplicación de los subprincipios de idoneidad y necesidad.²⁰³⁹

Las posibilidades jurídicas, por su parte, son definidas mediante la aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.²⁰⁴⁰

²⁰³⁴ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad como criterio de concreción normativa del mandato de tratamiento igual*, ob. cit., p. 88.

²⁰³⁵ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 757-91; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-3

²⁰³⁶ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 16.

²⁰³⁷ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 757-91; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

²⁰³⁸ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 87; y ALEXY, *Sobre la estructura de los principios jurídicos*, ob. cit., p. 99-100.

²⁰³⁹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 757-91; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

²⁰⁴⁰ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, ob. cit., p. 4-36.

El supuesto de hecho de la norma adscrita que sirve de premisa mayor en la fundamentación interna del fallo lo constituyen las condiciones fácticas y jurídicas en las que uno de los principios relevantes en la ponderación tiene prioridad sobre el otro.²⁰⁴¹

La consecuencia jurídica de aquella norma será, por su parte, la prevista en el principio que prime o prevalezca en la ponderación.²⁰⁴²

Si en unas condiciones determinadas la prohibición de abuso prevalece sobre el principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen, es decir, $C_1 (P_1 \mathbf{P} P_2)$, el juez deberá entonces declarar la nulidad de esta y ordenar la reparación de los daños causados al consumidor afectado.²⁰⁴³

Por el contrario, si bajo unas condiciones distintas, el principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen prima sobre la prohibición de abuso, es decir, $C_2 (P_2 \mathbf{P} P_1)$, el juez deberá entonces declarar la validez de la cláusula o condición impuesta por el predisponente, a pesar del desequilibrio contractual que esta causa en perjuicio del consumidor adherente.²⁰⁴⁴

De esta manera, la realización por parte del predisponente del supuesto de hecho previsto en la norma adscrita, es decir, la subsunción de la premisa menor en la premisa mayor, apareja la consecuencia jurídica prevista en el principio que tenga prioridad en la ponderación.²⁰⁴⁵

La fundamentación interna del fallo consiste, precisamente, en este juicio de adecuación.²⁰⁴⁶

En otras palabras, el nexo de contradicción o de identidad entre la norma adscrita y el objeto concreto de control del juicio de abusividad (la cláusula o condición en examen), determina la validez de ésta como contenido del contrato.²⁰⁴⁷

Si el supuesto de hecho de la premisa mayor (N) lo constituyen las condiciones en las que la prohibición de abuso tiene prioridad sobre el principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen, $C_1 (P_1 \mathbf{P} P_2)$, la realización de dicho supuesto por parte del predisponente (la cláusula o condición n que produce

²⁰⁴¹ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

²⁰⁴² *ob. cit.*, p. 4-36.

²⁰⁴³ *ob. cit.*, p. 4-36.

²⁰⁴⁴ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 757-91; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

²⁰⁴⁵ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-32; e *Id.*, *ob. cit.*, p. 4-36.

²⁰⁴⁶ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

²⁰⁴⁷ *ob. cit.*, p. 4-36.

en perjuicio del consumidor un desequilibrio del contrato), apareja que el juez deba declarar su nulidad y su consecuencial exclusión como contenido del contrato, así ordenar el restablecimiento o la reparación de los daños que la cláusula abusiva produce en perjuicio del consumidor), es decir, $C_1 \rightarrow R_1$.

Por el contrario, si el supuesto de hecho de la premisa mayor (N) lo constituyen las condiciones en las que el principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición prima o prevalece sobre la prohibición de abuso, esto es, $C_1 (P_2 \mathbf{P} P_1)$, la realización por parte del predisponente de dicho supuesto mediante la cláusula o condición que introduce un desequilibrio en el contrato (**n**), es decir, las condiciones en que dicho desequilibrio se encuentra justificado, apareja la declaratoria judicial de su validez como contenido normativo del contrato, es decir, $C_2 \rightarrow R_2$.

95.1.2. La consecuencia de la norma adscrita de abusividad.

Por su parte, las consecuencias jurídicas de dicha regla (R_1 o R_2) serán las previstas en el principio que tenga prioridad en la ponderación (P_1 o P_2).²⁰⁴⁸

De esta manera, la realización de la premisa mayor (N) por parte de la premisa menor (**n**), apareja la consecuencia jurídica prevista en el principio que prime o prevalezca en la ponderación ($C \rightarrow R$).²⁰⁴⁹

Ahora bien, bajo las condiciones en que la prohibición de abuso prime o prevalezca sobre el principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen, es decir, $C_1 (P_1 \mathbf{P} P_2)$, la norma N establece dos consecuencias jurídicas:²⁰⁵⁰

1º Por una parte, la nulidad de la cláusula o condición que realice C_1 , y

2º El deber de reparar o indemnizar los daños y perjuicios causados con esta al consumidor, por la otra, es decir, $C_1 \rightarrow R_1 (I_n + R_p)$.²⁰⁵¹

En las condiciones en que el principio que fundamenta la imposición unilateral de la cláusula o condición en examen prime o prevalezca sobre la prohibición de abuso, es decir, $C_2 (P_2 \mathbf{P} P_1)$, la norma N sólo establece como consecuencia la validez de la cláusula o condición que realice C_2 , esto es, $C_2 \rightarrow R_2 (C_n)$.²⁰⁵²

De esta manera, si la cláusula o condición reúne las condiciones C_1 , esto es, si la premisa menor (**n**) se subsume bajo el supuesto de hecho de la premisa mayor (N_1),

²⁰⁴⁸ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *ID.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

²⁰⁴⁹ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

²⁰⁵⁰ ob. cit., p. 4-36.

²⁰⁵¹ ob. cit., p. 4-36.

²⁰⁵² ob. cit., p. 4-36.

el juez deberá entonces declarar la nulidad de aquélla y ordenar la reparación o indemnización de los daños y perjuicios causados al consumidor.²⁰⁵³

Por el contrario, si la cláusula o condición reúne las condiciones C₂, esto es, si la premisa menor (n) se subsume bajo el supuesto de hecho de la premisa mayor (N₂), el juez deberá entonces declarar la validez de aquélla como contenido del contrato.²⁰⁵⁴

95.2. Normas particulares de abusividad contractual.

Las normas particulares de abusividad son las prescripciones contenidas en la parte resolutive o fallo de la sentencia mediante la cual se define o resuelve la abusividad de las cláusulas o condiciones impuestas unilateralmente por el predisponente en los contratos de adhesión.²⁰⁵⁵

Como normas jurídicas, tales prescripciones vinculan tanto a las partes del contrato como a los poderes públicos, incluso al propio juez que conoce y define el proceso.²⁰⁵⁶

El carácter particular de tales normas se explica, en primer lugar, porque representan una “concreción inmediata” de la norma adscrita que le sirve de premisa mayor, así como una “concreción mediata” de las normas de abusividad directamente estatuidas por el artículo 42 EC.²⁰⁵⁷

En segundo lugar, porque ellas suponen la solución a un caso particular de abusividad contractual de las cláusulas o condiciones que producen un desequilibrio en perjuicio del consumidor.²⁰⁵⁸

Las normas particulares constituyen el resultado del cotejo o subsunción de la cláusula o condición (premisa menor n), objeto del control material de abusividad, dentro de la norma adscrita que actúa como premisa mayor (N).²⁰⁵⁹ Como fue visto,

²⁰⁵³ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 757-91; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

²⁰⁵⁴ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 757-91; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

²⁰⁵⁵ Sobre el concepto de norma individual o particular, v. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 40; KELSEN, *Teoría pura del derecho*, ob. cit., p. 20; BOBBIO, *Teoría General del derecho*, ob. cit., p. 141; y ROSS, Alf, *Directives and Norms*, Nueva York, Humanities Press, 1967 (reprinted by The Lawbook Exchange, 2009), p. 106 ss.

²⁰⁵⁶ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 757-91; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

²⁰⁵⁷ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 16.

²⁰⁵⁸ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 757-91; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

²⁰⁵⁹ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

la fundamentación interna del fallo o conclusión radica precisamente en la concordancia o coherencia del fallo con sus premisas mayor y menor.²⁰⁶⁰

En otras palabras, el fallo representa el resultado de la realización, por parte del predisponente, del supuesto de hecho de la norma adscrita resultante de la ponderación entre la prohibición de abuso ex artículo 42 EC (P₁), y el principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen (P₂).²⁰⁶¹

Dicha realización apareja la consecuencia jurídica prevista en el principio dominante en la ponderación (C→R).²⁰⁶²

En la aplicación judicial de la prohibición de abuso ex artículo 42 EC, la norma que sirve de premisa mayor en la fundamentación interna del fallo (N) presenta sólo dos formas, N₁ y N₂.²⁰⁶³

1º N₁, cuando, bajo unas condiciones fácticas y jurídicas determinadas, C₁, la prohibición de abuso, norma con carácter de principio (P₁), prevalece sobre el principio que fundamenta la imposición unilateral de la cláusula o condición en examen (P₂), es decir, C₁ (P₁ P P₂).²⁰⁶⁴

En este caso el supuesto de hecho de N₁ serán las condiciones C₁ y las consecuencias jurídicas serán las previstas en P₁, esto es, la declaratoria de nulidad de la cláusula o condición en examen y su exclusión como contenido del contrato, por una parte, y la reparación de los daños inferidos al consumidor con la cláusula o condición declarada abusiva, por la otra.²⁰⁶⁵

De esta manera, la realización del supuesto de hecho de la premisa mayor N₁, apareja las consecuencias previstas en P₁, es decir, C₁→R₁.²⁰⁶⁶

2º N₂, cuando, bajo unas condiciones fácticas y jurídicas distintas, C₂, el principio que fundamenta la imposición unilateral de la cláusula o condición en examen prevalece sobre la prohibición de abuso (P₁), es decir, C₂ (P₂ P P₁).²⁰⁶⁷

²⁰⁶⁰ *ob. cit.*, p. 4-36.

²⁰⁶¹ *ob. cit.*, p. 4-36.

²⁰⁶² BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 757-91; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

²⁰⁶³ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

²⁰⁶⁴ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

²⁰⁶⁵ *ob. cit.*, p. 4-36.

²⁰⁶⁶ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 757-91; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

²⁰⁶⁷ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

En este caso, el supuesto de hecho de la premisa mayor N₂ serán las condiciones C₂ y su consecuencia jurídica la prevista en P₂, es decir, la declaratoria de validez de la cláusula o condición en examen como contenido del contrato.²⁰⁶⁸

De esta manera, la realización de la premisa mayor N₂, apareja la consecuencia prevista en P₂, es decir, la declaratoria de validez de la cláusula o condición en examen como contenido del contrato.²⁰⁶⁹

La norma adscrita que sirve de premisa mayor en la fundamentación interna del fallo, N, en cualquiera de sus formas N₁ o N₂, es una regla, lo que significa que sólo puede ser o cumplida o no cumplida.²⁰⁷⁰

De acuerdo con la “ley de colisión”, el supuesto de hecho de esta regla lo constituyen las condiciones (C) en que tiene lugar la imposición unilateral, por parte del predisponente, de la cláusula o condición que produce el desequilibrio en perjuicio del consumidor adherente.²⁰⁷¹

²⁰⁶⁸ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

²⁰⁶⁹ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

²⁰⁷⁰ ob. cit., p. 4-36.

²⁰⁷¹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 757-91; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

EXCURSUS SOBRE LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

95.bis. Planteamiento del problema.²⁰⁷²

Respecto del poder pretoriano de la jurisprudencia o derecho jurisprudencial, sostiene GENY que se trata sencillamente de saber si cierta interpretación jurídica que ha prevalecido en un juicio, o uniformemente en una serie de juicios, constituye una regla de derecho que, aunque establecida jurisdiccionalmente, puede ser aplicada en lo sucesivo a casos iguales, o esencialmente iguales, como cualquier precepto legislativo.²⁰⁷³

Según GENY, los jueces están dotados de un poder pretoriano o creador del derecho por cuanto deben decidir o resolver casos jurídicos no previstos por el legislador; poder este que están obligados a ejercer, ante el vacío legal, no arbitrariamente sino de forma racional y científica.²⁰⁷⁴

Sin embargo, para GENY este poder pretoriano de los jueces para fallar por fuera o más allá de la ley, no tenía, en estricto sentido, la capacidad para producir normas obligatorias para casos futuros a la manera, por ejemplo, de lo que ocurre en Gran Bretaña y en los Estados Unidos, donde los precedentes judiciales tienen la autoridad de reglas de derecho, sino sólo una autoridad persuasiva o inspiradora para fallar, en ausencia de solución legal, casos futuros.²⁰⁷⁵

²⁰⁷² LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Universidad de los Andes-Legis, 2013, p. 265 ss; y BELAÏD, Sadok, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif des juges*, París, LGDJ, 1974.

²⁰⁷³ GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, ob. cit., p. 228.

También ESMEIN, tanto en su *Cours de droit civil* como en su colaboración en el tratado de AUBRY y Rau (*Droit civil français*), considera que el derecho decisonal es la verdadera expresión del derecho civil, del derecho real y positivo.

²⁰⁷⁴ GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, ob. cit., p. 228.

²⁰⁷⁵ GENY, ob. cit., p. 228. Según GENY, la jurisprudencia tiene fuerza pretoriana, no como precedente judicial, sino por la autoridad y el peso que, sobre el espíritu del intérprete, ejerce el sentido o *desideratum* definido por la serie de decisiones constantes y uniformes, y que le permite fallar, en ausencia de previsión legal, casos análogos y futuros (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, ob. cit., p. 228).

La doctrina de los *legal standards*, propia del sistema del *common law*, tiende como es natural, dado su apego a las soluciones jurisprudenciales, a diferenciarse del sistema continental europeo, o *civil law*. En este, acaso por influencia del positivismo jurídico, prevalece cierto prejuicio garantista frente a la discrecionalidad judicial (*horror vacui*), que en principio niega a los jueces funciones de integración o creación normativa, dada la concepción del derecho como un sistema cerrado y completo.

El positivismo postula un sistema cerrado en el que se pueden deducir de manera lógica las decisiones jurídicamente correctas a partir de premisas constituidas exclusivamente por normas jurídicas, sin referencia alguna a fines sociales, *standards* morales o directrices políticas.

En este contexto, en el que en pro de la seguridad jurídica las normas han de ser exactas y precisas, con supuestos de hecho determinados y específicos (*kasuistische Gesetzgebung*), resulta lógico que los principios y cláusulas generales, aunque mantienen abierto y actualizado el sistema, sean vistos con cierta prevención y resistencia, y admitidos residual y excepcionalmente.

Al respecto, v. HART, Herbert Lionel Adolphus, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, vol. 71, 4, 1958, p. 592-629; *Id.*, *El concepto de derecho*, ob. cit., p. 155 ss; y CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, ob. cit., p. 37 ss.

95.bis.1. La creación judicial del derecho.²⁰⁷⁶

Cuando hablamos de creación judicial nos referimos, no a la mera transformación del derecho preexistente mediante su interpretación y aplicación, sino al establecimiento de un derecho nuevo, a la creación de normas jurídicas *ex nihilo*.²⁰⁷⁷

El problema se sitúa entonces en el marco del sistema de fuentes, pues tal sistema es el criterio de identificación de las normas que integran el ordenamiento jurídico.²⁰⁷⁸

Cuando se afirma que los jueces crean derecho significa que, atendiendo la naturaleza especial de la actividad judicial y los principios que la gobiernan, resulta necesario e inevitable que los jueces, al desarrollar esa actividad (interpretar y aplicar las normas jurídicas), creen o produzcan, así mismo, derecho.²⁰⁷⁹

²⁰⁷⁶ ALPA, Guido (dir.), *I precedenti, La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, I, Turín, Utet, 2000; GROSSI, Paolo, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2018; *Id.*, "L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giuristi", *Rivista trimestrale de diritto e procedura civile*, 2017, p. 831-846; e *Id.*, "Della interpretazione come invenzione", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 47-1, 2018, p. 9-19.

²⁰⁷⁷ LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier, "La creación judicial del derecho y el concepto de derecho implícito", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 6, 2002, p. 134.

²⁰⁷⁸ LAPORTA SAN MIGUEL, *La creación judicial del derecho*, *ob. cit.*, p. 134. Sobre el concepto de fuentes y sistema de fuentes del derecho, v. POUND, Roscoe: "Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law", *Tulane Law Review*, 7, 1933, p. 477; y GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, *ob. cit.*, p. 228.

Por fuentes del derecho entiende POUND las formas, oficiales o no oficiales, en las cuales se expresan los materiales normativos o preceptivos del derecho.

Para GENY, por su parte, además de la indeterminación que caracteriza el lenguaje en el que se expresa el derecho legislado, es evidente que no todos los casos están cubiertos por una regla contenida en una fuente formal del derecho (postulado de la plenitud del ordenamiento jurídico), lo que abre espacios de libertad decisonal del juez.

En resumen, existen casos para los cuales las fuentes formales del derecho son suficientes para resolverlos, y otros en que el juez, debiendo en todo caso decidir, no se encuentra estrictamente vinculado a reglas preexistentes. Sin embargo, este espacio de libertad adjudicativa, es libre pero no discrecional ni arbitrario, sino científico y racional.

En el terreno del derecho civil, como el legislador no puede regular todos los aspectos de un negocio jurídico, el ordenamiento deja abiertos espacios que necesariamente deben ser llenados por el intérprete y particularmente, en los litigios concretos, por el juez.

El legislador no puede sino delinear de forma muy general el cuadro jurídico necesario, el cual debe ser rellenado por el juez mediante la aplicación del derecho, en una especie de individualización o concreción normativa, según los detalles del caso concreto.

Sobre este aspecto, LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, *ob. cit.*, p. 280.

²⁰⁷⁹ RECASENS SICHES, Luis, *Nueva filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1956, para quien la función judicial es siempre y necesariamente creadora. Según LAPORTA, no se trata entonces del problema de si los jueces deben o no deben crear derecho, de si es bueno o no lo es que lo hagan. Quienes prefieren que los jueces creen el derecho, o que es bueno que lo hagan, deberán aportar las razones que abonen dicha posición y enfrentar el problema de la falta de legitimidad democrática de los jueces, de la democracia y la separación de poderes (LAPORTA SAN MIGUEL, *La creación judicial del derecho*, *ob. cit.*, p. 134).

Al respecto, HOLMES, Oliver Wendell, *The Path of the Law (La senda del derecho)*, José Ignacio SOLER CAYÓN, trad., Madrid/Barcelona/ Buenos Aires, Marcial Pons, 2012, p. 36 ss), *Harvard Law Review*, HLR, 10, 1897. El amplio margen de discrecionalidad legislativa y la dificultad para juzgar materialmente sus resultados, se equilibran con exigencias sobre el proceso de justificación de la ley, lo que asegura la protección de los derechos sin que los jueces usurpen las competencias legislativas.

Al juez, en primer lugar, le está ordenado fallar, no pudiendo abstenerse de decidir so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes (art. 6º c.c.esp.). El juez debe siempre dar respuesta o solución del caso que se somete a su conocimiento y jurisdicción (prohibición de *non liquet*).²⁰⁸⁰

El juez debe, además, aplicar el derecho y atenerse, al efecto, al sistema de fuentes y a las normas jurídicas que integran tal sistema, con independencia del grado de concreción normativa de las mismas: reglas o principios.²⁰⁸¹

En otras palabras, para aplicar el derecho, el juez debe acudir al depósito del material jurídico, mejor o peor definido por el legislador, para decidir o resolver el caso concreto que se somete a su conocimiento y jurisdicción.²⁰⁸²

Por último, el juez debe motivar sus sentencias, es decir, exponer públicamente las razones que llevan al fallo; explicar o justificar sus decisiones sobre la base de las razones que la abonen o fundamentan.²⁰⁸³

La motivación o justificación se refiere entonces a la explicitación de las premisas o argumentos a partir de los cuales puede inferirse razonadamente el contenido del fallo o decisión.²⁰⁸⁴

Este deber de motivar se refiere a la justificación del contenido del fallo a partir de las razones expresadas en enunciados normativos de carácter jurídico. Sin embargo, dando por sentado que el juez debe fallar o decidir siempre (*non liquet*), el problema surge cuando para un caso determinado o concreto, el sistema de fuentes no ofrece las razones normativas para hacerlo, caso en el cual el juez debe crear el derecho; o cuando existe en el sistema de fuentes las razones normativas para fallar o decidir, pero están estructuradas de una forma abstracta e indeterminada que el juez, para aplicarla al caso concreto, debe emprender un proceso interpretativo de concreción normativa, del cual deduce lo que está permitido,

Para un análisis de esta problemática a nivel constitucional, y concretamente de la tensión entre la legislación democrática y la jurisdicción constitucional, v. OLIVER-LALANA, Daniel, «El control del proceso de justificación legislativa y la teoría de los principios formales», en Jorge PORTOCARRERO (ed.), *Ponderación y discrecionalidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 311-75; y SIECKMANN, «Principios formales», *ob. cit.*, p. 261-307.

Al respecto, v. también, BARCELLONA, *Sul senso delle "clausole generali", Il diritto tra giudice e legge*, *ob. cit.*, 261 ss.

²⁰⁸⁰ LAPORTA SAN MIGUEL, *La creación judicial del derecho*, *ob. cit.*, p. 134-5.

²⁰⁸¹ LAPORTA SAN MIGUEL, *ob. cit.*, p. 135-8.

²⁰⁸² *ob. cit.*, p. 136-8.

²⁰⁸³ *ob. cit.*, p. 138.

²⁰⁸⁴ *ob. cit.*, p. 138.

prohibido u ordenado en el caso concreto que tiene el deber de fallar o decidir (caso difícil).²⁰⁸⁵

Esta “concreción normativa” a la que el juez se ve abocado por su deber de fallar (relativamente *ex novo* pues, a partir de una norma universal o general ya existente, se opera el tratamiento del caso concreto), se entiende también como un proceso de creación del derecho.²⁰⁸⁶

De la falta o ausencia de una respuesta explícita para el caso difícil, aparece la noción de derecho implícito.²⁰⁸⁷ Al lado de las normas que las fuentes identifican como pertenecientes al ordenamiento, sean reglas o principios, existen otras en “estado latente” de las que se infieren normas para ser aplicadas al caso concreto, para el cual aquellas no ofrecen solución.²⁰⁸⁸

95.bis.2. El método de concreción normativa en el derecho romano.²⁰⁸⁹

Como se sabe, los dos tipos fundamentales alrededor de los cuales se agrupan los ordenamientos jurídicos modernos, el *common law* y el *civil law*, se remontan a ARISTÓTELES y CICERÓN.²⁰⁹⁰

Tales tipos básicos se concretizan en un sistema cerrado de principios y normas jurídicas,²⁰⁹¹ cuyas materias se hallan reguladas en extensas codificaciones, en el primer caso, o en un complejo de soluciones inspiradas en casos prácticos, en el segundo, a cada uno de los cuales corresponde, respectivamente, el método axiomático y el método tópico.²⁰⁹²

²⁰⁸⁵ En este sentido, caso difícil sería aquel en el que la pregunta por el estatus normativo de cierta acción, o por la calificación jurídica de una situación específica, no encuentra en principio respuesta explícita en el derecho identificado según los criterios suministrados por el sistema de fuentes.

Al respecto, DWORKIN, *Los derechos en serio*, ob. cit., p. 146 ss.

²⁰⁸⁶ Según Kelsen, esta creación sería en todo caso menor, limitada a la creación de una norma individual dirigida sólo a las partes (*Teoría pura del derecho*, ob. cit., p. 258).

²⁰⁸⁷ Para una formulación tal del concepto de derecho implícito, v. Postema, Gerald, “*Implicit Law*”, en *Law and Philosophy*, 13, 1994, p. 361-87.

²⁰⁸⁸ Postema, “*Implicit Law*”, ob. cit., p. 361-87. Sobre el nexo entre la indeterminación normativa, en especial de las cláusulas generales, y la creación judicial del derecho, v. Belvedere, *Le clause generali tra interpretazione e produzione di norme*, ob. cit., p. 641 ss.

²⁰⁸⁹ Kaser, Max, *En torno al método de los juristas romanos* (Juan Miquel, trad., Valladolid, 1964), México, 2013, p. 7 ss; Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, Clarendon Press, 1967; *Id.*, *Principles of Roman Law*, Oxford, Clarendon Press, 1956; y Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia* (Díez-Picazo, Luis, trad.; García de Enterría, Eduardo, prólogo), Madrid, Civitas, 2016.

²⁰⁹⁰ Kaser, *En torno al método de los juristas romanos*, ob. cit., p. 12; y Schulz, *History of Roman Legal Science*, ob. cit.

²⁰⁹¹ Coing, Helmut, *Geschichte und Bedeutung des Systemgedanken in der Rechtswissenschaft*, Frankfurter Universitätsreden, 17, 1956, p. 26 ss; e *Id.*, *Derecho privado europeo* (Antonio Pérez Martín, trad.), Madrid, Consejo General del Notariado, 1996

²⁰⁹² Kaser, ob. cit., p. 12; y Schulz, *History of Roman Legal Science*, ob. cit. Sin embargo, en los derechos continentales del *civil law*, la interpretación judicial de las leyes se hace dentro de las categorías conceptuales y con los medios del derecho casuístico. También los derechos anglosajones contienen en sus *statute law* porciones importantes de derecho reglado.

Este segundo grupo reúne al actual *case law method* del derecho inglés y angloamericano, así como al antiguo derecho romano.²⁰⁹³

La tónica es por excelencia el modo de razonar las controversias jurídicas y, como tal, es usada en la lucha procesal de los litigios, en los cuales la decisión con frecuencia no se obtiene de una verdad única y segura, y en los que las razones y argumentos en pro y en contra se han de sopesar frente a frente.²⁰⁹⁴

Las controversias judiciales suelen zanjarse mediante el intercambio de opiniones, en las que trata de determinarse si las premisas que aduce cada una de las partes son o no relevantes, aceptables, admisibles y defendibles. La decisión final del litigio se obtiene sopesando comparativamente esas premisas.²⁰⁹⁵

El pensar tónico, que como método de elaboración jurídica parte del caso concreto, se realiza dialécticamente, discutiendo los argumentos y contra-argumentos con un contrincante real o imaginario.²⁰⁹⁶

Como forma de pensamiento aporético que se orienta hacia el problema concreto, la tónica no parte del sistema como totalidad, de la que se pueda sacar, por deducción, la norma que contiene la solución del caso, sino que arranca del caso mismo.²⁰⁹⁷

En este sentido, a partir del caso concreto, la tónica es un procedimiento inductivo y empírico en tanto considera el caso desde el resultado y examina las soluciones

En otras palabras, los ordenamientos montados sobre la causuística conservan también ingredientes sistemáticos que, al encajar entre sí las normas y conceptos que laten dispersos por la casuística, le dan unidad y sentido a todo el conjunto del ordenamiento.

Al respecto, ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, ob. cit., p. 227; y ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, ob. cit.

²⁰⁹³ KASER, *En torno al método de los juristas romanos*, ob. cit., p. 11; y SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, ob. cit., p. 27 ss. En el *civil law*, las fuentes formales del derecho serían básicamente la ley y la costumbre, y la jurisprudencia sería fuente formal si el ordenamiento jurídico le atribuye carácter obligatorio, como sucede en España o en Colombia (art. 230 de la Constitución y Ley 153 de 1887).

En las naciones latinas y germánicas de tradición romanística, prevalece la ley como fuente del derecho. En cambio, en el sistema del *common law* (Reino Unido, Estados Unidos y Canadá), tiene primacía el precedente judicial. En ambos sistemas, sin embargo, prevalecen las normas expedidas por el Estado sobre las demás.

Sobre este punto, LÓPEZ MEDINA, *El derecho de los jueces*, ob. cit., p. 266; BOBBIO, Norberto, BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico (El problema del positivismo giuridico*, Ernesto Garzón VALDÉS, versión castellana), México, Fontamara, 1997, p. 38 ss; e *Id.*, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993, p. 170 ss.

²⁰⁹⁴ VIEHWEG, *Tónica y jurisprudencia*, ob. cit., p. 20 ss

²⁰⁹⁵ VIEHWEG, ob. cit., p. 20 ss.

²⁰⁹⁶ ob. cit., p. 20 ss.

²⁰⁹⁷ KASER, *En torno al método de los juristas romanos*, ob. cit., p. 14; y VIEHWEG, *Tónica y jurisprudencia*, ob. cit., p. 20 ss.

viables ponderando si son materialmente justas, trayendo para ello a colación casos análogos o diferentes.²⁰⁹⁸

El método tópico busca las premisas que puedan servir para resolver el caso e intenta, de este modo, llegar a las directrices generales que permitan inducir la decisión (los *topoi*), las cuales no son verdades válidas y unívocas sino que, por su mismo sentido y alcance, son problemáticas.²⁰⁹⁹

Los romanos veían su derecho casuísticamente, es decir, desde la perspectiva del caso concreto, y esta forma de elaboración u obtención jurídica domina todas las etapas de la historia de su derecho.²¹⁰⁰

95.bis.2.1. El método de concreción normativa en el derecho pretorio romano.

El *ius civile*, estrecho y localista, reservado privativamente a los ciudadanos romanos, paulatinamente se convierte, pasando el tiempo, en un derecho civil abierto y progresivo, de horizonte universal como es el *ius gentium*.²¹⁰¹

Frente al antiguo y formalista *ius civile*, reservado a las relaciones entre ciudadanos (*ius proprium civium Romanorum*), se halla el *ius gentium*, accesible también a los extranjeros (*peregrini*),²¹⁰² común a todos los pueblos, igual en todos los hombres, basado en la equidad y en la ley natural de las cosas, libre de formas, apto para la celebración de negocios sencillos y de gran movilidad, modelado según las

²⁰⁹⁸ VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, ob. cit., p. 20 ss.

²⁰⁹⁹ Sin embargo, aunque en la tópica se llegue a las premisas por el camino inductivo, su aplicación al caso concreto se lleva a efecto mediante una deducción lógica. En otras palabras, una elaboración jurídica que se sirve de los tópicos, tampoco puede renunciar al pensamiento deductivo. La tópica busca, en consecuencia, las premisas en tanto no sean susceptibles de deducción; la aplicación al caso concreto de esas premisas, en cambio, es un proceso lógico que asume la forma de un silogismo.

Sobre este aspecto, VIEHWEG, ob. cit., p. 20 ss.

²¹⁰⁰ KASER, *En torno al método de los juristas romanos*, ob. cit., p. 19. En la época primitiva de Roma, como es de presumir que sucediera también en todos los pueblos y culturas, el derecho se encuentra en cada caso concreto, no en la ley, y el fallo que se ha encontrado justo en el mismo, ha de repetirse en otro caso igual y luego, en todos los casos iguales, fallarse del mismo modo.

En el proceso de elaboración jurídica o de obtención del derecho, por regla general ha de suponerse que el caso concreto constituyó el punto de partida, del que se pasó luego al precedente judicial y posteriormente a la norma legal. Sin embargo, el derecho romano mantuvo siempre su carácter casuístico, bien en los tiempos primitivos de las XII Tablas, en la época clásica y hasta el final de la Edad Antigua con el *Corpus iuris civilis*.

En resumen, el carácter general del derecho romano, y concretamente del clásico, está determinado por el hecho de que el conjunto de ideas jurídicas se encarna en los problemas casuísticos que los juristas resuelven y exponen.

Al respecto, SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, ob. cit., p. 27 ss; y WIEACKER, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, ob. cit., p. 149 ss.

²¹⁰¹ SOHM, *Instituciones de derecho privado romano*, ob. cit., p. 39.

²¹⁰² En sentido estricto, el *ius gentium* significa el derecho privado que rige las relaciones entre peregrinos y la de éstos con ciudadanos romanos.

Al respecto, SOHM, *Instituciones de derecho privado romano*, ob. cit., p. 39, n. 2.

necesidades concretas del comercio, que rebasa los límites estrictamente nacionales para convertirse en un derecho común y universal.²¹⁰³

En el año 367 a. c. se separa del poder consular la administración de justicia, creándose una magistratura especial, encargada de ejercer la *iurisdictio* en la ciudad: el *praetor urbanus*, limitada a los litigios entre ciudadanos.²¹⁰⁴

Más tarde, hacia el año 242 a.c., cuando ya el comercio había alcanzado su mayor desarrollo, se hizo necesario crear un segundo cargo, el *praetor peregrinus*, encargado de los procesos entre los romanos y los extranjeros y los de éstos entre sí.²¹⁰⁵

El pretor, como antes el cónsul, detenta el poder jurisdiccional y goza, por consiguiente, de arbitrio judicial soberano, limitado formalmente, en lo que atañe a los ciudadanos, por la ley. Como magistrado, el pretor encarna, en el campo de sus atribuciones, la soberanía del pueblo romano, lo que explica que al aplicar el derecho pueda también transformarlo o crearlo a través de edictos, si así lo exigen, a su juicio, las necesidades prácticas (poder de ordenación o *imperium*).²¹⁰⁶

La esencia de este derecho edictal, que en tiempos de Cicerón asume la dirección de la vida jurídica romana, reside en la formación de un derecho de equidad, el *ius gentium*, que gradualmente va venciendo y superando la severidad del *ius civile* primitivo.²¹⁰⁷

²¹⁰³ El comercio de los extranjeros residentes en Roma se gobierna por el *ius gentium*; en tanto que el *ius civile* en sentido estricto sigue reservado exclusivamente a las relaciones entre ciudadanos romanos. Al *ius gentium* como derecho comercial, regulador del comercio internacional, a cuya fijeza y cristalización contribuye el *praetor peregrinus*, se acogen tanto romanos como extranjeros. El *ius gentium* es el *ius aequum*, el derecho de equidad, cada día más vigoroso, que se impone al derecho estricto tradicional.

La historia del derecho romano se cifra en un esfuerzo por superar el *ius strictum* con el *ius aequum*, haciendo triunfar la equidad, de que es portador el derecho de gentes, sobre las concepciones formalistas del derecho antiguo. Paulatinamente, durante largos quinientos años, los vagos principios de la equidad van concretándose, consolidándose, integrándose y reformando, cautelosa y seguramente, sin excesos ni extralimitaciones, sobre principios concretos y firmes, al derecho romano tradicional.

Al respecto, SOHM, *Instituciones de derecho privado romano*, ob. cit., p. 39.

²¹⁰⁴ SOHM, ob. cit., p. 40. Desde la Ley Licinia Sextia del año 367 a.c., los cónsules ya no ejercían la jurisdicción, dejada en manos del pretor, verdadera magistratura jurisdiccional, privada y penal, durante la república y el principado. Desde el año 242 a.c. se repartieron dos pretores estas funciones: el titular de la antigua pretura, llamado ahora *praetor urbanus*, que siguió con la jurisdicción entre romanos; y el nuevo *praetor peregrinus*, que conocía de los procesos entre extranjeros y entre extranjeros y ciudadanos romanos.

Desde las leyes jurisdiccionales de Augusto, la competencia del *praetor urbanus* y del *praetor peregrinus* se limitó, en lo esencial, al derecho privado.

Al respecto, KUNKEL, *Historia del derecho romano*, ob. cit., p. 83-94.

²¹⁰⁵ SOHM, *Instituciones de derecho privado romano*, ob. cit., p. 40-1; MOMMSEN, Theodor, *Römisches Staatsrecht (Roman Constitutional Law)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; y FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, Antonio, *Derecho público romano y recepción del derecho romano en Europa*, Madrid, Civitas, 1999, p. 108.

²¹⁰⁶ SOHM, *Instituciones de derecho privado romano*, ob. cit., p. 41.

²¹⁰⁷ SOHM, ob. cit., p. 45.

El derecho pretorio, como faceta del derecho honorario, es decir, propio de las magistraturas, adquiere al cabo, impulsado por la corriente de los nuevos tiempos, vida autónoma frente al *ius civile*, y en éste como en aquél, contiéndose normas e instituciones del *ius gentium*, aunque el influjo del derecho de gentes prepondera en el nuevo y más libre derecho de los pretores.²¹⁰⁸

El orden jurídico romano se desdobra entonces en dos derechos diferentes: el civil, que obra por propio imperio, y el honorario, que se impone por obra del juez.²¹⁰⁹

Como hemos señalado, el derecho honorario procedente de las magistraturas llega a formar, a lo largo de dos siglos, frente al *ius civile*, un sistema normativo independiente y fiel a los principios jurídicos del *ius gentium*. Sin embargo, no se deroga ninguna de las instituciones del derecho tradicional que, en lo formal, se mantiene indemne.²¹¹⁰

Ambos derechos coexisten en un complicado pero no confuso cuadro de normas e instituciones, formando una unidad sistemática: el derecho civil, que rige por propio imperio y que es preciso modificar siempre que la equidad en el caso concreto lo exige, se combina constantemente con el derecho honorario aplicado por los tribunales.²¹¹¹

95.bis.2.2. El método de concreción normativa en la jurisprudencia clásica romana.²¹¹²

Desde LABEÓN y SABINO hasta CELSO y JULIANO, SCAEVOLA y PAPIANIANO (siglos I y II del Imperio), los juristas romanos unifican y dan forma sistemática al derecho acumulado desde las XII Tablas, y desarrollan por métodos científicos el copioso caudal de normas nacido de las diversas fuentes.²¹¹³

La jurisprudencia romana, en otras palabras, se vió en la necesidad de estructurar la nueva *interpretatio* que demandaba el comercio y el sinnúmero de cuestiones a las que no hacían referencia las normas de derecho escrito (problemas de

²¹⁰⁸ *ob. cit.*, p. 45.

²¹⁰⁹ Ejemplos de este dualismo jurídico entre el *ius civile* y el derecho pretorio en relación con la enajenación de una *res Mancipi* (*Mancipatio*); pignoración; validez de los actos viciados por amenaza o miedo (*metus*), o fraude (*dolus*); o de algunos actos liberatorios de obligación, como el pacto no formal de remisión de deuda (*pactum de non petendo*); o respecto del título de heredero (*heres*), en SOHM, *Instituciones de derecho privado romano*, *ob. cit.*, p. 45-6.

²¹¹⁰ SOHM, *ob. cit.*, p. 47.

²¹¹¹ De esta manera el derecho civil no se transforma de golpe, *ex abrupto*, por la ley, sino a través de la práctica judicial, confiada al pretor e inspirada en las exigencias de la vida jurídica.

Al respecto, SOHM, *Instituciones de derecho privado romano*, *ob. cit.*, p. 45-6; y KASER, *En torno al método de los juristas romanos*, *ob. cit.*, p. 16 ss.

²¹¹² KASER, *En torno al método de los juristas romanos*, *ob. cit.*, p. 19 ss.

²¹¹³ SOHM, *Instituciones de derecho privado romano*, *ob. cit.*, p. 58-9; y KASER, *En torno al método de los juristas romanos*, *ob. cit.*, p. 19 ss.

representación, condiciones y diligencia contractual, entre otras), para lo cual era necesario penetrar en la naturaleza de las relaciones comerciales y darle forma y expresión, clara y precisa, a fórmulas que abarcaran el mayor número de casos previsibles, comunes y excepcionales, lo cual requería una actitud más creativa que interpretativa del derecho.²¹¹⁴

A pesar de su método dialéctico, la jurisprudencia romana no se mueve, como la ciencia jurídica moderna, por intereses dogmáticos, ni mucho menos históricos o filosóficos, sino un sentido práctico que le permite extraer de las normas y de los conceptos jurídicos implícitos en éstas (derecho, propiedad, obligación), las consecuencias aplicables al caso concreto y, sobretudo, auscultar las exigencias de la *bona fides* en el comercio jurídico y las reglas que en cada caso reclaman la venta, el arrendamiento o el mandato, sin necesidad de que las partes las formulen expresamente.²¹¹⁵

Esta mirada atenta a la realidad y este claro dominio de la casuística, guiado por un siempre alerta y sano sentido común, es lo que presta encanto incomparable a la obra de los juristas romanos y asegura la inmortalidad de sus creaciones.²¹¹⁶

La genialidad de la jurisprudencia clásica romana, más que una “matemática de conceptos”, se asienta en el tacto práctico y en el fino sentido de la realidad, que no necesita entrar a dilucidar la esencia de los conceptos para fallar a tono con ellos y encontrar la ley propia en cada caso, implícita en él y en todos los del mismo género.²¹¹⁷

95.bis.3. Concreción de normas adscritas y creación judicial del derecho.

Como hemos visto, las normas de abusividad directamente estatuidas, en especial la prohibición general de abuso, rara vez pueden ser utilizadas como premisa mayor en la fundamentación interna del fallo que define si una cláusula o condición es o no abusiva.²¹¹⁸

²¹¹⁴ SOHM, *Instituciones de derecho privado romano*, ob. cit., p. 58-9.

²¹¹⁵ El campo mejor cultivado por el talento de los juristas clásicos es el derecho de obligaciones, sobre el que carga el mayor peso del comercio jurídico, y especialmente aquellos contratos donde encuentra expresión la voluntad manifiesta y tácita de las partes, los llamados por eso *bonae fidei negotia*.

Esta voluntad tácita, de la que muchas veces ni los mismos interesados tienen clara conciencia en el momento de contratar, son los juristas romanos quienes la descubren y definen perdurablemente, formulando de formal magistral e insuperable las leyes de ella derivadas.

Al respecto, WIEACKER, *El principio general de buena fe*, ob. cit., p. 88 ss).

²¹¹⁶ SOHM, *Instituciones de derecho privado romano*, ob. cit., p. 58-9.

²¹¹⁷ SOHM, ob. cit., p. 58-9.

²¹¹⁸ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 13 ss.

Tales normas se caracterizan por su muy alto nivel de abstracción y generalidad, razón por la cual de ellas no puede deducirse sin más, mediante simple subsunción, la solución de la controversia o caso concreto.²¹¹⁹

Los problemas que la proteica realidad le propone al intérprete judicial son tan concretos, matizados, minuciosos y complejos que desbordan la explicitud semántica de las normas de abusividad directamente estatuidas.²¹²⁰

Como consecuencia de ello, en la mayoría de los casos el juez se ve en la necesidad de concretar una norma más específica, que cumpla simultáneamente las dos siguientes exigencias:

1º Que se pueda fundamentar a partir de la norma de abusividad directamente estatuida o su equivalente deóntico (disposición legal de abusividad); y

2º Que tenga una relación directa con el objeto del caso concreto, es decir, la cláusula o condición contractual cuya abusividad se trata de definir.²¹²¹

Estas normas más específicas que concretan los jueces son las llamadas normas adscritas de abusividad, que se fundamentan en las normas directamente estatuidas y que guardan un nexo de contradicción o de identidad con la cláusula o condición objeto del juicio de abusividad.²¹²²

Cuando entre la norma de abusividad adscrita y la cláusula o condición en examen existe un nexo de contradicción, el juez debe declarar la abusividad de ésta última. Por el contrario, cuando la relación entre la norma adscrita y la cláusula o condición es de identidad, el juez debe declarar la abusividad de ésta última.²¹²³

En otros términos, cada vez que la decisión acerca de la abusividad de la cláusula o condición en examen se derive de una norma directamente estatuida (la prohibición general de abuso, por ejemplo), para resolver el caso concreto, el juez debe concretar una norma adscrita contradictoria o conforme con el contenido de la cláusula o condición en examen.²¹²⁴

Tal norma adscrita desempeña el papel de premisa mayor en la justificación interna, bajo la cual se subsume la cláusula o condición en examen, y su concreción

²¹¹⁹ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 14.

²¹²⁰ BERNAL, *Principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 142.

²¹²¹ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 17 ss; y BERNAL, *Principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 143.

²¹²² CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 17 ss.

²¹²³ BERNAL, *Principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 143.

²¹²⁴ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 17 ss.

constituye el paso decisivo del complejo *iter* interpretativo de las normas legales de abusividad directamente estatuidas.²¹²⁵

La mayoría de casos de abusividad son casos difíciles precisamente porque, a la hora de resolverlos, el juez no tiene claro el sentido o el significado que debe adscribir a la norma legal de abusividad relevante.²¹²⁶

En un significativo número de sentencias sobre abusividad contractual se decide acerca de la validez definitiva de una determinada norma adscrita a la disposición legal de abusividad relevante, capital para determinar el sentido del fallo.²¹²⁷

Las normas adscritas forman parte, *prima facie*, del campo semántico o del ámbito normativo de las disposiciones legales sobre abusividad contractual. Tales disposiciones comprenden, en consecuencia, no sólo las normas que ellas estatuyen directamente, sino también todas las normas adscritas, estatuidas de manera indirecta y concretadas de manera definitiva por los jueces.²¹²⁸

95.bis.3.1. Concreción de normas adscritas.²¹²⁹

Las normas adscritas a las disposiciones legales de abusividad contractual, proceden, en consecuencia, de dos fuentes jurídicas: una fuente indirecta y otra directa: las normas adscritas son estatuidas con validez *prima facie* por las disposiciones legales de abusividad contractual, y adquieren validez definitiva, bien cuando son concretadas por los jueces, o bien cuando son actualizadas por el legislador (leyes y demás actos de los poderes públicos y de los particulares que constituyen fuentes de derecho).²¹³⁰

La concreción de una norma adscrita se define como el acto jurídico mediante el cual, en ejercicio de su competencia de interpretar la ley, el juez asevera que una

²¹²⁵ BERNAL, *Principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 143.

²¹²⁶ BERNAL, ob. cit., p. 143.

²¹²⁷ ob. cit., p. 146.

²¹²⁸ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 17 ss; y BERNAL, *Principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 146.

²¹²⁹ DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, ob. cit., p. 539-78.

²¹³⁰ A continuación, limitaremos nuestro análisis a la validez definitiva de las normas adscritas a partir de su concreción normativa. La actualización, que se efectúa a través de las diferentes fuentes del derecho, en especial de la ley, o actualización legislativa (dada la mayor legitimidad de la que está dotado el legislador dentro del Estado democrático para llevar a cabo dicha actualización), reviste las siguientes características: las diversas regulaciones que el legislador efectúa de las diversas disposiciones de abusividad contractual, constituyen actualizaciones legislativas de normas adscritas.

Ahora bien, dado que los derechos del consumidor están permanentemente a merced de los abusos del predisponente, de acuerdo con el principio democrático es preferible que las restricciones impuestas a tales derechos y las regulaciones más importantes de los mismos, provengan del legislador y no de los particulares.

Al respecto, BERNAL, *Principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 146.

norma adscrita tiene validez definitiva dentro del ámbito de indeterminación normativa de una disposición legal de abusividad contractual.²¹³¹

A causa de la distancia semántica que separa a las normas adscritas de las disposiciones legales de abusividad contractual, a cuyo ámbito, como hemos dicho, pertenecen, suele considerarse que la concreción de cierta norma adscrita consiste en la creación de una nueva norma.²¹³²

Sin embargo, en el acto de concreción el juez no ejerce una competencia para la imposición de normas, como ocurre con los órganos legislativos o administrativos y, por tanto, no estatuye una nueva norma independiente, sino que afirma, como producto de ciertos fundamentos interpretativos, la validez definitiva que debe atribuirse a una norma adscrita dentro del ámbito normativo de una disposición legal sobre abusividad contractual.²¹³³

²¹³¹ En otras palabras, la concreción es un acto institucional que reviste el carácter de una aseveración interpretativa, o de una aseveración interpretativa acerca de la existencia o de la validez definitiva de una norma adscrita.

Al respecto, BERNAL, *Principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 147.

²¹³² En otras palabras, la concreción tiene el carácter de una aseveración interpretativa, de acuerdo con la cual, como producto de una fundamentación, se afirma o proclama la validez definitiva de una norma adscrita, que contradice o concuerda con la cláusula o condición en examen, y que se sitúa dentro del ámbito normativo de la disposición legal de abusividad relevante.

Al respecto, BERNAL, *Principio de proporcionalidad*, *ob. cit.* p. 148.

²¹³³ *ob. cit.* p. 148.

CAPITULO XVIII

DERECHOS (SITUACIONES Y POSICIONES) DE PROTECCIÓN CONTRACTUAL DEL CONSUMIDOR

96. Introducción.

El concepto de derecho puede ser definido desde diversas perspectivas, según se acentúe o enfatice ciertos rasgos, matices o singularidades del mismo. En sentido lato, por derecho se entiende el haz de garantías, facultades y posibilidades de actuación que, en un ámbito material determinado, las normas jurídicas reconocen a sus titulares.²¹³⁴

En la anterior definición concurren los conceptos de derecho en sentido objetivo [(*law*) (disposición y norma jurídica)] y subjetivo [(*right*) (facultad o *agere licere*)]; derecho en sentido lato (derecho subjetivo) y en sentido estricto (situación o posición jurídica).²¹³⁵

Como hemos visto, las disposiciones jurídicas son los enunciados que tipifican los derechos en sentido amplio.²¹³⁶ Normalmente, estas disposiciones presentan un elevado grado de indeterminación normativa, razón por la cual a cada una de ellas puede serle adscrita interpretativamente una multiplicidad de normas relacionadas con los derechos subjetivos que tipifican.²¹³⁷

Desde una perspectiva semántica, son normas el conjunto de significados prescriptivos de las disposiciones que establecen o tipifican los derechos subjetivos.²¹³⁸

Este conjunto de significados se expresa mediante proposiciones prescriptivas que establecen el “deber ser” establecido por las disposiciones jurídicas, es decir, lo que está ordenado, prohibido o permitido respecto del objeto o de los sujetos del derecho de que se trate.²¹³⁹

²¹³⁴ BERNAL, *Principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 100; y ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 240.

²¹³⁵ ALEXY, ob. cit., p. 240.

²¹³⁶ BERNAL, *Principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 101; y ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 63.

²¹³⁷ BERNAL, *Principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 102.

²¹³⁸ BERNAL, *Principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 103.

Sobre el concepto semántico de norma, v. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 50 ss.

²¹³⁹ BERNAL, *Principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 103; y KELSEN, *Teoría pura del derecho*, ob. cit., p. 17. Respecto de la distinción más general entre disposiciones y normas, v. CRISAFULLI, Vezio, voz «*Disposizioni (e norma)*», en Enc. dir., t. xiii, Milán, Giuffrè, 1964, p. 165; y GUASTINI, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1993, para quien la norma es el contenido semántico de la disposición en que se expresa la fuente del derecho.

Para CRISAFULLI, se llama disposición jurídica a la formulación de una norma, incluida en el texto de una fuente del derecho (p. 17 ss). Las normas, por su parte, las define como el contenido prescriptivo de las disposiciones jurídicas, el resultado de su interpretación o la sustancia que conforma el ordenamiento jurídico como derecho objetivo.

Las posiciones o derechos en sentido estricto constituyen el correlato de las normas y disposiciones jurídicas que establecen o tipifican los derechos subjetivos en sentido amplio.²¹⁴⁰

Ahora bien, las posiciones o derechos en sentido estricto son relaciones jurídicas entre individuos o entre individuos y el Estado.²¹⁴¹

En su forma más común, este tipo de relaciones presentan una estructura triádica, compuesta por un sujeto activo (titular), un sujeto pasivo y un objeto.²¹⁴²

El objeto de las posiciones o derechos en sentido estricto es siempre una conducta (acción u omisión), prescrita por una norma, que el sujeto pasivo debe efectuar a favor del sujeto activo (titular del derecho o posición).²¹⁴³

La conducta que constituye el objeto del derecho, puede hacerla efectiva su titular frente al sujeto pasivo en caso de que éste no se allane voluntariamente a ello.²¹⁴⁴

97. Relación jurídica y situaciones subjetivas.

97.1. Noción.

La relación jurídica es una relación social que al ser regulada por el derecho objetivo, éste le atribuye determinados efectos.²¹⁴⁵ En otras palabras, la relación jurídica es una relación de la vida social protegida, en todo o en parte, por el derecho objetivo, a la que éste atribuye determinados efectos.²¹⁴⁶

A cargo de determinados sujetos, las normas jurídicas imponen deberes que otros están facultados para exigir su cumplimiento.²¹⁴⁷ La relación entre tales deberes y

²¹⁴⁰ BERNAL, *Principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 104-5.

²¹⁴¹ BERNAL, ob. cit., p. 105.

²¹⁴² ob. cit., p. 106. v. también ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., quien basó su sistema de posiciones iusfundamentales en los trabajos de BENTHAM y HOHFELD (p. 186 ss). Cfr. BENTHAM, Jeremy, *Of Laws in General (The Collected Works of Jeremy Bentham: Principles of Legislation)*, HART, Herbert Lionel Adolphus (ed.), Londres, University of London/Athlone Press, 1970, p. 57 ss; y HOHFELD, *Conceptos jurídicos fundamentales*, ob. cit., p. 47 ss.

²¹⁴³ BERNAL, *Principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 106.

²¹⁴⁴ BERNAL, ob. cit., p. 106; y ALEXI, *El concepto y la validez del derecho*, ob. cit., p. 182-3.

²¹⁴⁵ Con antecedentes en la noción romana de *obligatio* y en la canónica de *relatio*, la relación jurídica es un concepto moderno, de contenido histórico variable, elaborado por el Pandectismo del siglo XIX, posterior a SAVIGNY, contrapuesto a la concepción absolutista de los derechos subjetivos, propia del iusnaturalismo racionalista, anterior a la Escuela histórica.

Al respecto, CASTÁN, *Derecho civil español*, ob. cit., p. 3; y DíEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, I, ob. cit., p. 339.

²¹⁴⁶ CASTÁN, *Derecho civil español*, ob. cit., p. 9-12; ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. I, v. 1º, ob. cit., p. 209 ss; DE CASTRO, *Derecho civil de España*, t. I., p. 461 ss; ESPÍN, *Manual de derecho civil*, v. 1, ob. cit., p. 89 ss; DíEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, t. I, ob. cit., p. 399 ss; y LACRUZ, *Elementos de derecho civil*, I, ob. cit., 236 ss.

²¹⁴⁷ El contenido de toda relación jurídica traduce, según DíEZ-PICAZO Y GULLÓN, una posición jurídica de los sujetos, compuesta por una situación de poder y otra de deber (*Sistema de derecho civil*, t. I, ob. cit., p. 403).

pretensiones, entre aquel deber y esta pretensión o posibilidad de exigir su cumplimiento, constituye la relación jurídica.²¹⁴⁸

97.2. Elementos de la relación jurídica.

La noción de relación jurídica contiene los siguientes elementos:

97.2.1. La relación social o presupuesto de hecho (elemento material).

Como afirma la doctrina, el derecho objetivo, por su naturaleza moral y por la función social que le corresponde cumplir, extiende su poder ordenador y su protección a aquellas relaciones que sean dignas y estén necesitadas de protección (relevancia).²¹⁴⁹

97.2.2. La regulación legal y la determinación de la consecuencia jurídica (elemento formal).²¹⁵⁰

Este elemento formal, que recae sobre el presupuesto de hecho o material de la relación jurídica, puede tener un contenido diverso. En efecto, ordinariamente el contenido de las relaciones jurídicas puede consistir en facultades de poder y sus deberes correlativos (derechos subjetivos y deberes jurídicos) y, en fin, las distintas situaciones jurídicas.²¹⁵¹

97.3. Estructura de la relación jurídica.

La relación jurídica se deriva de la norma, de su reconocimiento por el ordenamiento jurídico, pero tiene su fundamento o causa mediata en los hechos de los sujetos entre los cuales se establece un vínculo de poder y correlativamente de deber.

²¹⁴⁸ CASTÁN, *ob. cit.*, p. 9-12; y ENNECCERUS/KIPP/WOLFF, *Tratado de derecho civil*, t. I, p. 285. La relación jurídica es el vínculo entre personas o sujetos, sancionado y protegido por el derecho, nacido de un determinado hecho (interés o presupuesto base), que origina situaciones jurídicas correlativas de facultades y deberes, cuyo objeto son ciertas prestaciones garantizadas por la aplicación de una consecuencia coactiva o sanción.

Al respecto, DE CASTRO, *Derecho civil de España*, t. I, p. 556.

²¹⁴⁹ CASTÁN, *Derecho civil español, ob. cit.*, p. 13; y DE DIEGO, *Instituciones de derecho civil*, t. I, *ob. cit.*, p. 234.

²¹⁵⁰ La noción de consecuencia de derecho (efecto jurídico en la terminología francesa), es otro de los conceptos jurídicos fundamentales, al lado del ya visto de supuesto jurídico, entre los cuales existe una relación de carácter necesario: no hay consecuencias de derecho sin supuestos jurídicos. Toda consecuencia de derecho hállase condicionada por una hipótesis que, al realizarse, la produce.

Las consecuencias jurídicas constituyen la enunciación de un deber ser o de un derecho, cuya existencia se encuentra condicionada por la realización de determinada hipótesis. La realización de un supuesto, tiene como resultado el nacimiento, la transmisión, la modificación o la extinción de derechos y deberes.

Al respecto, SCHREIER, *Conceptos y formas fundamentales del derecho, ob. cit.*, p. 93.

²¹⁵¹ CASTÁN, *Derecho civil español, ob. cit.*, p. 14; y DE CASTRO, *Derecho civil de España*, t. I, p. 461.

En consecuencia, en la relación jurídica convergen unos sujetos (activo y pasivo), unidos por un vínculo de poder o deber (contenido), en relación con una materia u objeto específico.²¹⁵²

En la relación jurídica hay siempre un sujeto activo, llamado también portador, titular o pretensor, que corresponde al aspecto activo, de exigencia o atribución; y un sujeto pasivo, obligado o deudor, que corresponde, a su vez, al aspecto pasivo (deber u obligación), de la relación.²¹⁵³

El contenido y el objeto de la relación aluden a las distintas situaciones subjetivas (activas y pasivas, de poder o de deber), que puede asumir el nexo entre los sujetos, en el primer caso, y a la materia o el asunto sobre el cual converge el poder del sujeto activo y el deber o la sumisión del pasivo, constituido por los actos humanos (prestaciones y servicios), y las cosas, tanto del mundo exterior como inmateriales, de que se sirven los sujetos para satisfacer sus necesidades.²¹⁵⁴

97.4. Clasificación de las relaciones jurídicas.

Entre los principales tipos de relaciones jurídicas mencionamos las siguientes:

97.4.1. Relaciones jurídicas simples y complejas.

Por su objeto, cabe distinguir entre relaciones jurídicas simples y complejas, siendo las primera las que contienen un único vínculo entre dos sujetos, activo y pasivo, titular el primero de la facultad o poder, y el segundo de la sujeción o deber correlativo.²¹⁵⁵

Las relaciones jurídicas complejas presentan una pluralidad de derechos y obligaciones, ya en su forma más sencilla de vínculo en que cada uno de los sujetos de la relación está investida de una facultad y de una obligación recíproca (como ocurre en los contratos bilaterales), ya bajo formas aún más complejas en las que se da una pluralidad de personas entre las cuales media también una pluralidad de vínculos jurídicos.²¹⁵⁶

²¹⁵² CASTÁN, *Derecho civil español*, ob. cit., p. 15; y ESPÍN, *Manual de derecho civil*, v. 1, ob. cit., p. 92

²¹⁵³ Los términos sujeto activo y pasivo, corresponden, respectivamente, a la facultad de exigir que tiene el primero, y a la posición de sujeción o sometimiento en que está colocado el segundo. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la situación de deber no siempre implica una mera abstención, es decir, un comportamiento pasivo, sino que puede consistir en una acción (un dar o un hacer), es decir, un comportamiento activo.

Al respecto, CASTÁN, *Derecho civil español*, ob. cit., p. 14-5.

²¹⁵⁴ CASTÁN, ob. cit., p. 15.

²¹⁵⁵ ob. cit., p. 16.

²¹⁵⁶ DE CASTRO, *Derecho civil de España*, t. I., p. 560.

97.4.2. Relaciones jurídicas públicas y privadas.

Por su contenido y finalidad, las relaciones jurídicas pueden ser públicas y privadas, siendo las primeras las relaciones de carácter político y organizadoras del Estado.²¹⁵⁷

Las relaciones jurídicas civiles son las que se establecen entre los particulares, vale decir, entre sujetos o personas, naturales o jurídicas, de derecho privado, como las relaciones jurídicas familiares y de tráfico, esto es, los distintas situaciones de poder o deber surgidas de las transacciones sobre bienes.²¹⁵⁸

También son civiles las relaciones jurídicas de estado, que determinan el distinto puesto de la persona en la sociedad civil; y las relaciones jurídicas de cooperación social, como las relaciones de trabajo y las surgidas de la situación de las personas como miembros de una corporación o persona jurídica.²¹⁵⁹

97.4.3. Relaciones absolutas y relativas.

Teniendo en cuenta si el poder jurídico del titular de la relación se dirige a la totalidad de los hombres, es decir, contra un sujeto jurídico indeterminado (*erga omnes*), o contra una persona determinada (*inter partes*), las relaciones pueden ser absolutas o de exclusión, como sucede con los derechos de la personalidad y los derechos reales, o relativas, como en el caso de los créditos u obligaciones.²¹⁶⁰

97.5. El deber jurídico.²¹⁶¹

Desde el aspecto pasivo o de sometimiento, las relaciones se traducen en un deber jurídico u obligación, vale decir, en la necesidad de observar una determinada

²¹⁵⁷ DE CASTRO, *ob. cit.*, t. I., p. 560.

²¹⁵⁸ CASTÁN, *ob. cit.*, p. 16; y DE CASTRO, *Derecho civil de España*, t. I., p. 560.

²¹⁵⁹ Frente a la posición clásica iniciada por SAVIGNY, que sólo reconoce las relaciones jurídicas entre personas (como las relaciones familiares y las obligacionales), la doctrina en general admite hoy en día las relaciones entre personas y cosas (relaciones reales). v. ENNECCERUS/KIPP/WOLFF, *Tratado de derecho civil*, t. I, p. 285; VON THUR, *Teoría general del derecho civil*, *ob. cit.*, p. 71 ss; y RUGGIERO, *Instituciones*, t. I, p. 206 ss.

Para la tesis clásica, toda relación supone, al lado del poder ostentado por el sujeto activo, un deber a cargo del sujeto pasivo, así algunas relaciones muestren solamente una dirección personal (relaciones de una persona con otra o varias determinadas, que mediatamente pueden referirse a una cosa), mientras que otras muestren una dirección real, en las que lo típico es el poder directo e inmediato de una persona sobre una cosa, que produce en los demás la obligación negativa de abstenerse de turbar tal señorío.

Al respecto, CASTÁN, *Derecho civil español*, *ob. cit.*, p. 16; DE CASTRO, *Derecho civil de España*, t. I., p. 560 ss; y MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, *ob. cit.*, p. 69 ss.

²¹⁶⁰ CASTÁN, *Derecho civil español*, *ob. cit.*, p. 17-8.

²¹⁶¹ Al respecto, siguen siendo fundamentales en la materia los artículos de BINDER, Julius, «*Rechtsnorm und Rechtspflicht*» (Leipzig, 1912) y «*Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung*» (Leipzig, 1927), en *Id.*, *Vier kleine Schriften*, Darmstadt, Scientia-Verlag, 1970, p. 1 ss.

conducta, positiva o negativa, impuesta por el ordenamiento jurídico bajo la amenaza de una sanción.²¹⁶²

Frente a la idea de derecho, que implica poder, facultad o atribución, el deber significa necesidad o sujeción. De ahí que, mientras los derechos son por lo general renunciables, nadie puede renunciar al cumplimiento de un deber; y que mientras los derechos de contenido patrimonial son, también por regla general, transferibles de una persona a otra, los deberes, o son totalmente intransmisibles, como los personalísimos, o no admiten sustitución del sujeto obligado sin el consentimiento del derecho-habiente o acreedor.²¹⁶³

97.5.1. Elementos del deber jurídico.

El deber jurídico tiene un sujeto, que ha de ser una persona distinta del titular del derecho subjetivo, ya que nadie puede contraer una obligación consigo mismo, aunque nada impide, como ocurre frecuentemente en el derecho público y en el derecho de familia, que el deber vaya unido a un derecho, dada la conjunción, de modo indistinguible, del interés individual del titular con el interés general.²¹⁶⁴

El sujeto del deber ha de estar dotado de voluntad y tener capacidad de obrar en sentido estricto, pues sólo por excepción algunas obligaciones especiales pueden ser asumidas por incapaces y hechas efectivas sobre su patrimonio (arts. 199 y 215 c. c. español).²¹⁶⁵

Por otra parte, el sujeto del deber se halla en la necesidad de observar una determinada conducta, vínculo o sujeción establecido y tutelado por el ordenamiento jurídico con base en un interés particular o general.²¹⁶⁶

Ahora bien, respecto de la garantía o sanción del deber, la misma puede revestir la ejecución forzosa cuando la coacción directa es posible, ya sea de forma personal, ya en forma de responsabilidad patrimonial, como ordinariamente ocurre en el

²¹⁶² CASTÁN, *Derecho civil español*, ob. cit., p. 19.

²¹⁶³ CASTÁN, ob. cit., p. 19. Sobre la relación entre el deber jurídico y el derecho subjetivo, o sobre la primacía de aquél sobre éste, la doctrina más aceptada hoy en día, sin negar la coetaneidad y correlatividad normal entre el deber y el derecho, se inclina por reconocer al deber un carácter más esencial y amplio.

En efecto, mientras todo derecho subjetivo se funda sobre un deber jurídico, no todo deber supone o implica un derecho subjetivo.

Al respecto, CASTÁN, ob. cit., p. 21-2; e IRTI, Natalino, *Due saggi sul dovere giuridico (obbbligo e onere)*, Nápoles, Jovene, 1973.

²¹⁶⁴ CASTÁN, *Derecho civil español*, ob. cit., p. 20.

²¹⁶⁵ CASTÁN, ob. cit., p. 20.

²¹⁶⁶ BINDER, *Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung*, ob. cit., p. 7; CASTÁN, *Derecho civil español*, ob. cit., p. 20; y HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, I, ob. cit., p. 69.

derecho privado. Otras veces la garantía o sanción consiste en la anulación de los actos no ajustados a derecho; o en consecuencias de otro género.²¹⁶⁷

97.5.2. Tipología de los deberes jurídicos.

Teniendo en cuenta el interés jurídico protegido, sea particular o general, encontramos deberes impuestos en interés o ventaja inmediata de una persona determinada, que es el titular mismo del derecho subjetivo correspondiente (esta modalidad de deber constituye el caso normal en el derecho privado)²¹⁶⁸; deberes impuestos en beneficio de un tercero, que no es el titular del derecho subjetivo correspondiente, como sucede con el contrato a favor de tercero; y los deberes impuestos en beneficio de la generalidad, sin que ningún sujeto privado ostente el correlativo derecho al cumplimiento (derechos públicos subjetivos o del Estado).²¹⁶⁹

97.5.3. Deber jurídico y derecho subjetivo.

Todo derecho subjetivo corresponde a un deber jurídico y supone una norma que lo delimite y garantice.²¹⁷⁰

Sin embargo, puede haber deberes sancionados por el ordenamiento jurídico, que reconocen otros poderes a los sujetos, o que lleven consigo una ventaja o una protección para determinada persona (facultades, potestades y acciones), sin que exista un derecho subjetivo.²¹⁷¹

97.5.4. Poder jurídico y derecho subjetivo.

El derecho subjetivo equivale al poder exclusivo conferido a una persona para actuar, por su propia iniciativa y libre disposición, de la ventaja contenida él.

Según esta perspectiva, el derecho subjetivo se identifica con la situación concreta de poder concedida a una persona para ejercer y defender libremente la ventaja tutelada en su favor por el ordenamiento jurídico.

²¹⁶⁷ CASTÁN, *Derecho civil español*, ob. cit., p. 21.

²¹⁶⁸ CASTÁN, ob. cit., p. 20-1.

²¹⁶⁹ JELLINEK, George, *System der subjektiven öffentlichen Rechts*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1919 (*Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, trad. italiana de VITAGLIANO, Gaetano, Milán, Società Editrice Libreria, 1912, p. 60 ss).

²¹⁷⁰ ob. cit., p. 369.

²¹⁷¹ Al respecto, CASTÁN, *Derecho civil español*, t. I, v. II, ob. cit., p. 24; DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, ob. cit., p. 573; LACRUZ, *Elementos de derecho civil*, ob. cit., p. 88; ALBALADEJO, *Manual de derecho civil*, I, ob. cit., p. 88; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, t. I, p. 406.

La esencia del derecho subjetivo, como situación estructuralmente caracterizada por un *agere licere*, se concreta o traduce en una *facultas agendi* para la realización del interés.²¹⁷²

Las facultades que integran el poder jurídico revelador del derecho serían su renunciabilidad, transmisibilidad y su exigencia o acción.²¹⁷³

97.5.5. Tutela jurídica y derecho subjetivo.

Por último, como quiera que hay derechos irrenunciables e intransmitibles, es su exigibilidad o la posibilidad de acción la que se considera generalmente como el rasgo o la nota distintiva de todos los derechos subjetivos.²¹⁷⁴

En sentido técnico, esta tutela es entendida como la intervención reparadora o la reacción frente a una lesión, efectiva o en potencia, ubicada en el exterior, esto es, por fuera del contenido del derecho.²¹⁷⁵

De acuerdo con esta perspectiva, derecho subjetivo es el que va acompañado de una acción, y más ampliamente de una garantía jurídica, para la realización de las consecuencias jurídicas en caso de violación.²¹⁷⁶

Merced a esta acción, el particular hace valer en juicio la facultad que le corresponde cuando alguien le haya turbado o desconocido el derecho subjetivo del que pretende ser titular.²¹⁷⁷

No obstante, hay también derechos sin acción, y obligaciones, como las naturales, que carecen de ellas, con lo cual este criterio resulta también bastante estrecho.²¹⁷⁸

²¹⁷² Este *agere licere* vendría a ser el criterio diferenciador entre el derecho subjetivo y las demás situaciones de ventaja. Al respecto, BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 370; BARBERO, "Il diritto soggettivo", p. 41 ss; y NATOLI, *Il diritto soggettivo*, p. 34 s

²¹⁷³ CASTÁN, *Derecho civil español, ob. cit.*, p. 25; y BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 369.

²¹⁷⁴ CASTÁN, *Derecho civil español, ob. cit.*, p. 25.

²¹⁷⁵ CASTÁN, *ob. cit.*, p. 25.

²¹⁷⁶ *ob. cit.*, p. 25.

²¹⁷⁷ *ob. cit.*, p. 25; y BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 369.

²¹⁷⁸ Al respecto, CASTÁN, *Derecho civil español*, t. I, v. II, *ob. cit.*, p. 24; THON, *Rechtsnorm und subjektives Rechts, ob. cit.*, p. 218; VON IHERING, *El espíritu del derecho romano*, III, p. 9 ss; ENNECCERUS/KIPP/WOLFF, *Tratado de derecho civil*, t. I, p. 289; y RUGGIERO, *Instituciones de derecho civil, ob. cit.*, p. 211.

98. El derecho subjetivo.²¹⁷⁹

El máximo esplendor de la noción de derecho subjetivo tuvo lugar con el iusnaturalismo, corriente que, en reacción con el exceso de poder del absolutismo monárquico, configuró esta situación jurídica en función del individuo y la idea de los derechos innatos y naturales (*iura connatta*), vale decir, aquellos que el ordenamiento debe reconocer y tutelar por emanar de la naturaleza de las cosas (*in rerum natura*).²¹⁸⁰

De esta manera, la propiedad, paradigma de los derechos subjetivos, es una institución de la naturaleza, un predicado de la personalidad al igual que la libertad.²¹⁸¹

La concepción naturalista del derecho subjetivo, acogida por las codificaciones del siglo XIX y caracterizada por un individualismo a ultranza centrado en el derecho de propiedad, luego del paso de una economía agraria a una economía industrial, fue sustituida por una concepción estatista que subordina el derecho subjetivo individual al derecho objetivo estatal, que reafirma la supremacía del ordenamiento sobre el individuo y el poder de la voluntad por el interés jurídicamente tutelado como rasgo característico del derecho subjetivo.²¹⁸²

98.1. Fundamento de los derechos subjetivos.

Acercas de las razones que justifican la existencia de los derechos subjetivos, las dos doctrinas más famosas y contradictorias son, por una parte, la teoría de la voluntad (*Willenstheorie*), representada principalmente por WINDSCHEID;²¹⁸³ y la

²¹⁷⁹ BÜCHER, Eugen, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tubinga, J. C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1965; BARBERO, Doménico, "Il diritto soggettivo", *Il Foro Italiano*, v. 64, 1939, p. 41 ss; *Id.*, *Studi di teoria generale del diritto: diritto naturale, diritto soggettivo e crédito*, Milán, Giuffrè, 1953; LEVI, Alessandro, *Manuali di scienze giuridiche*, Padua, Cedam, 1953; y NATOLI, Ugo, *Il diritto soggettivo*, Milán, Giuffrè, p. 34 ss; SANTORO-PASARELLI, Francesco, *Dottrine generali del diritto civil*, Nápoles, Jovene, 1964; y THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo, ob. cit.*, p. 88.

²¹⁸⁰ BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 36

²¹⁸¹ BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *ob. cit.*, p. 367-8.

²¹⁸² *ob. cit.*, p. 368.

²¹⁸³ Según WINDSCHEID, el derecho subjetivo es un poder o señorío de la voluntad, reconocido por el orden jurídico. Para este célebre pandectista, por derecho subjetivo se entiende la facultad, establecida por el ordenamiento jurídico, de exigir determinado comportamiento, positivo o negativo, de la persona o personas que se hallan frente al titular. De la voluntad de éste depende entonces valerse o no de la norma puesta a su disposición, o poner en juego los medios que el propio ordenamiento jurídico le otorga.

Al respecto, v. WINDSCHEID, Bernhard, *Diritto delle Pandette*, trad. FADDA e BENZA, Turín, 1925, p. 108; y la crítica formulada a tal teoría por KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado* (Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, trad.), México, Universidad Autónoma de México, Unam, 1969, p. 87 ss; *Id.*, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (Hauptprobleme der Staatsrechtslehre)*, Tubinga, Paul Siebeck, 1911, Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, trad.), México, Universidad Autónoma de México, Unam, 1948.

En efecto, según KELSEN, hay derechos cuya renuncia no produce consecuencias jurídicas, como ocurre casi siempre con los derechos laborales; ni desaparecen aunque el titular de los mismos ignore su existencia y no haya, en el propio titular, un querer orientado hacia ellos. Por otra parte, careciendo las personas jurídicas de voluntad en sentido psicológico, son incapaces de querer y, no obstante ello, poseen facultades y deberes, por lo que habría que negarles la calidad de personas en sentido jurídico si la esencia del derecho subjetivo radicase en el querer o en el poder volitivo propio.

teoría del interés (*Interessendogma*), iniciada por IHERING.²¹⁸⁴ De acuerdo con esta última, el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido.²¹⁸⁵

La primera de ellas considera el derecho subjetivo como un poder o poderío de la voluntad, concedido a las personas por el ordenamiento jurídico.²¹⁸⁶ Para la teoría del interés, lo que justifica la existencia del derecho subjetivo es el bien o el interés al que el ordenamiento trata de proteger.²¹⁸⁷

La teoría voluntarista resalta la facultad como el contenido de los derechos subjetivos; la teoría del interés destaca el interés de los mismos: sólo en consideración del interés que el derecho objetivo quiere garantizar y proteger, y en la medida en que se hayan definido las condiciones bajo las cuales el ordenamiento otorga su tutela, la norma abstracta se concreta en la facultad que otorga al titular del derecho subjetivo.²¹⁸⁸

La unilateralidad de las anteriores doctrinas, que tienden a privilegiar uno u otro aspecto del derecho subjetivo (voluntad o interés),²¹⁸⁹ condujo a la irrupción de

Por último, hay casos en los cuales el titular de un derecho subjetivo no desea ejercitarlo, a pesar de lo cual no se destruye la facultad concedida a aquél por el ordenamiento jurídico. Si el derecho subjetivo dependiese de la voluntad del titular, al desaparecer ésta, aquél debería extinguirse (KELSEN, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, ob. cit., p. 584).

²¹⁸⁴ CASTÁN, *Derecho civil español*, ob. cit., p. 25.

²¹⁸⁵ VON IHERING, *El espíritu del derecho romano*, ob. cit., p. 317-55. Después de cuestionar las definiciones formales del derecho subjetivo y de denunciar la insuficiencia de la teoría de la voluntad, IHERING concluye que en todo derecho hay un elemento material y otro formal: el primero se relaciona con el fin práctico, la utilidad, ventaja o ganancia asegurada por el derecho.

El segundo se refiere a la posibilidad de acción para la protección judicial del derecho. Para que haya derecho no basta el elemento material; requiérese, además, que el interés esté jurídicamente garantizado o, lo que es lo mismo, que el goce del bien al que se dirige el derecho se encuentre protegido mediante la acción que permita a sus titulares exigir judicialmente su cumplimiento.

Entre ambos elementos existe una relación de medio a fin. El interés constituye el elemento interno; la acción el elemento externo o protector del derecho subjetivo, el cual, en consecuencia, se define como interés jurídicamente protegido (VON IHERING, ob. cit., p. 327).

El interés debe tomarse en sentido lato, extensible no sólo a los intereses apreciables pecuniaria o económicamente, sino también a los de otra índole, como los familiares, la personalidad y el honor. La salvaguardia o protección de los numerosos bienes, vale decir, de las cosas que posean utilidad para el hombre, destinatario de toda facultad jurídica, a cuya consecución se orienta su conducta, constituye, según IHERING, la meta última del derecho (ob. cit., p. 339).

²¹⁸⁶ WINDSCHEID, *Tratado de derecho civil alemán*, ob. cit., p. 88.

²¹⁸⁷ CASTÁN, *Derecho civil español*, t. I, v. II, ob. cit., p. 25.

²¹⁸⁸ CASTÁN, ob. cit., p. 27; y BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil*, ob. cit., p. 368.

²¹⁸⁹ La teoría del interés de IHERING se encuentra expuesta, en términos generales, a las mismas objeciones de la teoría de la voluntad de WINDSCHEID. En efecto, si la nota del interés fuese esencial al derecho subjetivo, éste no existiría al faltar aquél. Tanto el concepto de voluntad como el de interés tienen carácter psicológico. Sólo se tiene interés en aquello que se quiere; y sólo se quiere aquello en que se tiene interés.

El valor es la medida de la utilidad de un bien; el interés es la medida de los objetivos de la voluntad, de los fines cuya realización el individuo se propone. El interés es una medida variable, que crece o disminuye según la valoración que el individuo hace de sus fines.

Al respecto, v. SOMLÓ, Félix, *Juristische Grundlehre*, Leipzig, Félix Meiner, 1917, p. 477; y KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, ob. cit., p. 576.

teorías combinadas o intermedias que integran en su definición tanto un elemento estático (interés), como un elemento dinámico (poder de la voluntad),²¹⁹⁰ a los que se agrega la tutela como elemento jurídico.²¹⁹¹

En su afán por identificar la característica que exteriorice la existencia de un derecho subjetivo, la doctrina del derecho civil moderno se ha centrado, sin llegar a conclusiones unánimes y seguras al respecto, en las nociones de deber jurídico, poder o disponibilidad y tutela o garantía jurídica del derecho.²¹⁹²

98.2. Concepto.²¹⁹³

En su acepción más general, derecho subjetivo es la facultad reconocida y garantizada a una persona por el ordenamiento jurídico.²¹⁹⁴ En otras palabras, el derecho subjetivo es la facultad o conjunto de facultades, con contenido unitario e independiente, otorgado por el ordenamiento jurídico a una persona para la satisfacción de sus fines e intereses, y que autoriza al titular para obrar válidamente dentro de ciertos límites, y exigir de los demás coactivamente, en la medida de lo posible, el comportamiento correspondiente.²¹⁹⁵

De acuerdo con la anterior definición, los siguientes son los elementos que integran el concepto de derecho subjetivo:²¹⁹⁶

Según KELSEN, las fallas de las teorías de la voluntad y del interés radican en que conciben el derecho subjetivo como algo esencialmente distinto del derecho objetivo. Tanto WINDSCHEID como IHERING se preocupan sólo por lo que el derecho subjetivo protege o reconoce (el elemento sustancial), y relegan el elemento formal, el únicamente relevante, según KELSEN, a un plano secundario y, fiel a la pureza metódica de su teoría, sostiene que el derecho subjetivo debe estudiarse de acuerdo con un criterio exclusivamente normativo o formal, con abstracción de los elementos de carácter psicológico, pues el “*derecho es forma, no sustancia; es la protección, no lo protegido*” (KELSEN, *ob. cit.*, p. 618).

²¹⁹⁰ JELLINEK, por ejemplo, al definir al derecho subjetivo como “un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual”, se ubica entre los partidarios de la tesis ecléctica o intermedia, que combina las doctrinas de WINDSCHEID y IHERING. Cfr. JELLINEK, Georges, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Múnich, Mohr Siebeck, 2011.

²¹⁹¹ Como ejemplo de una teoría ecléctica o intermedia que combina armónicamente el elemento de la voluntad con el del interés como fundamento de los derechos subjetivos, véase RUGGIERO, *Instituciones de derecho civil*, t. I, *ob. cit.*, p. 208.

Véase también ESPÍN, *Manual de derecho civil*, *ob. cit.*, p. 200 ss; CASTÁN, *Derecho civil español*, *ob. cit.*, p. 25; y BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil*, *ob. cit.*, p. 369.

²¹⁹² BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *ob. cit.*, p. 369.

²¹⁹³ ROUBIER, Paul, *Droits subjectifs et situations juridiques*, París, Dalloz, 2005 (reimp. de la edición de 1963); COING, Helmut, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo* (Alejandro GUZMÁN BRITO, trad.), Valparaíso, 1976; y CASTÁN, *Derecho civil español*, t. I, v. II, *ob. cit.*, p. 22-9.

²¹⁹⁴ El derecho subjetivo se agota en la posibilidad de que el sujeto adopte o no un determinado comportamiento, y que dicha posibilidad le esté garantizada por el ordenamiento jurídico. La anterior definición, si bien no lo menciona de manera explícita, integra también el interés como elemento central del derecho subjetivo.

Al respecto, NATOLI, *Il diritto soggettivo*, *ob. cit.*, p. 34 ss.

²¹⁹⁵ CASTÁN, *ob. cit.*, p. 28.

²¹⁹⁶ BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil*, *ob. cit.*, p. 369.

1º La facultad o poder jurídico que, dentro de ciertos límites, el ordenamiento reconoce a un sujeto capaz o incapaz suplido por el mecanismo de la representación (sustrato subjetivo).²¹⁹⁷

Dicha facultad o conjunto de facultades integra un concepto unitario e independiente de poder (contenido o elemento material o sustancial del derecho subjetivo).²¹⁹⁸

Este elemento material reviste, a su vez, dos aspectos: la posibilidad o facultad de obrar válidamente (elemento interno); y la posibilidad o facultad de exigir de las demás personas el comportamiento o deber correspondiente (elemento externo).²¹⁹⁹

2º La norma que, como expresión de una fuente formal o material, de producción dentro del ordenamiento, reconoce válidamente el derecho subjetivo (elemento normativo).²²⁰⁰

3º La necesidad o el interés que el ordenamiento trata de satisfacer o proteger mediante el reconocimiento del derecho (elemento teleológico).²²⁰¹

4º Los diversos medios coactivos de defensa o tutela jurídica que, como el derecho de acción, el propio ordenamiento facilita para garantizar la efectividad del derecho subjetivo (elemento procesal o instrumental).²²⁰²

98.3. Tipología de los derechos subjetivos.

Son múltiples los criterios y clasificaciones de los derechos subjetivos, tanto en razón de sus rasgos y características como por su objeto o contenido. A continuación expondremos los tipos de derechos subjetivos que de mejor manera caracterizan los rasgos distintivos de los derechos del consumidor.²²⁰³

²¹⁹⁷ BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *ob. cit.*, p. 369.

²¹⁹⁸ CASTÁN, *Derecho civil español, ob. cit.*, p. 25; y BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 369.

²¹⁹⁹ Aun cuando en ellos no falte el externo o de pretensión constituido por la exigencia de respeto que puede invocarse contra todos, en los derechos absolutos o *erga omnes*, como los reales, se destaca más el elemento interno, aun cuando en ellos no falte el externo o de pretensión constituido por la exigencia de respeto que puede invocarse contra todos. En los derechos relativos, como los de crédito u obligaciones, sobresale el elemento externo (pretensión), como quiera que se hacen valer contra la persona determinada del deudor.

Al respecto, CASTÁN, *Derecho civil español*, t. I, v. II, *ob. cit.*, p. 23.

²²⁰⁰ CASTÁN, *Derecho civil español, ob. cit.*, p. 25; y BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 3

²²⁰¹ BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *ob. cit.*, p. 369.

²²⁰² DE CASTRO, *Derecho civil de España*, t. I., p. 587 ss; y CASTÁN, *Derecho civil español*, t. I, v. II, *ob. cit.*, p. 25 y 29.

²²⁰³ CASTÁN, *Derecho civil español, ob. cit.*, p. 25; y BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 369.

98.3.1. Derechos públicos y derechos privados.

Por la condición de los sujetos, es decir, la posición o carácter de éstos en la relación jurídica; o el interés protegido, sea éste individual o colectivo, se distingue entre derechos públicos subjetivos, por una parte, que son aquellos que nacen de relaciones en que participan los entes públicos, ora entre sí, ora entre los entes públicos y los particulares; y los derechos privados subjetivos, por la otra, que son aquellos que nacen de las relaciones entre particulares, bien se trate de personas individuales o de entes colectivos privados.²²⁰⁴

98.3.2. Derechos absolutos y relativos.

Teniendo en cuenta la extensión o la esfera de eficacia del poder jurídico, los derechos subjetivos pueden ser absolutos o relativos.²²⁰⁵ De esta manera se incluyen dentro de los derechos absolutos todos los derechos reales y los de la personalidad; y, dentro de los relativos, los créditos y los derechos potestativos.²²⁰⁶

Los derechos absolutos, también llamados derechos de exclusión, tienen un amplísimo nivel de eficacia, como sucede con los derechos reales (principalmente con el derecho de propiedad) que garantizan al sujeto activo, con respecto a todo el mundo (*erga omnes*), íntegra o parcialmente, el poder que aquél tiene sobre un objeto.²²⁰⁷

Los derechos relativos, como los de crédito, por el contrario, garantizan, contra una o varias personas determinadas, el poder para exigir de ellas una cierta conducta: una acción o una abstención.²²⁰⁸

98.3.3. Derechos patrimoniales y no patrimoniales.

Teniendo en cuenta la calidad del interés, los derechos subjetivos pueden ser patrimoniales y no patrimoniales.²²⁰⁹

²²⁰⁴ CASTÁN, *Derecho civil español*, ob. cit., p. 32; y MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, t. I, ob. cit., p. 88.

²²⁰⁵ Críticos frente a esta distinción y el criterio en el que se fundamenta, BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil*, t. I, v. I, ob. cit., p. 381.

²²⁰⁶ BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, ob. cit., p. 380-1.

²²⁰⁷ En cuanto atribuidos al sujeto o titular frente a la generalidad de los miembros sociales, los derechos absolutos son eficaces *erga omnes* y, en tal sentido, aptos para imponer a todos los terceros un deber u obligación general de abstención de perturbaciones, obstáculos, limitaciones y daños.

Los derechos relativos, por el contrario, en cuanto se refieren a uno o más sujetos determinados o determinables, se caracterizan por una eficacia subjetivamente limitada y por la existencia de una situación específica de desventaja (obligación), en cabeza de esos sujetos.

Al respecto, BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil*, ob. cit., p. 380-1.

²²⁰⁸ CASTÁN, *Derecho civil español*, t. I, v. II, ob. cit., p. 29-30.

²²⁰⁹ BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil*, ob. cit., p. 380-1.

98.3.3.1. Derechos patrimoniales.

Los derechos patrimoniales son aquellos que forman parte del patrimonio de una persona, vale decir, los que garantizan a su titular bienes estimables pecuniariamente.²²¹⁰ Por esta misma razón, los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transmisión, disposición y prescripción, lo que no sucede con los derechos no patrimoniales.²²¹¹

En general, sin mayor discusión, pertenecen a la primera categoría los derechos reales (*Dingliche Rechte*) y los derechos de crédito (*Fordeliche Rechte*), así como los derechos sobre bienes inmateriales (*Inmaterialguterrechte*) y ciertos derechos universales como los derechos hereditarios (*Erbrechte*), los derechos sobre el patrimonio de las personas jurídicas disueltas y los bienes gananciales.²²¹²

Dentro de las situaciones patrimoniales se destacan los derechos reales, por una parte, y los créditos u obligaciones, por la otra.²²¹³

1º Derechos reales.²²¹⁴

Como recurrentemente se dice en varias disposiciones del código civil, derecho real es el que recae sobre una cosa, vale decir, porciones del mundo físico o entidades perceptibles por los sentidos. Son bienes las cosas que pueden ser objeto de derechos reales, tales como la propiedad, el usufructo, el uso, la habitación y demás derechos de goce o sobre cosa ajena (*iura in re aliena*).²²¹⁵

Los derechos reales de goce se reducen a un número cerrado de figuras nominadas, predispuesto por el ordenamiento por medio de la identificación de un cierto número de situaciones específicamente individualizadas, o normativamente predeterminadas (tipicidad), y la consiguiente imposibilidad para los particulares, fundada en consideraciones de tipo social, de crear nuevas, adicionales a las taxativamente previstas en la ley (*numerus clausus*).²²¹⁶

²²¹⁰ VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, t. I, *ob. cit.*, p. 285-6.

²²¹¹ CASTÁN, *Derecho civil español ob. cit.*, p. 33.

²²¹² CASTÁN, *ob. cit.*, p. 33. v. También ENNECCERUS/KIPP/WOLFF, *Tratado de derecho civil*, t. I, p. 288.

²²¹³ CASTÁN, *Derecho civil español ob. cit.*, p. 33.

²²¹⁴ Sobre el tema, dotado de una vastísima bibliografía, v. COMPARTI, Marco, «*Diritti reali in generale*», en CICU, Antonio/MESSINEO, Francesco/MENGONI, Luigi/ SCHLESINGER, Piero, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, VIII, 1, Milán, Giuffrè, 2011; y BALLADORE-PALLIERI, Giorgio, «*Diritto soggettivo e diritto reale*», JUS, *Rivista di Scienze Giuridiche*, 1952, 1.

²²¹⁵ BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 394-5. Sobre la reductibilidad de los derechos reales de goce a un número cerrado de figuras nominadas, v. *Id.*, *ob. cit.*, p. 394-

²²¹⁶ Problema que no se plantea respecto de los derechos reales de garantía, de tipicidad rigurosa y número indiscutiblemente cerrado. Al respecto, BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 403.

Ahora bien, la apuntada razón social que justifica la cerrada tipicidad de los derechos reales de goce, y la consiguiente imposibilidad para los particulares de crear nuevas situaciones, o de adaptar las viejas figuras de este tipo, se relaciona con

La propiedad es la base de los derechos reales de goce, en el sentido de que éstos presuponen una situación de propiedad de la cual derivan. Tal derivación, empero, no implica la prevalencia de la propiedad sobre los derechos de goce, los cuales, por el contrario, actúan como límites de aquélla, no tanto del contenido, que se mantiene íntegro, sino del ejercicio de la facultad de goce.²²¹⁷

La mencionada limitación pone de relieve la llamada elasticidad de los derechos reales, esto es, la posibilidad de que su ejercicio vuelva a ser pleno una vez desaparezca la constrictión que la ocasionaba.²²¹⁸

El titular de cada uno de tales derechos puede gozar, directa o indirectamente, del bien y disponer de él, de modo pleno y exclusivo, con los límites establecidos por la ley. El goce directo de una cosa consiste en la posibilidad de sacarle inmediatamente la utilidad que ella puede dar. El indirecto consiste en la utilización jurídica del bien que se ejecuta por medio de la concesión del goce directo de él a otros mediante un acto negocial.²²¹⁹

Además de la ya mencionada elasticidad, los derechos reales se caracterizan por su inherencia, vale decir, por la persistencia del derecho sobre el bien, lo que da lugar a la oponibilidad *erga omnes* del mismo y, por tanto, a la obligación de todos de abstenerse de perturbar el goce pacífico del titular del derecho; así como por la posibilidad de que éste extraiga directamente utilidad del bien sin la intermediación de otro sujeto (inmediación y autosuficiencia).²²²⁰

Los derechos reales de garantía (prenda e hipoteca), tienen por función asegurar al acreedor, en caso de incumplimiento del deudor, la consecución por equivalente de cuanto le era debido, por el trámite de la venta forzada del bien, mueble o inmueble, dado en garantía, y la consiguiente posibilidad de satisfacer su crédito con preferencia respecto de los demás acreedores (*ius praelationis*), no igualmente asistidos de garantía real (quirografarios).²²²¹

Tanto la prenda como la hipoteca constituyen situaciones subjetivas que actúan como límite externo del derecho de propiedad u otro derecho real de goce del

el propósito de evitar que los sujetos más fuertes se aprovechen, por este medio, de los más débiles (BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *ob. cit.*, p. 403 y COMPORTI, *Diritti reali in generale, ob. cit.*, p. 287).

²²¹⁷ *ob. cit.*, p. 403 y COMPORTI, *Diritti reali in generale, ob. cit.*, p. 287.

²²¹⁸ BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 395-6.

²²¹⁹ BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *ob. cit.*, p. 396-7.

²²²⁰ *ob. cit.*, p. 397.

²²²¹ En concreto, tanto la prenda como la hipoteca son instrumentos dirigidos a vincular uno o más bienes del deudor, o de un tercero, a la satisfacción preferencial de los derechos del acreedor (garantías específicas), diferentes de la garantía genérica que representa el patrimonio del deudor para todos los acreedores, quienes tienen, a falta de una causa legítima de prelación, un derecho igual de satisfacerse sobre los bienes de aquél (*par condicio creditorum*).

Al respecto, BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 401.

constituyente (sea éste el propio deudor o un tercero que da en prenda o hipoteca un bien suyo),²²²² y en especial del ejercicio de la facultad de disposición.²²²³

Como derechos reales, tanto a la prenda como a la hipoteca les es inherente la llamada oponibilidad *erga omnes*, que se traduce en la facultad concedida al acreedor para perseguir el bien, dentro de ciertas condiciones, en manos de cualquier adquirente posterior.²²²⁴

2º Derechos personales, créditos u obligaciones.²²²⁵

Como derechos patrimoniales, los créditos son tanto disponibles como prescriptibles. Sin embargo, el rasgo que los diferencia de las demás situaciones patrimoniales, especialmente de los derechos reales, es que la llamada relación obligatoria presenta dos situaciones distintas, una activa y de ventaja (el crédito), y otra activa pero de desventaja (la obligación), funcionalmente coordinadas en el sentido de que la segunda tiene como objeto el servir de medio material para la satisfacción de la primera.²²²⁶

A diferencia de las situaciones reales, el crédito se manifiesta, no como un poder sobre una cosa, sino como una pretensión a un bien (cosa o utilidad), que corresponde al acreedor, y que el deudor se encuentra en la necesidad de satisfacer. La satisfacción del interés del acreedor, que se encuentra en la base del crédito, la realiza el deudor mediante la adopción de la conducta que corresponda exactamente al contenido de la obligación (cumplimiento).²²²⁷

98.3.3.2. Derechos no patrimoniales.

Entre los derechos no patrimoniales se incluyen todas las situaciones desprovistas del rasgo de la patrimonialidad, esto es, las que no tienen por objeto una prestación susceptible de valoración económica por el hecho de no ser la resultante de la calificación normativa de un interés patrimonial (los llamados derechos personalísimos por estar fundados en un interés estrictamente personal del titular); así como aquellos tradicionalmente indicados como derechos de la personalidad por tener como base los intereses esenciales del individuo o, en todo caso, conexos

²²²² BALLADORE-PALLIERI, Giorgio, "Diritto soggettivo e diritto reale", *ob. cit.*, p. 88.

²²²³ BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil*, *ob. cit.*, p. 40

²²²⁴ *ob. cit.*, p. 401; y COMPORTI, *Diritti reali in generale*, *ob. cit.*, p. 249 ss.

²²²⁵ HINESTROSA, *Tratado*, t. I, *ob. cit.*, p. 55 ss.

²²²⁶ La especificidad del crédito consiste en que, en el lado pasivo de la relación, ocupado por el titular de la situación de desventaja (es decir, el deudor), se encuentra un sujeto determinado, o por lo menos determinable por medio de instrumentos para la identificación del sujeto.

Al respecto, BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil*, *ob. cit.*, p. 404-5.

²²²⁷ BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *ob. cit.*, p. 405.

con atributos esenciales de la persona, a los que el ordenamiento jurídico otorga una consideración especial.²²²⁸

A la categoría de los derechos no patrimoniales corresponden, en general, los derechos de familia puros, los derechos de la personalidad y ciertos derechos corporativos o asociativos, como el derecho de pertenencia de un sujeto a una persona jurídica, que nace de la cualidad de miembro de la misma.²²²⁹

1º Derechos de la personalidad.

Dentro de las situaciones no patrimoniales la principal categoría que se destaca es la de los derechos de la personalidad,²²³⁰ en los cuales el bien al que tiende el interés protegido no se halla, como en los derechos patrimoniales, en la realidad fenoménica del mundo físico, sino inserto en la persona misma, como quiera que concierne a los atributos esenciales de ésta y a necesidades de carácter existencial vinculadas al hombre.²²³¹

Los rasgos esenciales de indisponibilidad e imprescriptibilidad que caracterizan a estas situaciones obedecen a la especial consideración que el ordenamiento jurídico, particularmente el constitucional, concede a la personalidad humana, y a las múltiples necesidades y los correspondientes intereses conexos directamente a ésta, como el valor digno de una mayor y más urgente protección.²²³²

98.3.4. Derechos disponibles e indisponibles.

Un derecho es absolutamente indisponible si es inalienable, es decir, intransferible o incedible por acto *inter vivos*, intransmisible *mortis causa*, irrenunciable, no pignorable y no usucapible.²²³³

La indisponibilidad del derecho puede ser absoluta o relativa. La primera acarrea la invalidez absoluta (nulidad) del acto con el cual se disponga del derecho, bien enajenándolo, renunciando a él o pignorándolo.²²³⁴ Indisponibilidad relativa es la

²²²⁸ BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 386.

²²²⁹ CASTÁN, *Derecho civil español*, t. I, v. II, *ob. cit.*, p. 25; y MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, t. I, *ob. cit.*, p. 88.

²²³⁰ Frente a la concepción pluralista de los derechos de la personalidad, que ve en ellos una serie cerrada de situaciones distintas entre sí aunque articuladas por su pertenencia a un sujeto, está la que sostiene, no la existencia de tales derechos, sino del derecho de la personalidad: un derecho único con contenido indefinido y variado, resultado de la calificación unitaria de las distintas manifestaciones de la personalidad del sujeto como entidad indivisible.

Al respecto, BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 386.

²²³¹ CASTÁN, *Derecho civil español*, t. I, v. II, *ob. cit.*, p. 25; y BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 386.

²²³² BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *ob. cit.*, p. 387.

²²³³ CASTÁN, *Derecho civil español*, t. I, v. II, *ob. cit.*, p. 25; y BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil, ob. cit.*, p. 383-4.

²²³⁴ BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *ob. cit.*, p. 384.

que es apta para generar no la nulidad, sino la anulabilidad del acto con el cual se disponga el derecho.²²³⁵

En otro sentido, se entiende por indisponibilidad relativa los casos en que los derechos resultan indisponibles sólo por ciertos aspectos, como ocurre con el usufructo, cuya duración limitada en el tiempo, hace de él un derecho intrasmisible *mortis causa*, aun cuando ciertamente transferible *inter vivos*, renunciable y pignorable; o en los derechos de uso y habitación, igualmente intrasmisibles *mortis causa*, tampoco pignorables, pero sí renunciables.²²³⁶

Este concepto de indisponibilidad relativa también se extiende a los derechos que, aun cuando eminentemente patrimoniales y disponibles, resultan indisponibles en consideración de la condición del titular o de su destinación para satisfacer necesidades que trascienden la posición de los particulares o de una y otra.²²³⁷

98.3.4.1. Indisponibilidad de los derechos de la personalidad e Indisponibilidad de los derechos estrictamente personales.

Hay derechos, como los llamados derechos de la personalidad que, atendiendo el interés esencialmente no patrimonial que le sirve de base, resultan naturalmente indisponibles.²²³⁸

Por otra parte, existen otros derechos (como el crédito alimentario, previsto en favor de determinadas personas que se hallan en situaciones de necesidad y en la imposibilidad de proveer al mantenimiento propio), que a pesar de referirse a una prestación económicamente valorable, por tener su base en intereses y necesidades de naturaleza existencial y personal, se configuran como un derechos absolutamente indisponibles (art. 424 c.c.col.).²²³⁹

98.3.5. Derechos transmisibles y derechos intrasmisibles.

Los derechos son transmisibles o intrasmisibles según admitan la posibilidad o no de ser transferidos por su titular a otra persona. Por cuanto son inseparables de su titular, bien por acto *inter vivos* (alienabilidad), bien *mortis causa* (heredabilidad), los derechos intrasmisibles se llaman también personalísimos.²²⁴⁰

²²³⁵ CASTÁN, *Derecho civil español*, t. I, v. II, *ob. cit.*, p. 25; y BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil*, *ob. cit.*, p. 384, n. 98.

²²³⁶ BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *ob. cit.*, p. 384, n. 98.

²²³⁷ Lo que sucede con la propiedad de los bienes públicos que hacen parte del patrimonio indisponible del Estado o de los entes públicos territoriales; como también con el usufructo legal de los padres sobre los bienes del hijo menor. Al respecto, BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *Derecho civil*, *ob. cit.*, p. 385.

²²³⁸ BRECCIA/BIGLIAZZI-GERI/NATOLI/BUSNELLI, *ob. cit.*, p. 383-4

²²³⁹ *ob. cit.*, p. 384.

²²⁴⁰ CASTÁN, *Derecho civil español*, t. I, v. II, *ob. cit.*, p. 31.

La transmisibilidad es la regla de los derechos patrimoniales, sean reales o personales. En el ámbito de los derechos reales, rompen esta regla general los derechos de uso y habitación, intransferibles a cualquier título. En el caso de los derechos créditos, se excepcionan aquellos en que la persona del acreedor constituye factor esencial (*intuitu personae*).²²⁴¹

También en el derecho privado son intransmisibles los derechos de la personalidad y poderes familiares como la patria potestad y la autoridad marital.²²⁴²

98.4. La estructura del derecho subjetivo.

El derecho subjetivo contiene los siguientes elementos:

98.4.1. El sujeto o titular.

El sujeto o titular es la persona a la que se confía y atribuye el poder jurídico. La titularidad es la cualidad jurídica por virtud de la cual una persona está investida del poder jurídico contenido en un derecho o en una pluralidad de derechos, con independencia del goce del mismo o de su ejercicio.²²⁴³

En rigor, la noción de titularidad tiene un sentido más amplio que comprende no sólo los derechos subjetivos sino a las demás situaciones jurídicas subjetivas (como las facultades y las potestades, entre otras).²²⁴⁴

Por último, la titularidad puede revestir diversos tipos: titularidad interina o provisional; compartida o cotitularidad, en los diversos tipos de pluralidad de sujetos (comunidad, solidaridad); independiente y subordinada.²²⁴⁵

98.4.2. El objeto.

El objeto del derecho es la realidad sobre la que recae el poder o facultad reconocido al titular.²²⁴⁶

98.4.3. El contenido.

El contenido es el poder o conjunto de poderes que pertenecen al titular. A su vez, el contenido del derecho reviste los tres siguientes aspectos:

²²⁴¹ CASTÁN, *ob. cit.*, p. 31.

²²⁴² *ob. cit.*, p. 31.

²²⁴³ *ob. cit.*, p. 34.

²²⁴⁴ DE CASTRO, *Derecho civil de España, ob. cit.*, p. 564 y 600 ss.

²²⁴⁵ CASTÁN, *Derecho civil español, ob. cit.*, t. I, v. II, p. 334-5.

²²⁴⁶ CASTÁN, *ob. cit.*, t. I, v. II, p. 334-5.

1º La atribución o facultad, que constituye el elemento activo del derecho subjetivo;

2º El deber o elemento pasivo, que puede ser un deber general o un deber especial respecto de determinada persona, que queda en situación de obligada (deber obligacional); y

3º Los medios de defensa que para proteger el contenido del derecho se conceden a su titular (acciones y excepciones, legítima defensa, entre otros).²²⁴⁷

99. Derechos del consumidor.

99.1. Derechos y posiciones del consumidor.

El haz de derechos y posiciones adscritos directa o indirectamente al artículo 42 EC presenta una estructura compleja como quiera que comprende posiciones tanto del *status* pasivo como del *status* activo que definen el contenido de la prohibición de abuso como un todo.²²⁴⁸

La relación, el derecho o la posición puede, en efecto, tener por objeto una abstención del predisponente o del Estado, es decir, una omisión que el titular del derecho puede exigir de éste o de aquél; o el objeto de dicha relación puede consistir en una acción positiva del sujeto pasivo, esto es, el consumidor tiene el derecho a que el predisponente o el Estado realice a su favor una conducta positiva.²²⁴⁹

De esta manera, los derechos del consumidor pueden asumir la estructura de los derechos de defensa o de los derechos de prestación.²²⁵⁰

Ahora bien, entre los derechos, las posiciones y las normas de abusividad contractual existe una relación de implicación necesaria: la titularidad del derecho en cabeza de los consumidores corresponde a una norma válida que reconoce ese derecho.²²⁵¹

Del mismo modo puede decirse que si una norma válida garantiza un derecho al consumidor, entonces existe una posición cuya protección su titular puede exigir jurídicamente.²²⁵²

²²⁴⁷ *ob. cit.*, p. 334.

²²⁴⁸ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 224 y 393.

²²⁴⁹ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

²²⁵⁰ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

²²⁵¹ *ob. cit.*, p. 4-36.

²²⁵² CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

Como fue visto, el objeto de dicha posición puede ser una acción o una omisión ordenada, prohibida o permitida por una norma legal, cuya realización el consumidor puede exigir del predisponente o del Estado, según el caso.²²⁵³

Los derechos y posiciones son consecuencias que se derivan de las normas legales de abusividad.²²⁵⁴

De la prohibición de abuso, por ejemplo, se desprende, como consecuencia lógica de la estructura de tal norma, en cabeza de los consumidores, el derecho a que no sean incluidas en su contra cláusulas abusivas.

Tal derecho y, más exactamente, la posición del consumidor que corresponde a tal derecho, supone una específica relación jurídica integrada por los tres siguientes elementos:²²⁵⁵

1º Un sujeto activo o titular de la relación o del derecho, que en este caso es el consumidor.²²⁵⁶

2º Un sujeto pasivo que lo constituye, en primer lugar, el predisponente, así como, de manera mediata, el Estado, a quien corresponde en última instancia proteger y hacer efectiva dicha relación.²²⁵⁷

3º Finalmente, un objeto de la relación que es siempre una acción (un hacer o una omisión) del predisponente o del Estado prescrita por las normas a favor del sujeto activo (el consumidor afectado), cuyo cumplimiento puede este hacer valer sobre el sujeto pasivo.²²⁵⁸

El enunciado según el cual “*los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*” (art. 42 EC), expresa una norma universal que confiere a los consumidores (a) un derecho frente

²²⁵³ Ahora bien, entre las normas de abusividad contractual y los derechos y posiciones de los consumidores existe una relación de correspondencia recíproca. A la prohibición de abuso, como hemos dicho, corresponde el derecho de los consumidores a que no sean incluidas cláusulas abusivas, así como la reparación de los perjuicios que dicha inclusión le ocasione.

Con relación a estos derechos puede afirmarse que sus titulares se hallan en la posición de exigir del predisponente o del Estado (sujetos pasivos) la realización de su objeto, ya que existen normas legales que prohíben tanto la inclusión de cláusulas abusivas como la indemnización de los perjuicios que cause a los consumidores la violación de tal prohibición.

Al respecto, v. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 47.

²²⁵⁴ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *ID.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

²²⁵⁵ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

²²⁵⁶ ob. cit., p. 4-36.

²²⁵⁷ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *ID.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

²²⁵⁸ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 350-3. v. también, BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, ob. cit., p. 88; e *ID.*, *La estructura de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 24 ss.

a los productores y proveedores (**b**) a que estos no incluyan en sus contratos cláusulas abusivas.²²⁵⁹

a (consumidor) tiene frente a los productores y proveedores (predisponentes en los contratos de adhesión), el derecho a que éstos no incluyan, en los contratos celebrados con los primeros, cláusulas o condiciones abusivas.²²⁶⁰

Si la anterior norma es válida, entonces **a** se encuentra frente al predisponente en una posición que consiste exactamente en que **a** tiene frente al predisponente el derecho a que no sean incluidas en sus contratos cláusulas o condiciones abusivas.²²⁶¹

Esta posición puede expresarse con el mismo enunciado mediante el cual se expresa aquélla norma individual.²²⁶²

Si es válida la norma individual según la cual **a** tiene frente a **b** un derecho a **G**, entonces **a** se encuentra en una posición jurídica caracterizada por tener frente a **b** un derecho a **G**; y si la posición jurídica de **a** consiste en que **a** tiene frente a **b** un derecho a **G**, entonces es válida la norma individual de que **a** tiene frente a **b** un derecho a **G**.²²⁶³

99.2. La estructura de la posición del consumidor.

La estructura de la posición del consumidor corresponde a la de los derechos a algo. La forma más general de un enunciado sobre un derecho a algo es la siguiente: **a** tiene frente a **b** un derecho a **G**.

Este enunciado pone de manifiesto que el derecho a algo puede concebirse como una relación triádica, compuesta de los siguientes tres elementos: el portador o titular del derecho (**a**); el destinatario del derecho (**b**); y el objeto del derecho (**G**).

Por tanto, la forma más general de un enunciado sobre un derecho a algo puede expresarse de la siguiente manera: DabG. “D” expresa la referida relación triádica.

De este esquema surgen cosas totalmente diferentes según lo que se ponga en el lugar de **a**, **b** y **G**. En la relación que surge de la prohibición de abuso, el titular del derecho (**a**) es el consumidor; el destinatario (**b**) es el predisponente (empresario o profesional, productor o proveedor); finalmente, el objeto (**G**) será siempre una

²²⁵⁹ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *ID.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

²²⁶⁰ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

²²⁶¹ ob. cit., p. 4-36.

²²⁶² ob. cit., p. 4-36.

²²⁶³ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 155.

acción del destinatario (una acción positiva o una omisión), en este caso abstenerse de introducir cláusulas o condiciones abusivas en perjuicio del consumidor (**a**).

Los derechos de **a** tienen la estructura representada por DabG y están referidos a acciones del destinatario: **a** tiene frente al predisponente el derecho a que este no introduzca en su perjuicio cláusulas o condiciones abusivas.²²⁶⁴

99.3. Derechos a acciones negativas del predisponente.

Los derechos del consumidor a acciones negativas del predisponente son de diferente tipo:²²⁶⁵

1º Derechos a que el predisponente no impida u obstaculice determinadas acciones del consumidor.²²⁶⁶

2º Derechos a que el predisponente no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho.²²⁶⁷

3º Derechos a que el predisponente no elimine determinadas posiciones jurídicas del consumidor.²²⁶⁸

Sobre los derechos negativos puede verse la lista de acciones o supuestos vedados al predisponente respecto de los derechos y posiciones del consumidor, y que de manera ejemplificativa o no exhaustiva establecen las “listas negras” de los derechos colombiano y español.²²⁶⁹

99.3.1. Derecho a que el predisponente no impida u obstaculice determinadas acciones del consumidor.

En general, la distinción entre un impedimento y una obstaculización puede ser aclarada de la siguiente manera: un impedimento de una acción de **a** por parte de **b** se presenta cuando este crea circunstancias que hacen fácticamente imposible para **a** realizar la acción.²²⁷⁰

Puede hablarse de la obstaculización de una acción de **a** por **b** cuando éste crea situaciones que pueden impedir a **a** realizar la acción.²²⁷¹

²²⁶⁴ ALEXY, *ob. cit.*, p. 165.

²²⁶⁵ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

²²⁶⁶ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

²²⁶⁷ *ob. cit.*, p. 4-36

²²⁶⁸ *ob. cit.*, p. 4-36.

²²⁶⁹ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 466-83.

²²⁷⁰ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

²²⁷¹ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

99.3.2. Derechos a que el predisponente no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho.

El segundo grupo de los derechos del consumidor a acciones negativas del predisponente está constituido por los derechos a que éste no afecte determinadas propiedades o situaciones del consumidor (titular del derecho).²²⁷²

Al enunciado sobre un derecho semejante puede dársele la siguiente forma estándar: **a** (consumidor) tiene frente a **b** (predisponente) un derecho a que este no afecte la propiedad A (o la situación B) de **a**.²²⁷³

99.3.3. Derechos a que el predisponente no elimine determinadas posiciones jurídicas del consumidor.

El tercer grupo de derechos a acciones negativas del predisponente está constituido por los derechos a que éste no elimine determinadas posiciones jurídicas del consumidor (principalmente la de propietario), o las consecuencias jurídicas vinculadas a tales posiciones: la posibilidad jurídica o la competencia para adquirir o transmitir la propiedad sobre determinados objetos o de realizar determinadas acciones jurídicas, por ejemplo.²²⁷⁴

La forma estándar a que se reducen tales enunciados es la siguiente: **a** (consumidor) tiene derecho frente a **b** (predisponente) a que éste no elimine u obstaculice la posición jurídica (PJ) de **a**.²²⁷⁵

Que exista una posición jurídica (PJ), significa que existe una norma (individual o universal) correspondiente.²²⁷⁶

²²⁷² CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *ID.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

²²⁷³ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 4-36.

²²⁷⁴ ob. cit., p. 4-36.

²²⁷⁵ ob. cit., p. 4-36.

²²⁷⁶ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 169-70.

EXCURSUS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LISTA DE CLÁUSULAS *PRIMA FACIE* ABUSIVAS

100. La lista de cláusulas *prima facie* abusivas como norma directamente estatuida.

Otra norma de abusividad directamente estatuida, no por la prohibición general de abuso, sino por el artículo 43 EC, pero que guarda una importante relación con ésta en la estructuración del sistema de control de contenido, es la lista de supuestos potencialmente abusivos establecida en la ley.²²⁷⁷

El artículo 43 EC establece, en efecto, una lista gris y no exhaustiva de cláusulas *prima facie* abusivas, las cuales la ley sanciona con la ineficacia de pleno derecho. Al mismo tiempo, el artículo 38 EC (cláusulas prohibidas), establece que en los contratos de adhesión no se podrán incluir cláusulas que permitan al productor o proveedor modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones.²²⁷⁸

De acuerdo con lo anterior, el legislador colombiano, al lado de la prohibición de abuso (art. 42), centrada en el concepto de equilibrio injustificado y en la valoración de conjunto de todas las condiciones particulares del contrato (mandato de ponderación), estableció en el citado artículo 43, siguiendo la tradición iniciada en la ley alemana de 1976 y continuada en la Directiva europea 13/93, una lista enunciativa y no exhaustiva de cláusulas abusivas.²²⁷⁹

Esta lista meramente ejemplificativa, complementa la prohibición de abuso y concreta o precisa el concepto de cláusula abusiva sin ninguna pretensión de agotar con carácter exhaustivo todas las hipótesis de éstas, como quiera que no excluye la posibilidad de que otras cláusulas, de conformidad con la definición general del artículo 42 EC, también lo sean.²²⁸⁰

100.1. La relación entre la prohibición de abuso y la lista de supuestos presuntamente disruptivos del equilibrio del contrato.

Como fue visto, la doctrina distingue entre listas negras y grises de cláusulas abusivas, en la medida en que unas u otras contengan conceptos jurídicos

²²⁷⁷ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

²²⁷⁸ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss; *Id.*, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

²²⁷⁹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss.

²²⁸⁰ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 106 ss. Algunas de estas cláusulas, como las previstas en el num. 10 del artículo 43 EC (relacionadas con el pago de intereses no autorizados legalmente), a pesar de que dicha disposición las califica de abusivas, como categoría especial de cláusulas ineficaces, son nulas por ser contrarias a normas imperativas generales.

indeterminados que exijan valoraciones circunstanciadas, de manera que en ciertos casos las cláusulas puedan ser consideradas abusivas y en otros no.²²⁸¹

En este sentido, la lista del artículo 43 EC es gris, o por lo menos mixta, en la medida en que mezcla prohibiciones precisas con otras que requieren la determinación de ciertos conceptos y, en cualquier caso, remiten a la prohibición de abuso del artículo 42 EC, pues, independientemente de que una cláusula se subsuma en alguno de los supuestos de la lista, dicha disposición, para efectos de considerarla abusiva, exige que la cláusula produzca, en detrimento del consumidor, un desequilibrio injustificado, teniendo en cuenta las condiciones particulares del contrato.²²⁸²

El hecho de que un supuesto concreto no se halle incluido expresamente dentro de la lista del artículo 43 EC no significa la validez de la cláusula concreta que lo contenga, pues debe acreditar también su conformidad con los requisitos exigidos por la prohibición de abuso al efecto, relacionados con el equilibrio injustificado de obligaciones y derechos y juicio de abusividad circunstanciado.²²⁸³

No cabe argumentar *a contrario* en este caso, pues las cláusulas o condiciones que no se encuentren en la lista no siempre, dependiendo de las condiciones particulares del acto, serán válidas a la luz de la prohibición de abuso, en la medida en que su imposición produzca un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor.²²⁸⁴

Pero la lista, en la medida en que contiene supuestos considerados *prima facie* abusivos, sí puede proporcionar puntos de partida para argumentos de analogía y argumentos a contrario que, contrastados con los requisitos de la prohibición de abuso, permitan considerar, de manera definitiva, una cláusula como abusiva.²²⁸⁵

Recuérdese que, en la medida en que una cláusula se subsuma en alguno de los supuestos de la lista establecida en el artículo 43 EC, se presume de hecho un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, debiendo el predisponente, para desmontar tal presunción, aportar las razones o argumentos que justifiquen el desequilibrio de derechos y obligaciones derivados del contrato.²²⁸⁶

²²⁸¹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss; *Id.*, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

²²⁸² MIQUEL GONZÁLEZ, *Artículo 10 bis*, ob. cit., p. 952-3.

²²⁸³ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss; *Id.*, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

²²⁸⁴ MIQUEL GONZÁLEZ, *Artículo 10 bis*, ob. cit., p. 953.

²²⁸⁵ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss.

²²⁸⁶ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 106 ss; *Id.*, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; *Id.*, *El principio*, ob. cit., p. 4-36.

100.2. La naturaleza jurídica de la lista.

En cuanto a la naturaleza de la lista, es decir, si se trata de un elenco negro o gris de cláusulas abusivas, no parece que la intención del legislador haya sido la de establecer una serie de supuestos cuya aplicación a los casos concretos prescindiera de valoración alguna y que, en la medida en que se subsuman en alguno de los tipos recogidos en la lista, debieran ser declarados abusivos (lista negra).²²⁸⁷

Tal lista negra sería una proyección del derecho imperativo sobre las cláusulas no negociadas.²²⁸⁸

Por el contrario, a pesar del esfuerzo desplegado por el legislador para reducir el número de supuestos (14 en total), y comprimir y concretar cada uno de los mismos, subsisten en la lista “conceptos jurídicos indeterminados”, tales como “derechos del consumidor”, “responsabilidad del productor o proveedor”, entre otros, cuya aplicación exige ponderar las razones que militan a favor o en contra de su abusividad en el marco de las condiciones de la celebración del contrato, ponderación que impide la calificación automática de la cláusula como abusiva.²²⁸⁹

Además, el carácter complementario de la lista respecto de la prohibición de abuso, que sujeta el juicio de abusividad, no a la simple subsunción sino al examen previo y conjunto de todas las condiciones particulares del contrato (art. 42 EC), permite considerar como lista gris el elenco de supuestos que de manera abierta y ejemplificativa establece el artículo 43 EC.²²⁹⁰

Tal lista gris la integran todos aquellos supuestos que describen hipótesis de cláusulas que se presumen abusivas, pero que podrían no serlo de acuerdo con las condiciones particulares del contrato, de las demás cláusulas del mismo o de la naturaleza del bien o servicio que constituya su objeto.²²⁹¹

En otras palabras, la lista gris del artículo 43 EC comprende aquellas cláusulas que, *prima facie*, por su grado de indeterminación normativa, parecen a primera vista abusivas.²²⁹²

Esta supuesta o potencial abusividad, sin embargo, debe ser enjuiciada después en función de las condiciones particulares de cada contrato en concreto.²²⁹³

²²⁸⁷ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss.

²²⁸⁸ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 466.

²²⁸⁹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss; *Id.*, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

²²⁹⁰ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

²²⁹¹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss.

²²⁹² CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 106 ss.

²²⁹³ Condición necesaria para que una cláusula de un contrato concreto sea considerada abusiva, es que se subsuma en alguno de los supuestos legales, más o menos indeterminados, según hemos visto, contenidos en la lista del artículo 43 EC.

El elenco de supuestos previsto en el artículo 43 EC no constituye una lista negra de cláusulas abusivas como quiera que, si bien en abstracto las hipótesis previstas en el mismo normalmente producen un desequilibrio del contrato, dicho elenco no tiene en cuenta las razones que en un caso concreto puedan justificar dicho desequilibrio.²²⁹⁴

En otras palabras, dada la ocurrencia de los supuestos de la lista, se presume que el mismo produce un desequilibrio en los derechos y deberes derivados del contrato, pero dicha presunción puede ser derrumbada en un caso concreto cuando haya razones que de manera suficiente justifiquen tal desequilibrio.²²⁹⁵

Se trata, en definitiva, de una presunción *iusuris tantum*, que admite prueba en contrario, no de una presunción *iusuris et de iure*.²²⁹⁶

100.3. La relativa indeterminación normativa de la lista.

El artículo 43 EC establece una lista de cláusulas presuntamente disruptivas o desequilibrantes del contrato, cuya ilegalidad el legislador sanciona con la ineficacia de pleno derecho.²²⁹⁷

Esta lista meramente ejemplificativa (enunciativa y no exhaustiva, como se califica en el derecho español), complementa la prohibición de abuso y concreta el concepto de cláusula abusiva sin ninguna pretensión de agotar todas las hipótesis posibles, como quiera que no excluye la posibilidad de que otras cláusulas o condiciones también lo sean en la medida en que reúnan las exigencias del artículo 42 EC.²²⁹⁸

Tal condición, sin embargo, no es suficiente, porque a pesar de que una cláusula se subsuma en algunos de los supuestos legales de la lista, no sea abusiva en vista de las condiciones que para el efecto exige el artículo 42 EC: equilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y valoración de todas las condiciones particulares del contrato.

Al respecto, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1646.

En este sentido, en el supuesto previsto en el num. 12 del artículo 43 EC ("*cláusulas que obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral*"), a pesar de que se trata de una hipótesis normativamente bien delimitada, al punto de que la cláusula compromisoria contenida en un contrato celebrado con consumidores debe considerarse *prima facie* abusiva, puede no serlo por ejemplo si considerado el contrato en su conjunto, o teniendo en cuenta las condiciones particulares del mismo, se llega a la conclusión de que la misma no produce un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor.

Al respecto, RODRÍGUEZ YONG, *Una aproximación a las cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 102.

La ley prevé en este caso un supuesto que no necesita ponderación alguna, pero que no permite, sin más, considerar una cláusula concreta como abusiva si además no se le somete al examen de abusividad, esto es, si además de subsumirse en alguno de los supuestos de la lista del artículo 43 EC, dicha cláusula produce, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado, atendidas las condiciones particulares del contrato (art. 42 EC).

²²⁹⁴ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss; *Id.*, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

²²⁹⁵ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1646.

²²⁹⁶ v. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, SCCC, C-731 de 2005.

²²⁹⁷ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss; *Id.*, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

²²⁹⁸ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss.

Como hemos dicho, en cuanto a la naturaleza jurídica de la lista, teniendo en cuenta el grado de indeterminación normativa de cada uno de los supuestos, la aplicación judicial del elenco previsto en el artículo 43 EC no prescinde por completo de valoración o ponderación, que es el rasgo que identifica a las listas negras, ni permite tener por abusiva la cláusula o condición que simplemente se subsuma en alguno de los supuestos de la lista, como una proyección del derecho imperativo.²²⁹⁹

A pesar del esfuerzo desplegado por el legislador por reducir el número de supuestos, subsisten en la lista conceptos jurídicos necesitados de ponderación o concreción normativa que impiden la calificación automática de la cláusula como abusiva.²³⁰⁰

Además, el carácter complementario de la lista respecto de la prohibición general de abuso, que sujeta la abusividad de una cláusula al cumplimiento de los requisitos de desequilibrio injustificado y valoración circunstanciada de las condiciones particulares del contrato, induce a catalogar como gris el elenco de cláusulas abusivas que de manera abierta y ejemplificativa establece el artículo 43 EC.²³⁰¹

Tal lista gris la integrarían aquellos supuestos que describen hipótesis de cláusulas que se presumen abusivas, pero que podrían no serlo de acuerdo con las condiciones particulares del contrato, como sería la naturaleza del bien o servicio que constituye su objeto, el contexto contractual o las circunstancias especiales de su celebración.²³⁰²

La lista del artículo 43 EC, por comprender los supuestos más frecuentes de cláusulas abusivas, se presumen tales, pero por su grado de indeterminación relativa, o por el reenvío normativo que el legislador hace a los requisitos del artículo 42 EC, su abusividad debe ser examinada en función de tales requisitos (equilibrio injustificado), teniendo en cuenta las condiciones particulares del contrato.²³⁰³

Podría decirse que el elenco de supuestos previsto en el artículo 43 EC constituye una lista negra de cláusulas abusivas cuando, además de prever una hipótesis en términos precisos y concretos, no existe ninguna razón que pueda justificar el desequilibrio que en los derechos del consumidor produce su inclusión como cláusula del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares de éste.²³⁰⁴

²²⁹⁹ v. *Supra* 100.2 y CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss.

²³⁰⁰ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 466.

²³⁰¹ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss; *Id.*, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

²³⁰² CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

²³⁰³ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss.

²³⁰⁴ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1646.

CUARTA PARTE

**ABUSIVIDAD Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
LAS PARTICULARIDADES DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE
PROPORCIONALIDAD EN EL CONTROL JUDICIAL DE LAS CLÁUSULAS
ABUSIVAS**

**EL PAPEL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO PARA
DEFINIR LA ABUSIVIDAD DE LAS CONDICIONES GENERALES DE
CONTRATACIÓN**

CAPÍTULOS XIX-XXX

TITULO OCTAVO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

101. Introducción: la relación derecho-restricción.²³⁰⁵

En los casos en que un derecho fundamental es restringido o limitado por una norma subconstitucional (una ley ordinaria o una regla del *common law*), dicha limitación será conforme con la Constitución sólo si la misma es también proporcional.²³⁰⁶

Dentro de los distintos ámbitos y enfoques en que puede ser estudiada la proporcionalidad, en este punto de nuestro trabajo la misma será abordada en el marco de la relación derecho-restricción, es decir, como criterio para determinar la constitucionalidad de la norma subconstitucional que limita un derecho fundamental.²³⁰⁷

101.1. El derecho y su restricción.²³⁰⁸

En la base de la comprensión moderna de los derechos se hallan los conceptos de derecho y su restricción.²³⁰⁹ El ámbito de protección del derecho lo determinan, por una parte, el supuesto de hecho, definido en la Constitución y la ley; y, por la otra, la restricción y su justificación.²³¹⁰

El ámbito de un derecho fundamental es determinado de acuerdo a los principios de interpretación constitucional, según el objetivo o el fin subyacente a cada derecho en cuestión,²³¹¹ sin tener en cuenta ningún otro derecho fundamental, ni

²³⁰⁵ BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 159 ss; *Id.*, «Proporcionalidad», en ÁLVEZ MARÍN y COLÓN-RÍOS (eds.), *La aplicación judicial de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 35 ss; y SCHLINK, Bernhard, «Proportionality», en ROSENFELD, Michel y SAJÓ, András (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012.

²³⁰⁶ BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales*, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 37.

²³⁰⁷ BARAK, ob. cit., p. 37.

²³⁰⁸ SCHLINK, *Proportionality*, ob. cit.; y BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 37.

²³⁰⁹ Esta comprensión, nacida a partir de la Segunda Guerra Mundial, distingue los dos siguientes conceptos: el ámbito de un derecho fundamental y las limitaciones a las que está sujeto, vale decir, en primer lugar, el campo cubierto por el derecho (su contenido y sus fronteras), así como, en segundo término, su limitación o las condiciones bajo las cuales es permitido que el derecho no sea plenamente realizado. Estas condiciones están basadas en una cláusula limitativa, expresa o implícita, que permite que un derecho fundamental sea limitado de una manera proporcional, bien por una ley ordinaria, en el sistema del *civil law*, bien por un precedente judicial, en el *common law*.

Por fuera de los pocos derechos fundamentales absolutos, no sujetos a limitación alguna, por ejemplo el derecho a no ser torturado (Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, CNUT), la mayoría de los mismos son relativos y sujetos a limitación por normas subconstitucionales. Como sucede en Alemania (Ley Fundamental, art. 19,2), los derechos fundamentales relativos tienen un núcleo o contenido esencial (*Wesensgehalt*) que no puede ser limitado.

Al respecto, BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales*, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 38; BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 511 ss; y GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, CEC, 1994.

²³¹⁰ BARAK, ob. cit., p. 159.

ningún otro interés público que se oponga o se encuentre en conflicto con el mismo.²³¹²

El criterio conforme al cual se mide el grado de realización del derecho es el principio de proporcionalidad.²³¹³ Un derecho restringido, bien por la ley o por una decisión judicial, plantea la cuestión sobre la base o fundamento de esa restricción. En otras palabras, la base de la cláusula restrictiva del derecho, expresa o implícitamente expresada en la Constitución o la ley, es el principio de proporcionalidad.²³¹⁴

De manera sintética y simple, el principio de proporcionalidad constituye una relación adecuada entre fines y medios.²³¹⁵

²³¹¹ BARAK, *Purposive Interpretation in Law*, ob. cit.; y GOLDSWORTHY, Jeffrey, «*Constitutional Interpretation*», en ROSENFELD, Michel y SAJO, Andrés (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012.

²³¹² Cuando uno o ambos derechos en colisión han sido formulados como reglas, el conflicto ha de ser resuelto en el plano constitucional mediante la aplicación de las máximas *lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat lex generali*. En cambio, cuando los derechos en colisión han sido formulados como principios (la validez de la ley que limita un derecho formulado como un principio en aras de realizar un derecho formulado también como un principio), ha de ser resuelto mediante la ponderación de los principios en colisión (principio de proporcionalidad).

Al respecto, BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad*, ob. cit., p. 39; DWORKIN, *Los derechos en serio*, ob. cit., p. 61; y BREMS, Eva (ed.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Gante, Intersentia, 2008.

²³¹³ La distinción entre el ámbito y la limitación de un derecho fundamental supone dos etapas en el análisis constitucional de la ley que limita o restringe tal derecho: en la primera etapa se pregunta si el derecho fundamental se halla limitado por una norma subconstitucional, prueba de lo cual corresponde a quien alega tal limitación.

En la segunda etapa se pregunta si la limitación del derecho fundamental es proporcional, caso en el cual el peso o la carga de la prueba recaerá en quien alegue que la limitación es proporcional.

Al respecto, BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad*, ob. cit., p. 38 y 39.

²³¹⁴ BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 159. El principio de proporcionalidad es un criterio metodológico compuesto por el fin adecuado, la conexión racional, los medios necesarios y la relación adecuada entre el beneficio obtenido con la realización del fin y la restricción del derecho (proporcionalidad en sentido estricto o mandato de ponderación). La medida restrictiva del derecho, para que sea válida, ha de cumplir cumulativamente estos requisitos de la proporcionalidad (ob. cit., p. 159).

El anterior representa el modelo general y más ampliamente aceptado del principio de proporcionalidad en la mayoría de países. No obstante, algunos ordenamientos jurídicos han optado por un modelo más flexible de este principio, integrado por los siguientes tres elementos: el fin adecuado, la conexión racional y la relación adecuada entre el cumplimiento del fin y la restricción del derecho.

Al respecto, VAN GERVEN, Walter, «*The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe*», en ELLIS, Evelyn (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Portland, Oregon, Hart Publishing, 1999, p. 37 ss.

²³¹⁵ BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 160. Esta descripción simple, sin embargo, puede conducir a considerar erróneamente que los únicos factores relevantes en la proporcionalidad son los fines y los medios escogidos para alcanzarlos, o que los medios escogidos son sólo examinados en función del propósito al que ellos están dirigidos a lograr, sin tener en cuenta el derecho restringido.

Los medios escogidos representan las razones que justifican la restricción del derecho: sólo los medios que superan los exámenes del principio de proporcionalidad pueden válidamente considerarse medios adecuados. En otras palabras, sólo cuando la importancia social del beneficio obtenido con la realización del fin adecuado es mayor que la importancia social de evitar el daño causado por la restricción del derecho, se puede considerar que tal restricción es proporcionada. De esta manera, el principio de proporcionalidad tiene en cuenta el fin de los medios, el derecho restringido y la adecuada relación entre ellos.

Cosa distinta es que esta adecuada relación de proporcionalidad entre la importancia social del beneficio que se logra con la realización del propósito versus la importancia social de evitar el daño causado al derecho se exprese de forma diversa en las distintas Constituciones. En algunos casos, el texto constitucional exige que la restricción del derecho sea necesaria o razonable, como ocurre con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades

101.2. Mecanismos de restricción de los derechos.

En el derecho comparado existen diversos mecanismos, que reflejan el particular contexto histórico en el que cada ordenamiento reconoce los derechos y establece el modo de su restricción.²³¹⁶

Dentro del espectro de soluciones hallamos desde constituciones que reconocen un catálogo extenso de derechos sin señalar ningún mecanismo para su restricción, como sucede con la Constitución de los Estados Unidos respecto de las libertades de expresión y de religión; hasta aquellas que definen los derechos en forma absoluta, junto a una cláusula restrictiva general, aplicable a tales derechos sin excepción, como ocurre en Canadá o Israel.²³¹⁷

Entre los anteriores extremos existe una gama de soluciones intermedias.²³¹⁸ Algunas constituciones no establecen ninguna cláusula restrictiva general, sino una cláusula restrictiva específica para algunos derechos especiales, en tanto que otras establecen indistintamente tanto cláusulas restrictivas generales como específicas, cláusulas implícitas o de creación judicial, como quiera que cada ordenamiento decide autónomamente, según sus particularidades históricas, la forma de restricción de los derechos.²³¹⁹

El silencio respecto de las cláusulas restrictivas, sean éstas generales o específicas, debe interpretarse, considerando la totalidad del sistema constitucional, como que los derechos son restringibles o limitables (relativos), de manera que la Constitución

Fundamentales del 14 de noviembre de 1950 (arts. 8-11) y la Carta Canadiense de los Derechos y Libertades (Sección 1ª). [ob. cit., p. 161].

²³¹⁶ BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 160.

²³¹⁷ Al respecto, v. BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 161, y los informes de BLECKMANN, Albert y BOTHE, Michael, «*General Report on the Theory of Limitations on Humans Rights*» en Armand L.C DE MESTRAL, *The Limitations of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, Montreal, Les Editions Yvon Blais, 1986, p. 44; y JACOBS, Francis, «*The "Limitation Clause" of the European Convention of Human Rights*», en Armand L.C. DE MESTRAL, *The Limitations of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, ob. cit., p. 22 ss.

²³¹⁸ Sobre las cláusulas restrictivas explícitas e implícitas, v. BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 164-65. La nota prevalente en el derecho constitucional comparado es que junto a las restricciones explícitas se reconocen también las restricciones implícitas, teniendo ambas el mismo estatus constitucional. Sin embargo, los componentes de las cláusulas restrictivas implícitas no son necesariamente idénticos a los de las cláusulas restrictivas explícitas.

La principal diferencia entre ambas radica en los fines que justifican la restricción: en ausencia de una disposición constitucional especial relativa a los fines adecuados, la legitimidad de la restricción se mide respecto de disposiciones generales de la Constitución, sean éstas explícitas o implícitas.

De esta manera, un derecho que no esté acompañado de cláusula restrictiva alguna, sea ésta general o específica, puede ser objeto de restricción con el fin de proteger otros derechos que se encuentren en la Constitución. De igual modo, un derecho podría ser objeto de restricción con el propósito de realizar o llevar a cabo otros fines protegidos, explícita o implícitamente por la Constitución.

Ahora bien, el principio de proporcionalidad se aplica por igual tanto a las restricciones explícitas como a las implícitas [BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 165-6].

²³¹⁹ BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 162; y BLECKMANN y BOTHE, *General Report on the Theory of Limitations on Humans Rights*, ob. cit., p. 107.

que pretenda impedir la restricción de un derecho, debe establecerlo de manera explícita.²³²⁰

101.2.1. Restricción legal de los derechos.

Muchas constituciones establecen cláusulas restrictivas específicas que permiten la limitación de los derechos por medio de la ley, sin establecer ninguna orientación adicional acerca de las condiciones requeridas para tal efecto (cláusulas de reposición o *claw-back provisions*).²³²¹

Sin embargo, toda cláusula restrictiva, sea específica o general, que establezca que el derecho puede ser objeto de restricción legal, no puede entenderse como una “invitación sin condiciones al legislador” para que éste restrinja el derecho según su parecer.²³²²

La restricción, para ser válida, ha de estar ajustada al principio de proporcionalidad, lo que significa que, como medio, debe estar dirigida al logro de un fin constitucional o legalmente legítimo y ser, además de racional y necesaria, proporcional al

²³²⁰ BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 162. De esta manera, a partir del reconocimiento de la intangibilidad de la dignidad humana (Constitución alemana, art. 1º, num. 1: *Die Würde des Menschen ist unantastbar*), junto al *status* especial que impide toda modificación futura de la misma (cláusula pétrea), el Tribunal Constitucional Federal alemán reconoce el carácter absoluto de este derecho. No obstante, esta es una excepción, pues en la mayoría de los casos los jueces reconocen el carácter relativo de los derechos, es decir, que los mismos pueden ser restringidos.

Al respecto, FELDMAN, David., «*Proportionality and the Human Rights Act 1998*», en ELLIS, *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, ob. cit., p. 117; y ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 239 ss.

La Carta de derechos incluida en la Constitución estadounidense contiene una lista de derechos que, *prima facie*, parecen ser absolutos, como sucede con la libertad de expresión, la cual, según la Primera Enmienda, no podrá ser limitada por el Congreso. A pesar de que esta disposición no se halla acompañada de una cláusula restrictiva explícita, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sostenido, entre otras cosas, que la libertad de expresión puede ser restringida por un acto del Congreso, siempre que tal acto persiga la consecución o el logro de un interés estatal obligatorio, una apremiante necesidad pública o un interés estatal sustancial, y siempre que los medios escogidos por tal acto sean necesarios, esto es, extremadamente eficaces para el logro de aquellos fines.

Al respecto, TRIBE, Laurence, *American Constitutional Law*, Mineola, Nueva York, Foundation Press, 1988, p. 832.

En síntesis, la jurisprudencia estadounidense exige el requisito del fin apropiado, así como el requisito concomitante del interés gubernamental imperativo, enfoque conforme al cual un derecho fundamental puede ser restringido o afectado sin que exista una autorización textual explícita para hacerlo. La anterior posición ha inspirado en el derecho comparado la tesis de la restricción implícita o de creación judicial de los derechos.

Al respecto, SCHAUER, Fredrick, «*Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text*», en KLATT, Matthias (ed.), *Rights, Law and Morality Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

²³²¹ BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 162. v., por ejemplo, los artículos 10, 12 y 14 de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana. Ahora bien, estas disposiciones no añaden ninguna orientación adicional acerca de las condiciones para imponer una restricción, pero la doctrina acepta el requisito de la proporcionalidad implícita en el concepto de Estado de derecho, tanto desde el punto de vista formal como material del término.

En este sentido, toda restricción de los derechos no sólo necesita una razón válida desde el punto de vista constitucional, sino también ha de ser proporcional en relación al estatus e importancia del derecho en cuestión.

Al respecto, GRIMM, Dieter, «*Human Rights and Judicial Review in Germany*», en BEATTY, David M. (ed.), *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 267 ss.

²³²² BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 168.

beneficio obtenido con la restricción misma del derecho (proporcionalidad en sentido estricto).²³²³

101.2.2. Cláusulas restrictivas generales, específicas o mixtas.

En términos de certeza jurídica y protección de los derechos, a la pregunta sobre el mejor régimen de restricción, el derecho comparado ofrece diferentes respuestas, desde las cláusulas generales hasta las específicas, pasando por las soluciones mixtas o combinadas.²³²⁴

Las cláusulas restrictivas generales se aplican a todos los derechos reconocidos en una Carta o Declaración, los cuales solamente pueden ser restringidos o limitados de la forma y para los fines establecidos en la norma que los reconoce.²³²⁵

Tales cláusulas permiten desarrollar una teoría general y amplia de la restricción de los derechos, lo que facilita un mayor activismo judicial, así como una mayor flexibilidad y versatilidad del sistema, a costa incluso de la certeza y seguridad jurídicas.²³²⁶

Teniendo en cuenta la protección de los derechos, son preferibles las cláusulas restrictivas específicas al proveer éstas un diseño constitucional separado, único y preciso respecto de cada derecho o grupo de derechos y las numerosas y complejas características de éstos.²³²⁷

²³²³ BARAK, *ob. cit.*, p. 168; y GRIMM, *Human Rights and Judicial Review in Germany*, *ob. cit.*, p. 267 ss. El requisito relativo a que una restricción debe ser llevada a cabo por la ley puede estar diseñado con el objeto de que aquella no pueda ser impuesta por medio de una norma administrativa o por la decisión de un juez (en contra de esta interpretación, sin embargo, v. BARAK, *ob. cit.*, p. 169, para quien no existe razón para impedir que las regulaciones administrativas que se encuentren de acuerdo con la ley, restrinjan derechos.

Para ALEXY, una disposición explícita otorga al legislador una mayor discrecionalidad para restringir derechos que la deducida del silencio constitucional. En efecto, a partir de la cláusula explícita, el legislador tiene una amplia discrecionalidad para decidir si restringe o no el derecho, con qué propósitos y con cuáles medios (ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 189).

²³²⁴ BARAK, *Proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 169; y ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 70.

²³²⁵ v., por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art. 29, num. 2º) y la Carta de Derechos y Libertades de Canadá (Sección Primera).

Al respeto, BARAK, *Proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 170.

²³²⁶ BARAK, *Proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 173.

²³²⁷ BARAK, *ob. cit.*, p. 174. Mientras las cláusulas restrictivas generales nunca o rara vez establecen los fines a los cuales se ha de dirigir la limitación del derecho, las cláusulas restrictivas específicas normalmente establecen tales propósitos, lo que facilita la tarea de aplicación judicial pues, en tanto tales fines sean incluidos dentro de la disposición constitucional, los demás deben ser en principio descartados.

Además, las cláusulas restrictivas específicas, al considerar cada derecho de manera separada y comprender todas y cada una de las razones que justifican la restricción del derecho, precisa el ámbito de protección y la manera como éste puede ser realizado (*ob. cit.*, p. 174).

Mediante este mecanismo, frecuentemente usado en las constituciones modernas (Alemania, España, Italia y Portugal), se establece la posibilidad de restricción especial para cada derecho o grupo de derechos.²³²⁸

Las cláusulas restrictivas específicas definen tanto el fin cuya realización valida la restricción del derecho, como los medios a través de los cuales tal fin puede ser alcanzado.²³²⁹

Las cláusulas mixtas o híbridas incluyen, como su nombre lo indica, tanto una cláusula restrictiva general como cláusulas restrictivas específicas.²³³⁰

El problema principal de interpretación que plantean los diseños híbridos de restricción de derechos es la relación que debe existir entre la cláusula general y las cláusulas restrictivas específicas, como quiera que al tener ambos elementos el mismo rango constitucional, sin que ninguno prevalezca sobre el otro, los mismos deben de ser interpretados de manera conjunta y armoniosa.²³³¹

Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, como premisa básica, que la cláusula restrictiva general se aplica a todos los derechos fundamentales, incluyendo los señalados por las cláusulas restrictivas específicas, las cuales prevén condiciones laxas o rigurosas, según el caso, para la restricción de un derecho específico, o para aclarar o enfatizar las condiciones de restricción de cierto derecho.²³³²

²³²⁸ OSIATYNSKY, Wiktor, *Human Rights and Their Limits*, Londres y Nueva York, Cambridge University Press, 2009.

²³²⁹ BARAK, *Proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 169. En muchas de las democracias constitucionales que después de la Segunda Guerra Mundial incluyeron cláusulas específicas, como sucede con las Constituciones de Alemania, España, Italia o Portugal, los jueces sostienen que tales cláusulas contienen el requisito de la proporcionalidad (BARAK, *ob. cit.*, p. 170).

²³³⁰ BARAK, *Proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 172.

²³³¹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 51 *passim*. El principio de proporcionalidad sirve de criterio metodológico para la solución de casos de restricción legal de derechos reconocidos a nivel constitucional. La cuestión principal que plantean estos casos es la relacionada con los límites que ha de respetar el legislador para que la restricción de los derechos fundamentales se considere constitucionalmente legítima. El principio de proporcionalidad sería el criterio metodológico que, con mayores garantías de objetividad y racionalidad jurídicas, serviría al juez constitucional para establecer o fijar tales límites.

En otras palabras, la compatibilidad o incompatibilidad de la norma legal que restringe un derecho fundamental según los requisitos establecidos en la correspondiente cláusula restrictiva, es establecida por el juez constitucional con la ayuda del principio de proporcionalidad. En efecto, mediante el principio de proporcionalidad, el juez constitucional mide, pondera o sopesa las razones que justifican la restricción legal de un derecho, pues a la luz de principios básicos de la democracia y del Estado de derecho, existen situaciones en que está justificada la restricción de los derechos de una persona para realizar otros intereses públicos o para garantizar los derechos de los demás.

En este sentido, una restricción legal de un derecho será válida en la medida en que sea también proporcional, vale decir, idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. Este papel del principio de proporcionalidad tiene lugar en el marco de la aplicación e interpretación judicial, tanto de la ley como de la propia Constitución.

Al respecto, BARAK, *Proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 174-6.

²³³² Cuando dos normas que teniendo la misma estructura normativa (reglas o principios) y la misma jerarquía constitucional, entran en colisión o conflicto, éste puede ser resuelto mediante ponderación (en el caso de los principios), o mediante la aplicación de los cánones estándar de interpretación *lex posterioris* o *lex specialis* (en el caso de las reglas).

Al respecto, BARAK, *Proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 173.

101.2.3. Conclusiones.

Puede haber una cláusula limitativa general, aplicable a todos los derechos fundamentales, o una cláusula limitativa específica para cada uno de ellos. A veces, ambos tipos de cláusulas existen simultáneamente.²³³³

En algunos casos la Constitución establece el contenido de un derecho fundamental sin hacer referencia a su limitación, o que el mismo puede ser limitado sólo por ley. Sin embargo, el silencio constitucional no significa que el mismo sea absoluto, ni que la limitación legal del derecho no esté sometida al principio de proporcionalidad.²³³⁴

El derecho puede ser limitado por ley siempre y cuando la limitación sea proporcional. Si la norma legal que limita un derecho fundamental no satisface los requisitos del principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), la limitación misma carece de validez o de fundamento constitucional.²³³⁵

101.2.4. Plan de exposición.

Después de repasar el concepto y la evolución histórica del principio de proporcionalidad (Cap. XIX), en los demás capítulos del presente Título analizaremos la estructura general de este principio y de cada uno de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Cap. XX).

En el Capítulo XX hacemos un análisis comparativo del principio de proporcionalidad frente a los conceptos de racionalidad y razonabilidad como criterios de corrección de las decisiones judiciales que se adoptan en el juicio de abusividad, en especial de la norma adscrita con que se define si la cláusula en examen es o no abusiva.

Luego de clarificar cada uno de los anteriores conceptos, la conclusión a la que se arriba es que el principio de proporcionalidad, frente a los demás criterios alternativos, en especial el de razonabilidad, es el criterio estructural que mayores garantías de racionalidad y objetividad jurídica ofrece en el proceso de concreción normativa de la prohibición general de abuso y en la valoración y fundamentación de las decisiones judiciales que se adoptan en el curso del juicio de abusividad.

²³³³ BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad*, ob. cit., p. 40.

²³³⁴ BARAK, ob. cit., p. 40.

²³³⁵ ob. cit., p. 40.

CAPÍTULO XIX EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD NOCIONES PRELIMINARES

102. El principio de proporcionalidad.

102.1. Noción general de proporcionalidad.

Desde ARISTÓTELES,²³³⁶ uno de los criterios para definir la justicia es la proporcionalidad. La justicia -explica el Estagirita- supone cierta idea de igualdad (justicia conmutativa), y otra de proporción (justicia distributiva).²³³⁷

La primera ordena y regula las relaciones entre iguales, establecimiento la proporción entre lo que se ha de dar y lo que se ha de recibir, según un criterio estricto de igualdad.²³³⁸

Por su parte, la justicia distributiva ordena las relaciones entre desiguales, el Estado y los ciudadanos, por ejemplo, de manera que la comunidad, por medio de sus representantes, reparta las cargas públicas proporcionalmente a las posibilidades de cada individuo; los bienes y honores públicos según la dignidad y el mérito; y castigue las ofensas, igualmente, de acuerdo con la gravedad de las faltas o los delitos (proporcionalidad de la pena).²³³⁹

En este sentido, la pena del homicidio o del asesinato, se entiende que ha de ser más grave o elevada que la del hurto o robo.²³⁴⁰ Igualmente, en el caso de la llamada “proporcionalidad tributaria”, parece razonable que exista un mayor nivel de exigencia a quien pueda contribuir con más impuestos; y que se premie de una manera más generosa o extensiva a quien objetiva y razonablemente merezca más.²³⁴¹

²³³⁶ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco* (trad. esp. de María ARAUJO y Julián MARÍAS; introducción y notas de Julián MARÍAS), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, CEC, 1981. v. también, ARISTÓTELES, *Ética (Extractos de la Ética a Nicómaco)*, en *Obras filosóficas* (Lilia SEGURA, trad.; Francisco ROMERO, selección y estudio preliminar), México, W.M. Jackson, 1973.

²³³⁷ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, *ob. cit.*, Lib., V. En este libro trata ARISTÓTELES de la justicia: la virtud más necesaria de todas para la conservación del mundo y la República; para el bien y paz de los hombres y quietud de la vida.

²³³⁸ *ob. cit.*, Lib., V.

²³³⁹ *ob. cit.*, Lib., V.

²³⁴⁰ BECARIA, Cesare, *De los delitos y las penas*, Madrid, Aguilar, 1982, p. 138.

²³⁴¹ BECARIA, *De los delitos y las penas*, *ob. cit.*, p. 138.

102.2. Concepto jurídico-constitucional de proporcionalidad.²³⁴²

El principio de proporcionalidad, como concepto jurídico y criterio de concreción normativa y fundamentación de las decisiones judiciales en que se materializa tal proceso, en especial de las sentencias de constitucionalidad que versan sobre los actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales,²³⁴³ alude a un conjunto articulado por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cada uno de los cuales expresa una exigencia que la intervención en tales derechos debe cumplir.²³⁴⁴

Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.²³⁴⁵

De acuerdo con el principio de necesidad, todo medio o medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intevenido,

²³⁴² ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 91; BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 35-7; CLÉRICO, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 17-8; y BARAK, Aharon, *Proporcionalidad, Los derechos fundamentales y sus restricciones (Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations*, Nueva York, Cambridge University Press, 1992, Gonzalo VILLA ROSAS, trad.), Lima, Palestra, 2017, p. 88 ss. v. también, BARNÉS, Javier, "El principio de proporcionalidad, Estudio preliminar", Cuadernos de derecho público, Cdp, 5, 1998, p. 88; y BRAIBANT, Guy, «Le principe de proportionnalité (de la sanction à la faute)», en AA.VV., *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, París, LGDJ, 1974.

Desde una perspectiva comparada, v. HAILBRONNER, Kay, «The principle of the Proportionality», en PÉTERI, Zoltán y LAM, Vanda (eds.), *General Papers to the 10 th International Congress of Comparative Law*, Budapest, Akadémiai Kiadó, Londres, 1981; y MARTENS, Paul, «L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité», en AA. VV., *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruselas, Bruylant, 1992.

²³⁴³ De esta manera, el principio de proporcionalidad en sentido amplio actúa como límite de las limitaciones de los derechos fundamentales, bien frente a un exceso de restricción, bien frente a una omisión o acción insuficiente, que injustificadamente dificulte o imposibilite su ejercicio. En los casos concretos, el principio de proporcionalidad sirve al juez constitucional de criterio metodológico para determinar el grado de realización del derecho fundamental afectado, teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas.

Al respecto, MICHAEL, Lothar, "Die drei Argumentationsstrukturen der Verhältnismäßigkeit", JuS, 2001, p. 148-55; y CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad*, ob. cit., p. 113.

²³⁴⁴ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 35. La definición de los mencionados subprincipios de la proporcionalidad se debe sobre todo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*), y a la abundante doctrina alemana que se ha ocupado de este concepto.

Dentro de la profusa bibliografía alemana sobre el principio de proporcionalidad, merecen ser destacadas las siguientes monografías: VON KRAUSS, Rupprecht, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, In seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*, Hamburgo, Appel, 1955; LERCHE, Peter, *Übermaß und Verfassungsrecht, Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, Colonia/Berlín/Múnich/Bonn, Heymanns, 1961 (2ª ed., 1999); SCHLINK, Bernhard, *Abwägung in Verfassungsrecht*, Berlín, Duncker und Humblot, 1976; HIRSCHBERG, Lothar, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Gotinga, Otto Schwartz, 1981; HAVERKATE, Görg, *Rechtsfragen des Leistungsstaat, Verhältnismäßigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln*, Tubinga, Mohr (Paul Siebeck), 1983; JAKOBS, Michael Ch., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht, Colonia, Heymann, 1985; DECHSCHLING, Rainer, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*, ob. cit., p. 88; y Yi, Zoonil, *Das Gebot der Verhältnismäßigkeitsprinzip in der grundrechtlichen Argumentation*, Frankfurt a. M., Peter Lang, 1995.

Además, v. también los artículos de GRABITZ, Eberhard, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", AöR, vol. 98, 4, 1973; MICHAEL, Lothar, "Die drei Argumentationsstrukturen der Verhältnismäßigkeit", ob. cit., p. 148-55; e *Id.*, "Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit", JuS, 9, 2001, p. 886 ss.

²³⁴⁵ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 36.

dentro de aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto.²³⁴⁶

Por último, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, o mandato de ponderación, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales, debe guardar una adecuada relación de proporcionalidad con la importancia del derecho intervenido, esto es, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental, deben compensar los sacrificios que ésta implica para su titular.²³⁴⁷

Si una medida de intervención en los derechos fundamentales incumple las exigencias de los anteriores subprincipios, vulnera el derecho fundamental intervenido y, por esta razón, debe ser declarada inconstitucional.²³⁴⁸

102.3. Génesis y evolución del principio de proporcionalidad.²³⁴⁹

La base epistemológica del principio de proporcionalidad, esto es, la relación medio-fin, es una noción general utilizada desde hace mucho tiempo en las matemáticas y en otras áreas del conocimiento.²³⁵⁰

En Roma, el principio de proporcionalidad alcanzó una importancia capital en vastos sectores del derecho privado y, aunado a los primeros controles de la actividad del

²³⁴⁶ BERNAL, *ob. cit.*, p. 36.

²³⁴⁷ *ob. cit.*, p. 36.

²³⁴⁸ *ob. cit.*, p. 36. Como concepto unitario, cuando los tribunales aplican el principio de proporcionalidad indagan primero si el acto que interviene el derecho fundamental persigue un propósito constitucionalmente legítimo y si es adecuado para alcanzarlo, o por lo menos para procurar su obtención.

Seguidamente los tribunales verifican si dicha intervención adopta el medio o la medida más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas medidas que por lo menos revisten la misma idoneidad para conseguir el objetivo propuesto.

Por último, los tribunales evalúan o sopesan si las ventajas que se pretende obtener con la intervención en el derecho fundamental compensan los sacrificios que se derivan para sus titulares afectados.

Al respecto, BERNAL, *El principio de proporcionalidad, ob. cit.*, p. 36.

²³⁴⁹ BERNAL, Carlos, «*El principio de proporcionalidad en el derecho comparado*», en *Id.*, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 277 ss. En la Biblia y en el antiguo derecho hebreo se pueden hallar aplicaciones concretas del principio de proporcionalidad y fórmulas específicas de prohibición de exceso y abuso.

La ley mosaica, por ejemplo, trata con respeto la integridad del cuerpo y la crueldad física se reduce al mínimo. Incluso la flagelación se limitaba a cuarenta azotes y debía ejecutarse en presencia del juez, “no sea que al golpearle más sea excesivo el castigo y cometas una vileza contra tu prójimo” (Deuteronomio 25:3). Ahora bien, el derecho hebreo se remonta, mucho antes de Moisés, al derecho cananeo de origen sumerio, babilonio, asirio e hitita.

Al respecto, SMITH, John Merlin Powis, *The Origin and History of Hebrew Law*, Chicago, Illinois, The University of Chicago Press, 1931 (reprinted 2015 by Lawbook Exchange); y DRIVER, Godfrey Rolles y MILES, John C. (eds.), *The Babylonian Laws*, Oxford, Clarendon Press, 1952. v. también, desde una perspectiva histórica más general, BARON, Salo Wittmayer, *Social and Religious History of the Jews*, v. I, Nueva York, Columbia University Press, 1952.

²³⁵⁰ BERNAL, *El principio de proporcionalidad, ob. cit.*, p. 54 ss.

Estado, este principio irrumpió en el derecho público moderno, y continúa expandiéndose con fuerza por todas las áreas del ordenamiento jurídico.²³⁵¹

El principio de proporcionalidad surgió en el derecho público europeo en el contexto del contractualismo iusnaturalista de los tiempos de la Ilustración, que concebía al hombre como un ser dotado de libertad, aunque sujeto a las restricciones impuestas por las leyes del Estado.²³⁵²

Tales restricciones, sin embargo, sólo pueden imponerse en casos excepcionales y necesarios, y con la magnitud imprescindible e inexcusable para satisfacer las exigencias derivadas de los derechos de los demás o los intereses esenciales de la comunidad.²³⁵³

Esta concepción del poder político fue el sustrato propicio para exigir la proporcionalidad de las intervenciones estatales en la libertad de los individuos, como ocurrió en el derecho de policía de Prusia y, a partir de allí, a las demás áreas del derecho público europeo,²³⁵⁴ hasta convertir dicho principio en un criterio ineludible para controlar la observancia de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos estatales²³⁵⁵ y comunitarios.²³⁵⁶

²³⁵¹ *ob. cit.*, p. 37-8. Sobre la raíz histórica del principio de proporcionalidad en la aplicación del derecho, v. WIEACKER, *Geschichtliche Wurzeln des Prinzips de verhältnismässigen Rechtsanwendung*, *ob. cit.*, p. 867.

²³⁵² BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 38-9.

²³⁵³ BERNAL, *ob. cit.*, p. 39.

²³⁵⁴ JACOBS, Francis, «Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law», en ELLIS (ed.), *The principle of proportionality in the laws of Europe*, *ob. cit.*, p. 1 ss.

²³⁵⁵ El principio de proporcionalidad en sentido amplio [o prohibición de exceso (*Übermaßverbot*), como se le conoció inicialmente], integrado por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, adquirió el rango de principio del derecho de policía, primero en Prusia y luego en toda Alemania. El ejercicio del poder del Estado sólo es legítimo cuando se encamina hacia la consecución de los fines relevantes para la comunidad, lo que significa que en el control de todo acto estatal se debe verificar su idoneidad o su racionalidad teleológica.

Igualmente, la legitimidad de las intervenciones estatales en la libertad depende de su intensidad y de los objetivos que pretendan alcanzar, pues no todos los propósitos habilitan al Estado para intervenir la libertad individual con igual contundencia. El Estado puede intervenir la libertad con mayor intensidad cuando persigue evitar daños a la comunidad o disminuir el riesgo frente a peligros inminentes o apremiantes; y sólo puede restringir la libertad de los particulares en cuanto sea estrictamente necesario para hacer incompatibles la libertad y la seguridad.

Por otra parte, los daños que mediante la restricción de la libertad no pueden ser evitados, deben tener una importancia mucho mayor que la desventaja que la comunidad y los particulares sufren a causa de una restricción semejante.

Al respecto, BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 40; y STOLLEIS, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland (Histoire du droit public en Allemagne, Droit public impérial et science de la police, 1600-1800*, traducción francesa de Michel SENELLART, correspondiente al tomo I de la edición alemana de 1990, París, Puf, 1998), Múnich, Beck, 1992, p. 222 ss.

²³⁵⁶ Dentro de la profusa bibliografía sobre el principio de proporcionalidad en el derecho comunitario europeo, v. ERMACORA, Felix, «Le principe de proportionnalité en droit autrichien et dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme», en KUTSCHER, H./RESS, G./TEITGEN, F./ERMACORA, F./UBERTAZZI, G. (eds.), *Verhältnismässigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg, C.F. Müller, 1985; BARNÉS, Javier, «El principio de proporcionalidad en el derecho comunitario y comparado», *Revista de Administración Pública*, Rap, Madrid, 135, 1994, p. 88; GALETTA, Diana-Urania, «El principio de proporcionalidad en el derecho comunitario», *Cuadernos de derecho público*, Cdp, 5, 1998; EMILIOU, Nicolás, *The Principle of Proportionality in European Law, A comparative Study*, Londres/La Haya/Boston, Kluwer, 1996, p. 115 ss; ELLIS, Evely (ed.), *The principle of proportionality in the laws of Europe*, Sidney, Hart Publishing, 1999; EMMERICH FRITSCHKE, Angelika, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtssetzung*, Berlín, Duncker und Humblot, 2000, p. 96 ss.

En el derecho administrativo alemán,²³⁵⁷ durante el siglo XIX, el principio de proporcionalidad comenzó a ser aplicado como criterio para fundamentar la anulación de las medidas coercitivas que limitaban en exceso los derechos individuales, tendencia que se consolidó desde el final de la segunda guerra mundial hasta nuestros días en las jurisdicciones administrativas europeas, como ocurre con los tribunales italianos²³⁵⁸ y franceses²³⁵⁹ que aplican el principio de proporcionalidad, si bien de manera implícita, para controlar la legalidad de los actos administrativos, en especial la de aquellos que son producto de poderes discrecionales.²³⁶⁰

Lo propio ocurre en el derecho inglés²³⁶¹ y en la jurisprudencia de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo.²³⁶²

Últimamente también se ha hecho corriente la aplicación del principio de proporcionalidad por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH.²³⁶³

²³⁵⁷ MAYER, Otto, *Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires, Depalma, 1951; MAURER, Hartmut, *Derecho administrativo alemán* (José BOBES SÁNCHEZ y otros, trad.), México, Unam, 2012, p. 17 ss; y KLUTH, Winfried, "Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán", Cuadernos de derecho público, Cdp, 5, 1998.

²³⁵⁸ Sobre el principio de proporcionalidad en el derecho italiano, y la integración de este principio con las técnicas de la desviación de poder, v., respectivamente, UBERTAZZI, Giovanni Maria, «*Le principe de proportionnalité en droit italien*», en KUTSCHER/RESS/TEITGEN/ERMACORA/UBERTAZZI, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, ob. cit., p. 88; y SANDULLI, Aldo, "Eccesso di potere e controllo di proporzionalità, Profili comparati", Riv. trim.dir.pub., 2, 1995, p. 360 ss.

²³⁵⁹ Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia y en el derecho constitucional y administrativo francés, v. PHILIPPE, Xavier, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Aix-en-Provence, Economica/Puam, 1990, p. 261; *Id.*, "El principio de proporcionalidad en el derecho público francés", Cuadernos de derecho público, Cdp, 5, 1998, p. 256; y XYNOPOULOS, Georges, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, París, LGDJ, 1995, p. 64 ss.

²³⁶⁰ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 47-53. Sobre los fundamentos histórico-jurídicos del principio de proporcionalidad (prohibición de abuso), en el ámbito del derecho constitucional y administrativo alemán, v. REMMERT, Barbara, *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes*, Heidelberg, C.F. Müller, 1995, p. 200 ss.

²³⁶¹ HIMSWORTH, *La proporcionalidad en el Reino Unido*, ob. cit., p. 273 ss; RIVERS, Julian, «*A Theory of Constitutional Rights and the British Constitution (Translator's Introduction)*», en Robert ALEXY, *Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. xxxi-xxxvi; y los trabajos de CRAIG, Paul, «*Unreasonableness and proportionality in UK Law*»; Lord HOFFMANN, «*The influence of the European principle of proportionality upon UK Law*»; GREEN, Nicholas, «*Proportionality and the supremacy of Parliament in the UK*»; y FELDMAN, David, «*Proportionality and the Human Rights Act 1998*», en ELLIS, *The principle of proportionality in the Laws of Europe*, ob. cit., p. 88.

²³⁶² BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 47-53.

²³⁶³ CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Los derechos fundamentales y sus restricciones, Constitucionalismo comparado y jurisprudencia comparada*, Bogotá, Temis-Konrad Adenauer Stiftung, 2020, p. 303 ss.

102.3.1. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH o Tribunal de Estrasburgo.²³⁶⁴

Desde el asunto *Guillow*, en el que se cuestionaba si la prohibición que recaía sobre el demandante de habitar su propiedad era una privación o una reglamentación, la Comisión Europea de Derechos Humanos, CEDH, definió exactamente su concepción del control de proporcionalidad:

1º Si bien se considera que el control de proporcionalidad debe realizarlo, en primer lugar, la autoridad nacional competente, y sólo subsidiariamente el TEDH, en los casos en que éste lo ha ejercido, ha limitado el margen de apreciación del Estado. Dicho de otro modo, el Estado no posee un margen ilimitado de apreciación. El principio de proporcionalidad obliga a indagar si una medida es a la vez idónea a su fin y no desproporcionada con él; a verificar la adecuación entre la finalidad de la ley y los medios utilizados.²³⁶⁵

2º Después de considerar que la privación de la propiedad es más grave que la reglamentación de su uso, donde el derecho del propietario es mantenido enteramente, la Comisión concluye que la proporcionalidad se presenta como un medio de control de contenido variable.

En efecto, existen casos, como los relacionados con el poder de imposición de multas, en el que el poder de apreciación estatal es más amplio y el control de proporcionalidad es sólo formal, pero aún así debe ser satisfecho (asunto *Sveriska Magragementgroup AB versus Suecia*, de 2 de diciembre de 1985).²³⁶⁶

También en los supuestos de reglamentación del uso de los bienes, el margen de interpretación estatal es tan amplio que prácticamente se anula la exigencia de proporcionalidad.²³⁶⁷

²³⁶⁴ Respecto de la aplicación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), v. EISSEN, *The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, ob. cit.; y FASSBENDER, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, ob. cit.; y MC BRIDE, «*Proportionality and the European Convention on Human Rights*», ob. cit., p. 23 ss.;

²³⁶⁵ v. Sentencias *James y Sporrang*. En ésta, el TEDH ha dicho que debe mantenerse un justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo.

Al respecto, EISSEN, *The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, ob. cit.; FASSBENDER, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, ob. cit., p. 52 ss.; y MC BRIDE, *Proportionality and the European Convention on Human Rights*, en ELLIS, ob. cit., p. 23 ss.

²³⁶⁶ Una obligación financiera derivada de impuestos o contribuciones puede perjudicar el principio de respeto de los bienes privados si constituye una carga excesiva para el interesado o si compromete radicalmente su situación financiera.

²³⁶⁷ Casos *Gillow* y *Agosi*, el primero relacionado con el control de alojamientos de la Isla de Guernesey; y el segundo a propósito de la legislación inglesa que impide al propietario de buena fe recobrar las piezas de oro introducidas fraudulentamente en Gran Bretaña, aún con su ignorancia. En el caso *Gillow*, la Comisión inicialmente concluyó que prohibir a alguien habitar una casa de su propiedad viola el principio de proporcionalidad en cuanto es contrario al fin de la legislación.

En otros casos, por el contrario, el TEDH exige un control de proporcionalidad mucho más riguroso y estricto.²³⁶⁸ Respecto del derecho de propiedad, el TEDH tiene en cuenta la precariedad de este derecho en cabeza de los demandantes, así como la rigidez de la correspondiente legislación nacional (la imposibilidad para los demandantes de revisar el decreto de expropiación, por ejemplo, o la prohibición de edificar aún cuando la administración no ha hecho uso de tal prerrogativa en un plazo considerable, el TEDH ha considerado que una carga especial y exorbitante y, por tanto, desproporcionada.²³⁶⁹

Por último, en los casos de privación de la propiedad, el TEDH ha precisado que para apreciar si se ha preservado un justo equilibrio entre los diversos intereses en disputa, o si se ha impuesto una carga desmesurada o desproporcionada a la persona privada de su propiedad, hace falta la evidencia de tener acceso a las condiciones de indemnización.²³⁷⁰

102.4. Fundamento constitucional del principio de proporcionalidad.²³⁷¹

La proporcionalidad aparece con ese nombre en muy pocas constituciones, como sucede, por ejemplo, con la Constitución Suiza (art. 36, 3), pero, aun en estos casos, de una manera indeterminada, sin especificarse los elementos que la componen, ni el contenido de cada uno de éstos.²³⁷²

Por fuera de estos casos de reconocimiento explícito, algunos aceptan la vigencia implícita de la proporcionalidad en los conceptos constitucionales de democracia y de Estado de derecho, o en la noción misma de derechos fundamentales, dada la estructura de éstos como principios y la necesidad de la proporcionalidad como criterio para resolver las colisiones entre éstos en los casos concretos.²³⁷³

El Tribunal Constitucional Federal alemán ha dicho, por su parte, que el principio de proporcionalidad deriva, en el fondo, de la propia esencia de los derechos fundamentales.²³⁷⁴

²³⁶⁸ v. el Informe Mellacher y otros *versus* Austria, del 11 de julio de 1984.

²³⁶⁹ Sentencias Sporrong, antes citada, y Poiss, de 23 de abril de 1987.

Al respecto, REY MARTÍNEZ, *La propiedad privada en la Constitución española*, *ob. cit.*, p. 372, n. 137.

²³⁷⁰ Sentencia Lithgow. Al respecto, REY MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 372, n. 137.

²³⁷¹ BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 41.

²³⁷² BARAK, *ob. cit.*, p. 41.

²³⁷³ Según ALEXY, entre los derechos fundamentales concebidos como principios y el principio de proporcionalidad, existe una conexión estrecha. El carácter de principio implica el principio de proporcionalidad y éste a aquél. Que el carácter de principio implique el principio de proporcionalidad significa que éste, con sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (mandato de ponderación), se sigue lógicamente del carácter de principio (*Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 91-2).

v. también BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 42

²³⁷⁴ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 92.

102.5. Derechos fundamentales y principio de proporcionalidad.²³⁷⁵

Como lo reconoce la jurisprudencia constitucional, tanto en España como en Colombia, según una idea proveniente de Alemania, el principio de proporcionalidad es un límite de los límites (*Schranken-Schranke*)²³⁷⁶ de los derechos fundamentales.²³⁷⁷

Según esta idea, los ciudadanos en el Estado constitucional gozan de unos derechos fundamentales que, a pesar de poder ser restringidos por el poder político, por distintos medios y en aras de la armonización de su ejercicio por los distintos titulares, dicha restricción encuentra límites, uno de los cuales es el principio de proporcionalidad.²³⁷⁸

Según este principio, en el Estado constitucional no puede valer cualquier restricción de los derechos fundamentales, sino sólo aquellas restricciones que sean idóneas para alcanzar un fin legítimo; necesarias en tanto sean las más benignas entre todos los medios alternativos que gocen de por lo menos la misma idoneidad para conseguir la finalidad deseada; y proporcional en sentido estricto, aquellas que logren un equilibrio entre los beneficios que su implementación representa y los perjuicios que ella produce.²³⁷⁹

La jurisprudencia constitucional colombiana acepta la tesis, ya planteada por los tribunales europeos de derechos humanos y por otros tribunales como el Tribunal Supremo español, según la cual el principio de proporcionalidad se fundamenta en la idea misma del Estado de derecho como un mecanismo de control de los excesos y abusos de la actuación estatal.²³⁸⁰

Ahora bien, el principio de proporcionalidad se aplica plenamente en el ámbito de la administración pública, terreno en el que cuenta con una tipificación explícita en el

²³⁷⁵ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 51 ss.

²³⁷⁶ Uno de los límites de los límites de los derechos de mayor importancia en las democracias constitucionales actuales es el principio de proporcionalidad en sentido amplio. Los derechos actúan como límites a su limitación, bien frente a un exceso (*Übermaß*) de restricción; bien frente a una omisión o acción insuficiente (*Untermaß*), que imposibilite injustificadamente su ejercicio.

Al respecto, CLÉRICO, Laura, «*El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*», en CARBONELL, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 147 ss; ahora también en *Argumentación jurídica, El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, México, Porrúa/Unam, 2014, p. 113 ss.

²³⁷⁷ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., Cap. V, p. 639 ss; e *Id.*, «*Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes*», en *Id.*, *El derecho de los derechos, Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 81.

²³⁷⁸ BERNAL, *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad*, ob. cit., p. 81-2.

²³⁷⁹ BERNAL, ob. cit., p. 81-2.

²³⁸⁰ SCC T-015 de 1994. Sobre la fundamentación del principio de proporcionalidad, v. BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., Cap. V, p. 639 ss; *Id.*, *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad*, ob. cit., p. 81-2.

derecho positivo colombiano²³⁸¹ y, en general, de todas las actuaciones del Estado.²³⁸²

Sin embargo, el principio de proporcionalidad no sólo limita las actuaciones de los poderes públicos, sino que se extiende también a las de los particulares, en situaciones especiales, que conlleven la restricción, la disminución o pérdida de un derecho.²³⁸³

En otros términos, el principio de proporcionalidad es un límite general para el ejercicio de las actuaciones o intervenciones, públicas y privadas en determinadas situaciones, que supongan la afectación de un derecho.²³⁸⁴

102.6. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional alemana.²³⁸⁵

En el ámbito del derecho constitucional, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*) ha sido precursora de la aplicación del principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos, en especial en los casos de intervenciones en los derechos fundamentales.²³⁸⁶

De acuerdo con una línea jurisprudencial ya bastante consolidada, toda intervención estatal en estos derechos que incumpla las exigencias de los subprincipios de la

²³⁸¹ Artículo 34 del antiguo Código Contencioso Administrativo; hoy artículo 44 de la Ley 1437 de 2011.

²³⁸² BERNAL, *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad*, ob. cit., p. 80.

²³⁸³ SCC T-015 de 1994.

Al respecto, BERNAL, *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad*, ob. cit., p. 81. Sobre el principio de proporcionalidad como un criterio general aplicable en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, público y privado, v. CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36.

²³⁸⁴ BERNAL, *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad*, ob. cit., p. 81; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36. El principio de proporcionalidad, como criterio metodológico estructural, es aplicable a cualquier área del ordenamiento, público o privado, y a cualquier tipo de intervención en el contenido de los derechos, bien de las provenientes del Estado, bien de los particulares, que sirve a los jueces para fundamentar sus decisiones en los distintos procesos de aplicación del derecho.

Al respecto, BEHAR-TOUCHAIS, *Rapport introductif*, ob. cit., p. 3; HANAU, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht*, ob. cit., p. 88; y STÜRNER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht*, ob. cit., p. 1-11 y 16-8. v. también, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Principio de proporcionalidad (Derecho administrativo)*, ob. cit., vol. III, p. 5083 ss.

²³⁸⁵ PEDRAZ PENALVA, *El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del TC y literatura especializada alemanas*, ob. cit., p. 69-100.

²³⁸⁶ BERNAL, *Estudio introductorio a la Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. xxviii; e ID, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 53-7. El empleo, por parte del Tribunal Constitucional alemán, del principio de proporcionalidad, como mecanismo de protección judicial y criterio básico de fundamentación en la aplicación de los derechos fundamentales, en especial de las decisiones de control constitucional de las leyes y demás actos públicos que intervienen en tales derechos, se remonta al conocido fallo de las farmacias (*Apotecke Entscheidung*, BVerfGE 7, 377).

Sobre la historia de la aplicación del principio de proporcionalidad por la jurisprudencia constitucional alemana, v. BERNAL, ob. cit., p. 10 ss; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 26; y BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 208-11; y LARENZ, *Metodología*, ob. cit., p. 401 ss.

proporcionalidad, debe ser declarada inconstitucional, jurisprudencia que ha sido emulada por otros Tribunales Constitucionales europeos.²³⁸⁷

102.7. El Tribunal Supremo de Estados Unidos y el principio de proporcionalidad.²³⁸⁸

Desde 1920, el Tribunal Supremo de Estados Unidos, como criterio de interpretación en la aplicación judicial de los derechos individuales, utiliza dos conceptos en parte coincidentes con el principio de proporcionalidad: el *balancing test* (ponderación)²³⁸⁹ y el principio de la alternativa menos restrictiva.²³⁹⁰

El principio de proporcionalidad, como criterio metodológico para resolver las colisiones concretas entre los derechos fundamentales y el interés público, según es entendido en Estados Unidos, distingue tres categorías de derechos fundamentales, a cada de los cuales corresponden tres niveles distintos de escrutinio constitucional, sin que en ninguno de ellos se haga una ponderación concreta o *ad-hoc* entre el beneficio de alcanzar el propósito u objetivo legislativo y la afectación del derecho fundamental.²³⁹¹

1º En primer lugar hallamos la categoría que el derecho constitucional estadounidense denomina derechos fundamentales (*fundamental rights*), los cuales incluyen la libertad de expresión y de asociación, la libertad de culto, la libertad de movimiento dentro del territorio del país, el derecho al voto y el derecho a la igualdad.²³⁹²

²³⁸⁷ Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad por la Corte Constitucional italiana, v. BARILE, P. «*Il principio de ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*», en AA.VV., *Il principio de ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milán, Giuffrè, 1994, p. 21 ss; y GALETTA, Diana-Urania, «*El principio de proporcionalidad en el Derecho Público italiano*», Cuadernos de derecho público, Cdp, 5, 1998, p. 229, quien reconstruye el criterio utilizado por la Corte Constitucional italiana (*ragionevolezza*) en los términos del principio de proporcionalidad, tal como éste se conoce en el derecho constitucional alemán, integrado por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En esta misma línea, para el caso del Consejo Constitucional francés, v. GOESEL-LE BIHAN, Valérie, «*Discours introductif: les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*», Petites affiches, París, núm. 46, 2009, p. 5; e *Id.*, «*Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel*», RFDC, 30, 1997, p. 227 ss, Consejo Constitucional que, según esta autora, a partir de 1990 (sentencia del 6 de diciembre), empezó a aplicar el principio de proporcionalidad tal como se entiende en Alemania o en España.

²³⁸⁸ CASTIÑEIRA, María Teresa y RAGUÉS, Ramón, «*“Three Strikes”*», *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos*, en CARBONELL, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 249-86; también en CARBONELL, Miguel, *Argumentación jurídica, El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, México, Porrúa/Unam, 2014, p. 219-46.

²³⁸⁹ Sobre la diferencia entre los conceptos de ponderación (*balancing*) y proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit*), v. COHEN-ELIYA/PORAT, *American Balancing and German Proportionality*, *ob. cit.*, p. 276 ss.

²³⁹⁰ Al respecto, FRIED, Charles, *Two concepts of interests: Some reflections on the Supreme Courts Balancing Test*, Harvard Law Review, HarvLRev, vol. 76, 1963, p. 755 ss; ALEXANDER ALEINIKOFF, Thomas, «*Constitutional Law in the Age of Balancing*», Yale Law Journal, vol. 96, 5, 1987, p. 943 ss; BASTTRES, Robert, «*El principio de la «alternativa menos restrictiva» en el derecho constitucional norteamericano*», Cuadernos de derecho público, Cdp, 5, 1998, p. 239 ss; y ARBÓS, Xavier, «*La ponderación de intereses en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos*», en AA. VV., *Estudios de Derecho Público, Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. III, Madrid, Tecnos, 1997, p. 1394 ss.

²³⁹¹ BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 60-1; COHEN-ELIYA/PORAT, *American Balancing and German Proportionality*, *ob. cit.*, p. 276 ss; y SCHAUER, Frederick, «*Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*», Vanderbilt Law Review, VandLR, 34, 1981, p. 265.

Una ley que restrinja cualquiera de estos derechos estará sometida a un escrutinio estricto, que abarca tanto los objetivos buscados o pretendidos por el legislador, como los medios seleccionados para alcanzarlos.²³⁹³

Una ley que restrinja uno de estos derechos es inconstitucional a menos que sirva a un interés estatal apremiante, o se trate de un asunto de necesidad pública urgente, o de interés estatal sustancial.²³⁹⁴

Por su parte, los medios seleccionados han de ser necesarios y estar confeccionados a la medida para alcanzar el objetivo (*narrowly tailored*). Necesarios significa que no existan medios alternativos menos restrictivos del derecho.²³⁹⁵

2º La segunda categoría incluye la libertad de expresión y la igualdad cuando las diferenciaciones o discriminaciones legales relevantes sean cuasisospechosas, como sucede, entre otras, con las relacionadas con el género o la edad.²³⁹⁶

En estos casos, una restricción legal será constitucional solamente si su objetivo es servir a un interés gubernamental importante. A su vez, los medios seleccionados serán constitucionales si existe una relación sustancial entre éstos y el objetivo o propósito legislativo en cuestión (escrutinio intermedio).²³⁹⁷

3º La tercera categoría incluye a los demás derechos fundamentales y las discriminaciones legales (derecho de igualdad) efectuadas sobre la base de clasificaciones que no son ni sospechosas (raza, origen), ni cuasi-sospechosas (género o edad).²³⁹⁸

²³⁹² BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad, ob. cit.*, p. 62; TRIBE, *American Constitutional Law, ob. cit.*, p. 769; y CHEMERINSKY, Erwin, *Constitutional Law, Principles and Policies*, Aspen, Wolters Kluwer Law and Business, 2006, p. 539.

²³⁹³ BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad, ob. cit.*, p. 62; respecto del derecho fundamental de igualdad, v. CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad como criterio metodológico de concreción normativa del mandato de tratamiento igual, ob. cit.*, p. 343 ss.

²³⁹⁴ BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad, ob. cit.*, p. 62; CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad como criterio metodológico de concreción normativa del mandato de tratamiento igual, ob. cit.*, p. 343 ss; y FALLON, Richard, "Strict Judicial Scrutiny", *UCLA Law Review*, 54, 2007, p. 1267.

²³⁹⁵ BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad, ob. cit.*, p. 62; y FALLON, *Strict Judicial Scrutiny, ob. cit.*, p. 1267 ss.

²³⁹⁶ BARAK, *ob. cit.*, p. 62 y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 343 ss.

²³⁹⁷ BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad, ob. cit.*, p. 62; CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad como criterio metodológico de concreción normativa del mandato de tratamiento igual, ob. cit.*, p. 343 ss; y CHEMERINSKY, *Constitutional Law, Principles and Policies, ob. cit.*, p. 540.

²³⁹⁸ BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad, ob. cit.*, p. 63; y CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad como criterio metodológico de concreción normativa del mandato de tratamiento igual, ob. cit.*, p. 343 ss.

Las restricciones legales de esta categoría de derechos son constitucionales si las mismas sirven a un objetivo gubernamental legítimo, sin que se requiera hacer una indagación adicional acerca de la importancia de dicho objetivo.²³⁹⁹

Por su parte, los medios seleccionados para alcanzar dicho objetivo serán constitucionales si tienen una base racional teniendo en cuenta las consecuencias y la existencia de otras alternativas posibles (escrutinio básico).²⁴⁰⁰

102.8. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española.²⁴⁰¹

En el derecho público español,²⁴⁰² desde mediados del siglo XX, la doctrina del derecho administrativo señalaba que las intervenciones de la Administración en la esfera de los particulares sólo estaban justificadas en los casos y en las proporciones necesarias, criterio que fue acogido luego en algunas leyes y en la jurisprudencia de los tribunales contencioso-administrativos, que sometían las intervenciones de la libertad a los subprincipios de idoneidad y necesidad, elevando con ello al principio de proporcionalidad, y al juicio de medios y fines que le es propio, en un verdadero límite contra la arbitrariedad de la Administración.²⁴⁰³

²³⁹⁹ BARAK, *ob. cit.*, p. 63 y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 343 ss.

²⁴⁰⁰ BARAK, *ob. cit.*, p. 63 y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 343 ss.

²⁴⁰¹ MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo, «La recepción por el Tribunal Constitucional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Id.*, *La Europa de los Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, CEC, 1998, p. 251 ss; y GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Pamplona, Aranzadi/Thomson, 2003.

²⁴⁰² En la doctrina del derecho público español, véase, CARRASCO PERERA, Ángel, «El «juicio de razonabilidad» en la justicia constitucional», REDC, 11, 1984; LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*, *ob. cit.*, p. 88; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990; MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, Mc Graw-Hill, 1997; PERELLÓ DOMÉNECH, Isabel, «El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional», *Jueces para la Democracia*, 28, 1997, p. 69 ss; AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid, Edersa, 1999; y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2000.

Además, pueden verse los siguientes trabajos, publicados en el número 5 de Cuadernos de derecho público, Cdp, 1998, monográfico sobre el principio de proporcionalidad: MEDINA GUERRERO, Manuel, «El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales», p. 88; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, «El principio de proporcionalidad en el derecho procesal español», p. 44; y LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, «El principio de proporcionalidad en derecho administrativo», p. 172.

²⁴⁰³ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 57-60. Los primeros antecedentes del principio de proporcionalidad en el derecho público español se remontan a mediados del siglo XX. Para la doctrina administrativista de la época, las intervenciones de la Administración en la esfera de los particulares sólo estaban justificadas en los casos y proporciones estrictamente necesarios, criterio que fue acogido en algunas leyes administrativas, que sometían tales intervenciones a los subprincipios de idoneidad y necesidad, y seguido por la jurisprudencia contencioso-administrativa, que utilizó el principio de proporcionalidad como criterio principal de fundamentación de sus decisiones de control.

Esta tendencia no sólo se consolidó, sino que se extendió a otros campos de la actividad administrativa con la entrada en vigencia de la Constitución española de 1978 (arts. 103, 1 y 106, 1).

Al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «La interdicción de arbitrariedad en la potestad reglamentaria», RAP, 30, 1959, p. 138; *Id.*, «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo», RAP, 38, 1962, p. 159 ss; LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*, Sevilla, Instituto García Oviedo/Universidad de Sevilla, 1988, p. 22; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, voz: «Principio de proporcionalidad (Derecho administrativo)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. 3, p. 5083.

El principio de proporcionalidad también ha sido acogido por el Tribunal Constitucional español como criterio para la fundamentación de sus decisiones, especialmente las adoptadas en el control de los actos del Estado que intervienen en los derechos fundamentales,²⁴⁰⁴ bien desde la perspectiva del principio de igualdad, o bien para enjuiciar la constitucionalidad de las penas y sanciones cuando por su intensidad menoscaban el ejercicio de la libertad individual.²⁴⁰⁵

Desde 1995, el Tribunal Constitucional español declaró que el examen de constitucionalidad de las intervenciones en los derechos fundamentales debe llevarse a cabo mediante la aplicación del principio de proporcionalidad.²⁴⁰⁶

A partir de entonces, la jurisprudencia constitucional ha aplicado este principio como un criterio metodológico estructural para la determinación del contenido normativo

²⁴⁰⁴ FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales, Una visión desde el sistema europeo*, Madrid, Dickinson, 2008.

²⁴⁰⁵ Al respecto, BARNÉS, Javier, "Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades, Introducción, selección y análisis crítico", Cuadernos de derecho público, Cdp, 5, 1998, p. 88.

En lengua española véase también, BEADE, Alejandro/CLÉRICO, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011; y CARBONELL, Miguel, *Argumentación jurídica, El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 88.

²⁴⁰⁶ STC 66/1995. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, el centro del examen de constitucionalidad es la pregunta de si la intervención legislativa en los derechos fundamentales cumple las exigencias de los subprincipios de idoneidad (susceptible de conseguir el objetivo propuesto), necesidad (no existe otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual grado de eficacia) y proporcionalidad en sentido estricto (es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general sobre otros bienes o valores en conflicto).

Al respecto, v. BERNAL, *Estudio introductorio*, ob. cit., p. xxxvi.

de los derechos fundamentales,²⁴⁰⁷ como quiera que éstos se estructuran normativamente como principios, no como reglas.²⁴⁰⁸

102.9. Función e importancia del principio de proporcionalidad.²⁴⁰⁹

La proporcionalidad es un concepto central de la teoría de los derechos fundamentales y, como tal, desempeña diversos roles en función de los cuales varía su significado dogmático-jurídico.²⁴¹⁰

²⁴⁰⁷ En correspondencia con la aplicación del principio de proporcionalidad, la jurisprudencia constitucional española utiliza la ponderación como el criterio estructural más importante en la solución de los conflictos o colisiones entre derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional exige que cada sentencia de la jurisdicción ordinaria que deba resolver una colisión entre estos derechos, lleve a cabo una ponderación (STC 54/2004).

Al respecto, BERNAL, *ob. cit.*, p. xxxvii, y las sentencias del Tribunal Constitucional citadas en las notas 32 y 33.

Entre la teoría de los derechos fundamentales como principios (entendidos como mandatos de optimización según las posibilidades jurídicas y fácticas) y el principio de proporcionalidad, existe una relación de implicación necesaria.

Según ALEXY, el carácter de principio de los derechos fundamentales implica el principio de proporcionalidad, y éste a aquél, lo que significa que el principio de proporcionalidad, y los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, conocido también como mandato de ponderación, constituye el criterio para la resolver los conflictos o colisiones entre derechos fundamentales. Si un derecho fundamental entra en colisión con un principio contrapuesto, la solución de tal conflicto requerirá la ponderación de los principios relevantes.

Dado que está ordenado aplicar los principios válidos cuando estos sean aplicables al caso concreto, y que en los casos de colisión entre aquéllos es indispensable llevar a cabo una ponderación, entonces el carácter de principio de los derechos fundamentales implica que se deba llevar a cabo una ponderación cuando ellos entren en conflicto con otros principios contrapuestos (ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales, ob. cit.*, p. 91-5).

La ponderación que supone el principio de proporcionalidad, en especial el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, se deduce entonces del carácter de principio de las normas de derecho fundamental. Las posibilidades jurídicas de realización de los principios contrapuestos son deducidas por el juez mediante el examen de proporcionalidad en sentido estricto. Las posibilidades fácticas de realización, por su parte, serán deducidas mediante los exámenes de idoneidad y necesidad.

En conclusión, según ha reconocido la propia jurisprudencia constitucional alemana [v. BVerfGE 19, 342 (38 s.); 65, 1 (44)], el principio de proporcionalidad, y la ponderación que éste supone de los principios en conflicto, se deriva de la “esencia” de los derechos fundamentales (ALEXY, *ob. cit.*, p. 91-5).

Sobre la teoría de los derechos fundamentales como principios, de Robert ALEXY, v. SIECKMANN, Jan-Reinard (comp.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte, Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden, Nomos, 2007.

²⁴⁰⁸ Dentro de las teorías sobre la estructura de las normas iusfundamentales, la más importante es la que distingue entre reglas y principios. Esta distinción representa la base de la fundamentación iusfundamental y la clave para la solución de los de los problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales: el de los límites de los derechos fundamentales; las colisiones entre principios y el papel que juegan estos derechos en el sistema jurídico; su efecto horizontal; la división de competencias entre el Tribunal Constitucional y el Parlamento; así como el de la posibilidad y límites de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales (ALEXY, *ob. cit.*, p. 63).

Sobre la estructura de los derechos fundamentales como principios y las distintas denominaciones que éstos han recibido en la literatura jurídica y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal alemán («directrices», «principios estructurales», «principios fundamentales», «norma rectora», «norma pauta», «postulados», etc.), v. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales, ob. cit.*, p. 23-4, y las sentencias del Tribunal Constitucional federal alemán (BVerfGE), citadas en las notas 39-58.

²⁴⁰⁹ BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad ob. cit.*, p. 40.

²⁴¹⁰ En el derecho penal, administrativo e internacional, e incluso en la teoría de los derechos fundamentales, la proporcionalidad, en efecto, carece de un significado unívoco e históricamente fijo o permanente.

Al respecto, BARAK, *Proporcionalidad, ob. cit.*, p. 174-5.

En el mencionado ámbito, sin embargo, el principio de proporcionalidad sirve como criterio metodológico para definir el contenido que vincula al legislador en los casos de restricción legal de los derechos fundamentales;²⁴¹¹ así como criterio para concretar y fundamentar las normas iusfundamentales adscritas que definen aquél contenido.²⁴¹²

Desde el primer aspecto, el principio de proporcionalidad establece unos subprincipios o requisitos específicos, de cuya satisfacción depende que la limitación legal de un derecho sea conforme a la Constitución.²⁴¹³

Como criterio metodológico estructural de concreción normativa y de fundamentación de las decisiones judiciales que definen el contenido de los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad tiene cabida en cualquier ámbito del ordenamiento jurídico, sea público o privado.²⁴¹⁴

Ahora bien, desde la Segunda Guerra Mundial, el principio de proporcionalidad y, en especial el mandato de ponderación que conforma su núcleo, ha ido día a día desarrollándose y ganando importancia e influencia como criterio para evaluar la suficiencia de las razones que justifican las restricciones estatales de los derechos fundamentales.²⁴¹⁵

²⁴¹¹ Los elementos de la proporcionalidad reflejan la idea de que una ley puede imponer límites a un derecho fundamental, pero que, a su vez, esos límites tienen límites que definen su validez constitucional. En ese sentido, el principio de proporcionalidad es un límite de límites.

Al respecto, BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 174-5; e *ID.*, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales*, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 41.

²⁴¹² BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 75 ss.

²⁴¹³ Ahora bien, como cada ordenamiento define por sí mismo la forma como cada uno de los requisitos de la proporcionalidad ha de ser satisfecho, se estará con ello definiendo la manera como la sociedad define su democracia, la importancia de los derechos fundamentales y su relación con el interés público, la separación de poderes y el rol de cada rama gubernamental. Como la proporcionalidad es un marco que tiene que ser llenado de contenido con base en consideraciones ajenas a la proporcionalidad misma, ese contenido cambiará de un ordenamiento a otro en función de las específicas necesidades de realización de los derechos.

Al respecto, BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales*, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 41.

²⁴¹⁴ Al respecto, v. *Infra*, Tít. Noveno, Cap. XXV.

²⁴¹⁵ La democracia moderna está basada en los derechos fundamentales, y las limitaciones y restricciones de éstos requiere una fundamentación o justificación objetiva, racional y continua, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto.

Al respecto, BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales*, *Proporcionalidad* ob. cit., p. 54-5; BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, ob. cit., p. 172; COHEN-ELIYA, Moshe y PORAT, Iddo, "Proportionality and the Culture of Justification", *American Journal of Comparative Law*, 59, 2011, p. 463; e *Id.*, "Proportionality and Justification", *Law Journal University of Toronto*, 64 (3), 2014, p. 458-77.

102.10. El ámbito objetivo de la proporcionalidad.²⁴¹⁶

Las reglas de la proporcionalidad están dirigidas a todas las ramas y órganos del poder público,²⁴¹⁷ así como a los particulares en determinadas situaciones, y pueden ser aplicadas en todos los ámbitos o ramas del derecho.²⁴¹⁸

Las autoridades gubernamentales tienen la posibilidad de elegir entre varios medios y alternativas para el logro de los objetivos estatales, entre ellas las que restringen o limitan los derechos fundamentales, pero dicha discrecionalidad no es absoluta, sino limitada por las reglas de la proporcionalidad.²⁴¹⁹

El legislativo, por ejemplo, es independiente en su correspondiente área de actuación, pero limitado por la Constitución, y los jueces, en la medida en que aquél sobrepase tales límites, pueden invalidar las leyes.²⁴²⁰

En este sentido, una ley que para conseguir un determinado objetivo (la protección de un derecho o la promoción de un interés público), limite o restrinja un derecho fundamental, puede ser invalidada por los jueces si no cumple los requisitos de la proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).²⁴²¹

103. La estructura general del principio de proporcionalidad.²⁴²²

Como fue visto, el principio de proporcionalidad en sentido amplio, como “límite de límites” de los derechos fundamentales, bien frente a los excesos de restricción (*Übermaß*), bien frente a las omisiones o acciones insuficientes que dificulten o imposibiliten injustificadamente su ejercicio (*Untermaß*),²⁴²³ o como criterio metodológico para definir, en los casos concretos, teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas, el grado de realización del derecho afectado, se estructura a través de los mandatos idoneidad (*Geegnetheit*), del medio alternativo

²⁴¹⁶ BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad, ob. cit.*, p. 54 ss.

²⁴¹⁷ BARAK, *ob. cit.*, p. 54-5.

²⁴¹⁸ FRIEDMAN y BARAK-EREZ, *Human Rights in Private Law, ob. cit.*; y SAJÓ y UITZ, *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism, ob. cit.*, p. 88-134.

²⁴¹⁹ BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad ob. cit.*, p. 53.

²⁴²⁰ Sobre la deferencia hacia el legislativo, frecuente en los ordenamientos del sistema de derecho común, v. DYZENHAUS, David, «*The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy*», en TAGGART, Michael (ed.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 279; y HORWITZ, Paul, «*Three Faces of Deference*», *Notre Dame Law Review*, 83, 2008, p. 1061.

²⁴²¹ BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad ob. cit.*, p. 53.

²⁴²² CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, ob. cit.*, p. 26-209; *Id.*, *El examen de proporcionalidad, ob. cit.*, p. 147 ss; y BERNAL, *El principio de proporcionalidad, ob. cit.*, p. 611-803.

²⁴²³ Al respecto, BERNAL, *El principio de proporcionalidad, ob. cit.*, p. 798-9; y ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales, ob. cit.*, p. 419 ss.

menos lesivo o de necesidad (*milderen Mittels* o *Erforderlichkeit*), y de proporcionalidad en sentido estricto (*Proportionalität im engeren Sinne*).²⁴²⁴

El medio (la ley o la disposición legal mediante la cual se materializa la intervención o restricción del derecho fundamental), es idóneo cuando con su ayuda puede alcanzarse o fomentarse la realización del fin deseado; es necesario cuando, a pesar de ser igualmente idóneo para el logro del fin propuesto, no puede ser implementado otro medio que suponga una menor restricción del derecho.²⁴²⁵

Por último, la limitación del derecho fundamental es proporcional en sentido estricto en la medida en que guarde una relación razonable respecto del peso e importancia de los argumentos o razones que hablan a favor de una mayor y mejor protección del derecho afectado.²⁴²⁶

103.1. Las versiones del principio de proporcionalidad: prohibición de exceso y prohibición de protección deficiente.²⁴²⁷

En la dogmática alemana es bien conocida la distinción entre dos versiones del principio de proporcionalidad: la prohibición de exceso (*Übermaßverbot*) y la prohibición de protección deficiente (*Untermaßverbot*), referida ésta a las particularidades que la estructura del principio de proporcionalidad adquiere en la aplicación de los derechos fundamentales de protección.²⁴²⁸

²⁴²⁴ BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad, ob. cit.*, p. 45.

²⁴²⁵ CLÉRICO, *ob. cit.*, p. 113.

²⁴²⁶ *ob. cit.*, p. 114. BARACK distingue cuatro elementos o requisitos del principio de proporcionalidad: 1. Propósito u objetivo legítimo; 2. Conexión racional (idoneidad); 3. Necesidad; y 4. Proporcionalidad en sentido estricto (ponderación). Estos cuatro elementos aplican tanto a los derechos negativos como a los derechos positivos.

Respecto del primer requisito, la ley que restringe un derecho fundamental ha de perseguir un fin, propósito u objetivo legítimo. Generalmente se acepta que la limitación de un derecho fundamental es constitucionalmente válido si tiene como propósito la protección de otro derecho, constitucional o legal, u otros intereses públicos.

Sobre este punto, la pregunta más importante es, además de la protección de otro derecho, qué clase de interés público puede justificar la limitación de un derecho fundamental, especialmente cuando la propia Constitución no dice nada al respecto? La doctrina constitucional alemana entiende que es suficiente que el interés público no se contrario a la Constitución. Además de lo anterior, otros consideran que se ha de tratar de un interés público sustancial y apremiante (BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad, ob. cit.*, p. 45).

Al respecto, v. también MOWBRAY, Alastair, *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Londres, Hart Publishing, 2004; y GRIMM, Dieter, «*The Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*», *University of Toronto Law Journal, UTLJ*, 57, 2007, p. 383-8.

²⁴²⁷ La aplicación del examen de proporcionalidad en sentido amplio ha sido analizada profusamente por la dogmática constitucional alemana, principalmente desde la perspectiva de la prohibición de exceso (*Übermaßverbot*). Para un análisis de dicha aplicación desde la perspectiva de la prohibición de protección deficiente, o de omisión o acción insuficiente (*Untermaßverbot*), y la estructura de los subprincipios de la proporcionalidad que corresponde a tal punto de vista, v. TZEMOS, Vasileios, *Das Untermaßverbot*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2004, p. 74-87.

También, sobre este punto, RASSOW, Reinhard, "Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes", *Zeitschrift für Gesetzgebung*, ZG, 20, 2005, p. 262-80; CANARIS, *Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*, *ob. cit.*, p. 161 ss; HAIN, K-E, "Das Untermaßverbot in der Kontroverse", *Zeitschrift für Gesetzgebung*, ZG, 11, 1996, p. 75 ss; y CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad, ob. cit.*, p. 116 ss.

²⁴²⁸ BERNAL, *El principio de proporcionalidad, ob. cit.*, p. 798-9.

La estructura general del principio de proporcionalidad, vista desde la perspectiva de los derechos fundamentales de defensa, conformada, como hemos dicho, por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, sufre variaciones cuando dicho principio se utiliza como criterio para la aplicación de los derechos fundamentales de protección en sentido amplio, los cuales aparejan la pretensión *prima facie* de que se adelanten diversos deberes de actuación por parte de los poderes públicos, enderezados a garantizar el disfrute efectivo de las libertades (derechos de defensa en sentido estricto), a proveer los medios indispensables para el ejercicio de las mismas y para la satisfacción de las necesidades básicas (derechos sociales), así como a disponer los procedimientos y la organización institucional indispensable para que el Estado pueda tutelar adecuadamente los derechos fundamentales (derechos a organización y procedimiento).²⁴²⁹

103.1.1. La prohibición de protección deficiente.²⁴³⁰

La prohibición de protección deficiente puede definirse como un criterio estructural para la determinación de los derechos fundamentales, con cuya ayuda puede determinarse si un acto estatal, por lo general una omisión, vulnera un derecho fundamental de protección.²⁴³¹

La prohibición de exceso tiene la misma estructura de la prohibición de protección deficiente.²⁴³² Esta segunda versión del principio de proporcionalidad, visto desde la perspectiva de la aplicación de los derechos fundamentales de protección, se compone de dos presupuestos:

1º Por una parte, la intervención legislativa en los derechos de protección (por antonomasia, como hemos dicho, una omisión estatal), y la adscripción *prima facie* a un derecho fundamental de la posición de protección afectada;

2º Por la otra, los tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.²⁴³³

²⁴²⁹ BERNAL, *ob. cit.*, p. 798-9; y ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales, ob. cit.*, p. 419 ss

²⁴³⁰ CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, ob. cit.*, p. 26-209; e *Id.*, *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto, ob. cit.*, p. 113 ss.

²⁴³¹ BERNAL, *ob. cit.*, p. 798-9 y la Sentencia de Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el aborto [BVerfGE, 88, 203 (254)], citada en la nota 337.

²⁴³² Los subprincipios de la proporcionalidad se aplican tanto a los derechos negativos como a los positivos: los primeros señalan límites a la acción del Estado; los segundos definen las acciones que el Estado está obligado a llevar a cabo para proteger un derecho fundamental. Respecto de los derechos negativos, el juez define si la limitación legal del derecho fundamental es proporcional (prohibición de exceso). En el caso de los derechos positivos se examina, a la luz del principio de proporcionalidad, si la protección otorgada por el legislador al derecho fundamental es suficiente (prohibición de protección deficiente).

Al respecto, BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad, ob. cit.*, p. 43; y MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, ob. cit.*

²⁴³³ BERNAL, *El principio de proporcionalidad, ob. cit.*, p. 800.

La adscripción *prima facie* que se lleva a cabo dentro de la prohibición de protección deficiente sigue, *mutatis mutandi*, las mismas reglas que la adscripción de la prohibición de exceso, con la salvedad, advertida atrás, de que en la prohibición de protección deficiente la posición adscrita es un derecho fundamental de protección que impone al legislador un deber de actuación consistente en realizar el objeto de la posición iusfundamental en la mayor medida posible.²⁴³⁴

Dentro del esquema de la prohibición deficiente, la intervención legislativa sigue, con los matices correspondientes, las mismas reglas que la de la prohibición de exceso, pero en la primera, como hemos dicho, el objeto de control es normalmente una omisión o abstención legislativa, o una norma legal que no protege o protege de manera deficiente el derecho fundamental por no favorecer su realización en la mayor medida posible.²⁴³⁵

103.2. El examen de idoneidad.

El medio o la medida estatal (la ley o la disposición legal que interviene o restringe el derecho), ha de ser apta o apropiada para lograr o conseguir, o por lo menos para fomentar, la consecución de un fin o propósito legítimo perseguido por el legislador.²⁴³⁶

Además de la individualización del medio implementado (M) y la identificación del derecho afectado, el examen de idoneidad, presupone, por una parte, la identificación y precisión, en la mayor medida posible, del fin o de los fines estatales perseguidos por el legislador, vale decir, del estado de cosas que se pretende

²⁴³⁴ BERNAL, *ob. cit.*, p. 800-1.

²⁴³⁵ Para que se produzca una afectación negativa de un derecho fundamental de protección es necesario que entre la norma legal o la abstención legislativa que se examina y el derecho relevante no medie un nexo de causalidad o de idoneidad positiva óptima que persiga la realización del derecho en la mayor medida posible. La norma legal (N), o la abstención u omisión (A) no guarda una relación de causalidad positiva óptima con el derecho fundamental, si no conduce a un estado de cosas en que la realización de éste sea garantizada en la mayor medida posible.

Al respecto, BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 801.

²⁴³⁶ La adopción de una medida estatal para el logro de un fin puede limitar el ejercicio de algún derecho. Debe, por tanto, existir una relación entre el medio y el fin de la norma. Si el afectado tiene que soportar una restricción de su derecho, se espera entonces que el medio pueda por lo menos fomentar el logro del fin, pues, de lo contrario las razones que tratan de justificar esa restricción decaen o se desvanecen desde el punto de vista empírico.

Al respecto, CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, *ob. cit.*, p. 26 ss; e *Id.*, *El examen de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 113-6.

Según BARACK, el medio adoptado por la ley debe ser capaz de promover la realización del objetivo legítimo, lo que no significa que el medio sea el único capaz de promover la realización de ese objetivo, o que lo realice plenamente, o que lo haga de la manera más eficiente (BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales*, *Proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 45; e *Id.*, *Proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 337 ss).

Al respecto, v. también EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law*, *ob. cit.*, p. 28; y BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 726.

alcanzar o lograr, así como su legitimidad constitucional, es decir, que tales fines no se hallen prohibidos de manera definitiva por la Constitución, por la otra.²⁴³⁷

La cuestión principal del examen de idoneidad, sin embargo, es establecer la capacidad del medio para alcanzar o lograr el fin o propósito perseguido por el legislador, o la “relación de fomento” entre M y F.²⁴³⁸ Dicha relación puede ser establecida teniendo en cuenta criterios como la cantidad, calidad o probabilidad del medio para conseguir o fomentar la consecución del fin o propósito propuesto.²⁴³⁹

Establecidos e identificados los elementos del examen de idoneidad, se ha de establecer el nexo de realización o la relación fomento entre medio y fin.²⁴⁴⁰ Si el medio escogido, que afecta derechos fundamentales, realiza o fomenta la realización del fin legítimo, entonces debe ser examinada la necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida.²⁴⁴¹

103.2.1. Versión débil y versión fuerte del examen de idoneidad.

Ahora bien, existe tanto una versión débil como una versión fuerte del examen de idoneidad. La versión débil del examen de idoneidad excluye solamente aquellos medios que no se encuentran de algún modo, es decir, en ningún aspecto, en relación con el fomento del fin.²⁴⁴²

²⁴³⁷ CLÉRICO, *ob. cit.*, p. 116. El examen de idoneidad supone básicamente la identificación y precisión, en la mayor medida posible, del fin o de los fines estatales legítimos, vale decir, el estado de cosas que se pretende alcanzar o lograr, y que tal fin no esté prohibido por la Constitución de forma definitiva; así como la individualización del medio implementado y la identificación de los derechos afectados por la limitación que se ataca por excesiva.

Para la determinación del fin es importante distinguir entre el estado de cosas inicial, el de hecho o efectivamente alcanzado, y el final, es decir, el que se quiere alcanzar, provocar o fomentar, pues ambos tipos de fines pueden no coincidir. Ahora bien, la cuestión sobre cuáles fines se encuentran prohibidos requiere una interpretación cuidadosa de la norma de derecho fundamental afectada para establecer si ésta prevé causales de restricción definitivamente excluidas (CLÉRICO, *ob. cit.*, p. 116).

Respecto de la determinación de los fines prohibidos de manera definitiva por la Constitución, v. CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, *ob. cit.*, p. 66-72; y BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 688-700.

²⁴³⁸ El examen de idoneidad supone por lo menos un fin. Cuando se trate de más de un fin, la idoneidad del medio ha de ser establecida en relación con todos los fines propuestos.

Sobre este punto, CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 117.

²⁴³⁹ En este sentido, el medio **M** puede fomentar más o menos veces, mejor o peor, o con mayor probabilidad o certeza el propósito **F**.

Al respecto, CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 117; *Id.*, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, *ob. cit.*, p. 340; y BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 718 ss.

²⁴⁴⁰ CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 117; e *Id.*, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, *ob. cit.*, p. 340.

²⁴⁴¹ Por el contrario, si el medio escogido, que afecta derechos fundamentales, no realiza o no puede fomentar la realización del fin legítimo, entonces la medida es desproporcionada en sentido amplio.

Al respecto, CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 117; e *Id.*, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, *ob. cit.*, p. 26 ss.

²⁴⁴² CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 117.

La versión fuerte o fortísima del examen de idoneidad exige, por el contrario, la elección de un medio a través del cual el logro del fin perseguido se alcance en la mayor medida posible en todos los aspectos o en la mayor parte de éstos, es decir, con el más alto alcance (cantidad), el mejor de los alcances (cualidad), el de más segura realización (probabilidad), etcétera.²⁴⁴³

De todas maneras, la opción por una versión débil o fuerte del examen de idoneidad determina la intensidad del control judicial, bien por el respeto que los jueces tienen del ámbito de competencias del legislador legitimado democráticamente; bien, por motivos generales de racionalidad, por la necesidad de considerar todos los argumentos relevantes que puedan hablar a favor o en contra de la restricción del derecho.²⁴⁴⁴

De acuerdo con una versión débil del examen de idoneidad, respetuosa, como hemos dicho, de las competencias del legislador legitimado democráticamente, cuando el medio se encuentra en alguna relación con la realización del fin, pero no contribuye a su logro en todos los aspectos, o sólo lo hace de forma abstracta y general, pero no en el caso concreto, el medio escogido es idóneo y, en aras de examinar la justificación de la restricción del derecho, deben ser aplicadas las reglas subsiguientes del medio alternativo menos gravoso (necesidad) y de proporcionalidad en sentido estricto.²⁴⁴⁵

103.2.2. La relación medio-fin en la prohibición de protección deficiente.

De acuerdo con la fórmula de la prohibición de protección deficiente (o de insuficiencia por omisión o defecto), existe un incumplimiento de la obligación de protección o de prestación positiva iusfundamental, en primer lugar, cuando las medidas impugnadas sean inidóneas, insuficientes o defectuosas para alcanzar el fin de protección obligatorio, o cuando quedan muy por detrás de lo obligado; así como, en segundo término, cuando el poder estatal permanezca totalmente inactivo.²⁴⁴⁶

²⁴⁴³ CLÉRICO, *ob. cit.*, p. 117-8.

²⁴⁴⁴ *ob. cit.*, p. 117-8. En el marco de esta versión débil del examen de idoneidad, “fomento” no significa que el medio deba contribuir en la mayor medida posible, de la mejor manera y con el mayor grado de probabilidad al logro del fin, bastando para ello, como lo acepta el Tribunal Constitucional Federal alemán, la simple posibilidad abstracta del fomento. Desde el aspecto cuantitativo, para la versión débil del examen de idoneidad basta la realización en parte o parcial del fin.

En conclusión, “fomento” implica la contribución, general o conjunta, del medio para la realización del fin. Por el contrario, el medio que no puede contribuir, siquiera parcialmente o de cualquier modo o aspecto, al logro del fin, es totalmente inidónea.

Al respeto, CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad, ob. cit.*, p. 118-9.

²⁴⁴⁵ CLÉRICO, *ob. cit.*, p. 119 y las sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) indicadas en las notas 20-6; e *Id.*, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, ob. cit.*, p. 37 ss.

²⁴⁴⁶ CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad, ob. cit.*, p. 119. Como hemos dicho, el subprincipio de idoneidad de la prohibición de protección deficiente sigue, *mutatis mutandi*, las mismas reglas de la prohibición de exceso. Sin embargo, deben ser tenidas en cuenta las siguientes variaciones:

1º. Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima, vulnera las exigencias del principio de idoneidad cuando no favorece la realización de un fin legislativo constitucionalmente legítimo;

En otras palabras, siendo necesaria una protección adecuada y eficaz, las medidas legislativas deben ser también suficientes.²⁴⁴⁷

En ambos casos, no obstante, el examen de idoneidad que supone la prohibición de protección deficiente implica una relación medio-fin:

1º En el primer caso (medios inidóneos, insuficientes o defectuosos),²⁴⁴⁸ siendo la medida impugnada un hacer, el problema radica en su insuficiencia o defecto.²⁴⁴⁹ El fin es la promoción de un derecho fundamental de prestación que, además, puede coincidir con el fin estatal perseguido por el legislador.²⁴⁵⁰

2º En el segundo evento el poder estatal permanece totalmente inactivo ante una obligación de hacer plenamente reconocida o, incluso, cuando se han establecido los medios para hacerla efectiva, éstos todavía no han sido implementados.²⁴⁵¹

Sea cual fuere la modalidad de la omisión, el problema es determinar si un hacer es obligatorio de manera definitiva.²⁴⁵²

^{2º} Una abstención legislativa o una norma legal que proteja deficientemente a un derecho fundamental, será idónea si favorece la realización de su fin.

En otras palabras, es preciso que la carencia de protección óptima del derecho fundamental genere una mayor realización del fin constitucionalmente legítimo del legislador, por ejemplo, si correlativamente implica la no-intervención en un derecho fundamental de defensa (una libertad).

Al respecto, BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 802.

²⁴⁴⁷ Según el Tribunal Constitucional Federal alemán, el legislador debe observar las exigencias de la prohibición de protección deficiente en la configuración de los deberes de protección estatal, y sus prescripciones deben ofrecer una protección adecuada y efectiva y deben fundamentarse en cuidadosas investigaciones fácticas y en apreciaciones plausibles [BVerfGE, 88, 203 (254)].

Sobre este punto, BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 799-800; y CLÉRICO, ob. cit., p. 119.

²⁴⁴⁸ Este primer supuesto comprende también los casos en que, habiéndose adoptado una medida suficiente, ésta es interrumpida o suspendida, lo que implica, en conjunto, una acción insuficiente o, según el caso, defectuosa.

Al respecto, ALEXYS, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 398 y 425; CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad*, ob. cit., p. 120; e ID., *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 341.

Para un examen de la "prohibición de regresión arbitraria" en comparación con la prohibición de protección deficiente, v. CLÉRICO, Laura, «*Verhältnismäßigkeit und Unterraßverbot*», en SIECKMANN (comp.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte, Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, ob. cit., p. 172 ss; y ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 96 ss.

²⁴⁴⁹ ob. cit., p. 120; y BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 801.

²⁴⁵⁰ CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad*, ob. cit., p. 120.

²⁴⁵¹ Para ponderar la justificación de la omisión estatal, vale decir, si, pese a reconocer su obligación, el Estado no actúa por causas que no son imputables a su voluntad, o por fuera de su margen de actuación, y los casos de omisiones injustificadas en las que, aún reconociendo su obligación de actuar, el Estado no demuestra su interés en hacerlo, es importante distinguir los casos de falta de capacidad y de falta de voluntad de éste para cumplir sus obligaciones. Un Estado que afirma que no puede cumplir con su obligación por motivos ajenos a su control, tiene la carga de comprobar que esto es el caso.

Al respecto, CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad*, ob. cit., p. 120, nota 31.

²⁴⁵² CLÉRICO, ob. cit., p. 121. Establecida la relación entre la omisión y la afectación del derecho de prestación en el caso concreto, precisamente ésta es una de las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el marco de la prohibición

El fin es la promoción de un derecho fundamental de protección, constitucionalmente protegido y garantizado, con independencia de que el Estado persiga otra finalidad con su omisión.²⁴⁵³

Ahora bien, en la prohibición de exceso, el medio está dado desde el principio, pues fue seleccionado y establecido por el legislador para el logro del fin. En el caso de la prohibición de protección deficiente, el medio es indeterminado.²⁴⁵⁴

La otra diferencia relevante es la naturaleza vinculante del fin en cada uno de estas prohibiciones: como hemos dicho, el fin estatal es determinado por el legislador en el caso de la prohibición de exceso, aunque el mismo no implique, necesariamente, una obligación constitucional. Basta, al efecto, que el fin no esté prohibido por la Constitución.²⁴⁵⁵

En la prohibición de protección deficiente, por el contrario, por lo menos uno de los fines se refiere a la realización de una prestación positiva iusfundamental.²⁴⁵⁶

103.3. El examen de necesidad.

El examen o requisito de necesidad exige que el objetivo legítimo no sea alcanzado a través de medios menos restrictivos del derecho fundamental.²⁴⁵⁷

Si existe un medio o alternativa que sea igualmente efectiva y conlleve una afectación menor del derecho fundamental, el medio implementado en la ley no será necesario.²⁴⁵⁸

de protección deficiente: del examen de proporcionalidad surgirá si la omisión está o no justificada y si el actuar del Estado es obligatorio de forma definitiva.

Al respecto, v. también ALEXU, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 383; y ARANGO, Rodolfo, *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2001, p. 152 ss.

²⁴⁵³ CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad*, ob. cit., p. 121.

²⁴⁵⁴ CLÉRICO, ob. cit., p. 121. En la prohibición de protección deficiente, el medio que hay que someter a examen es la omisión o acción estatal insuficiente, y el medio ordenado sería una acción suficiente o adecuada (ob. cit., p. 122).

²⁴⁵⁵ CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad*, ob. cit., p. 12.

²⁴⁵⁶ CLÉRICO, ob. cit., p. 122. El derecho fundamental de prestación requiere ser precisado de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, es decir, la insuficiente realización del derecho que efectivamente se alcanzó con la omisión o acción insuficiente o defectuosa atacada (estado inicial, Ei), *versus* el estado de cosas que se persigue alcanzar o lograr a través de una acción suficiente (estado final, Ef).

Cuando la realización del fin está protegida en forma definitiva, existe entonces una obligación estatal positiva definitiva, dirigida al legislador o a la administración, según el caso, para posibilitar una mayor y mejor realización del derecho de prestación (ob. cit. p. 122)

²⁴⁵⁷ BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales*, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 46; e *Id.*, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 351 ss.

²⁴⁵⁸ BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales*, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 46. v. también RIVERS, Julian, "Proportionality and Variable Intensity of Review", *Cambridge Law Journal*, 65, 2006, p. 174-89.

Sin embargo, si el medio alternativo es menos intrusivo o más benigno con el derecho fundamental en cuestión, pero sólo alcanza de manera parcial el objetivo de la ley, está será necesaria y, en consecuencia, proporcional y constitucional.²⁴⁵⁹

Igualmente, la ley que limita el derecho en cuestión será considerada necesaria si el medio alternativo, aunque alcance plenamente el objetivo perseguido por el legislador, limita o perjudica algún otro derecho o interés público. En otras palabras, la ley es necesaria si la alternativa restringe menos o es más benigna con el derecho fundamental en cuestión, pero es más costosa.²⁴⁶⁰

El juicio de necesidad requiere que los medios seleccionados por la ley hayan superado previamente el examen de idoneidad, es decir, que sean idóneos o adecuados para alcanzar los fines propuestos por el legislador.²⁴⁶¹

103.4. El examen de proporcionalidad en sentido estricto o mandato de ponderación.

El examen de proporcionalidad en sentido estricto exige un apropiado o adecuado equilibrio entre el beneficio social de alcanzar el objetivo legítimo y el beneficio social de evitar la limitación del derecho fundamental.²⁴⁶²

El examen de proporcionalidad *strictu sensu*, a diferencia de los requisitos de idoneidad y necesidad, implica una ponderación, es decir, el análisis costo-beneficio de si alcanzar el objetivo buscado por la ley justifica la limitación del derecho fundamental.²⁴⁶³

Dicho análisis está basado en reglas jurídicas que determinan cuándo un objetivo legítimo puede ser realizado a pesar de limitar un derecho fundamental.²⁴⁶⁴

La importancia social del beneficio obtenido por la realización del objetivo (la protección de un derecho o la promoción de un interés público), *versus* la

²⁴⁵⁹ BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad, ob. cit.*, p. 46.

²⁴⁶⁰ BARAK, *ob. cit.*, p. 46.

²⁴⁶¹ BARAK, *ob. cit.*, p. 46, quien en este punto cita la obra clásica de Fritz FLEINER sobre el derecho administrativo alemán, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, de 1928, p. 404.

²⁴⁶² BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad, ob. cit.*, p. 47; e *Id.*, *Proporcionalidad, ob. cit.*, p. 375 ss.

²⁴⁶³ Tanto el examen de idoneidad (conexión racional) como el de necesidad, se refieren a la relación entre el objetivo de la ley y los medios seleccionados para alcanzar ese objetivo. Dicho análisis medio-fin no tiene en cuenta si alcanzar el objetivo justifica la limitación del derecho fundamental.

Al respecto, BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad, ob. cit.*, p. 47; RIVERS, *Proportionality and Variable Intensity of Review, ob. cit.*, p. 200; y COHEN-ELIYA, Moshe y STOPLER, Gila, "Prioritizing Rights in the Age of Balancing", *Law and Ethics of Human Rights*, 4 (1), 2010.

²⁴⁶⁴ BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad, ob. cit.*, p. 47.

importancia social de evitar la limitación del derecho fundamental en cuestión, constituyen los extremos u objetos de la ponderación.²⁴⁶⁵

La comparación que implica la ponderación no tiene en cuenta la importancia general del objetivo, ni la importancia general del derecho fundamental que está siendo limitado. La importancia social del efecto que el logro del objetivo haya alcanzado es comparado con la importancia de evitar la limitación del derecho.²⁴⁶⁶

La importancia social del beneficio de realizar el objetivo de la ley, depende de la importancia de dicho objetivo. Cuando el objetivo es la protección de un derecho fundamental, el beneficio social depende de la importancia del derecho en cuestión.²⁴⁶⁷

De igual manera, cuando el objetivo es la protección o promoción de un interés público, el beneficio social depende de la importancia de dicho interés.²⁴⁶⁸

La importancia social de evitar la limitación de un derecho también dependerá del ámbito de la limitación y su alcance.²⁴⁶⁹

De esta manera, la severidad de la limitación de un derecho influye también en la importancia social de evitarla. La limitación de un derecho es menos importante que la limitación de varios de ellos; y la afectación del núcleo de un derecho es más importante que una restricción o limitación tangencial o periférica del mismo. De la misma manera, una limitación permanente no es igual a una temporal.²⁴⁷⁰

²⁴⁶⁵ BARAK, *ob. cit.*, p. 48; y COHEN-ELIYA y PORAT, *American Balancing and German Proportionality*, *ob. cit.*, p. 263.

²⁴⁶⁶ En ocasiones, un medio alternativo menos restrictivo del derecho fundamental pero incapaz de realizar plenamente el objetivo de la ley, es proporcional en sentido estricto si de un balance apropiado resulta que la importancia social de alcanzar el objetivo es mayor que la importancia de evitar la limitación del derecho.

Al respecto, BARAK, *ob. cit.*, p. 48; y COHEN-ELIYA y PORAT, *American Balancing and German Proportionality*, *ob. cit.*, p. 263.

²⁴⁶⁷ La cuestión aquí es si todos los derechos fundamentales son de igual importancia, asunto sobre el cual no existe consenso. Para algunos, no todos los derechos fundamentales son iguales en términos de importancia social, la cual varía en función de consideraciones internas o externas que incluyen los conceptos básicos de la sociedad, su historia social y cultural, o las relaciones entre los mismos derechos.

En este último sentido, los derechos que sirven de precondition para la existencia y operación de otros derechos (como sucede con los derechos a la vida, a la dignidad, a la igualdad y de expresión política), normalmente son vistos como de gran importancia social.

Al respecto, BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 49.

²⁴⁶⁸ A su vez, la importancia tanto de la protección de los derechos como de la promoción del interés público, estará en función de la historia social del Estado, su ideología socio-política, su estructura política y gubernamental y su compromiso con los valores democráticos.

Sobre este punto, BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 48.

²⁴⁶⁹ BARAK, *ob. cit.*, p. 49.

²⁴⁷⁰ *ob. cit.*, p. 49.

103.4.1. La regla de la ponderación.

La ponderación entre el beneficio social de alcanzar el objetivo de la ley y el beneficio social de evitar la limitación del derecho fundamental, puede ser expresada de la siguiente manera: mientras mayor sea la importancia de evitar la limitación del derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la importancia de alcanzar el objetivo propuesto (la protección de otro derecho o la promoción de un interés público).²⁴⁷¹

La regla de ponderación toma en cuenta, no sólo el grado de la limitación del derecho fundamental, sino también la importancia del cumplimiento del objetivo que la ley busca promover o alcanzar.²⁴⁷²

103.4.2. La ponderación como proceso de concreción normativa.

La ponderación, como elemento central de la proporcionalidad, se expresa de manera abstracta en la regla básica de la ponderación, como quiera que ésta no se refiere a los aspectos específicos de los distintos derechos, ni a los principios que subyacen a éstos y que justifican su protección o limitación.²⁴⁷³

Frente a la regla básica de la ponderación, y como resultado de su implementación práctica en cada caso concreto, se halla la ponderación concreta que traduce en términos normativos aquella regla básica y expresa para el caso concreto lo que al legislador está permitido hacer respecto del derecho fundamental y las razones que respaldan su protección o limitación.²⁴⁷⁴

104. La proporcionalidad como exigencia general en las relaciones contractuales.

A pesar de su polisemia, pluralidad o multivocidad de significados y sentidos, la proporcionalidad expresa básicamente un deber de moderación, racionalidad o ponderación en las relaciones contractuales.²⁴⁷⁵

En el derecho contractual de consumo, cuyo objetivo principal es la búsqueda del equilibrio contractual en el marco de relaciones consideradas asimétricas por la

²⁴⁷¹ Según ALEXY, mientras mayor sea el grado de no satisfacción o de detrimento de un derecho, mayor debe ser la importancia de alcanzar el objetivo legal propuesto (ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 142).

²⁴⁷² BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad*, ob. cit., p. 50; ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 411; y BERNAL, Carlos, «On Alexy's Weight Formula», en MENÉNDEZ, Agustín y ODDVAR ERIKSEN, Erik (eds.), *Arguing Fundamental Rights*, Nueva York, Springer, 2006, p.104.

²⁴⁷³ BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad*, ob. cit., p. 51.

²⁴⁷⁴ BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 375; y COHEN-ELIYA y STOPLER, *Prioritizing Rights in the Age of Balancing*, ob. cit., núm. 37.

²⁴⁷⁵ BEHAR-TOUCHAIS, *Rapport introductif*, ob. cit., p. 9; y PICOD, Yves, «Proportionnalité et cautionnement, Le mythe de Sisyphé», en *Etudes du droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, París, Dalloz, 2004, p. 843.

calidad y la especial situación de las partes, la proporcionalidad es concebida como un mecanismo de protección de los consumidores.²⁴⁷⁶

En el marco de las operaciones de crédito al consumo, por ejemplo, el derecho francés prohíbe a los establecimientos y entidades financieras prevalerse de un contrato de fianza, celebrado con una persona física, en los casos en que dicho contrato sea, al momento de su celebración, manifiestamente desproporcionado en relación con los bienes e ingresos del fiador, a menos que su patrimonio, al momento en que es ejecutado, le permita responder por la deuda garantizada (art. L. 313-10 del código francés del consumo (*Code de la consommation*)).²⁴⁷⁷

La finalidad de tal norma, extendida por el juez y el legislador al derecho común de contratos, es asegurar que el fiador, simple o subsidiario, pueda permanecer con un mínimo de recursos para atender sus gastos esenciales (alimentación, transporte o salud).

El propósito de este deber de proporcionalidad sería el de limitar el derecho del acreedor a obtener todas las garantías que pudiera considerar útiles para asegurar el pago de su crédito, es decir, evitar la constitución de una garantía excesiva en relación con el crédito otorgado, así como reconocer una protección especial a favor del garante frente al riesgo de sobreendeudamiento.²⁴⁷⁸

En resumen, la exigencia de proporcionalidad establece un límite con el fin de que el monto de la obligación garantizada por el fiador se adecúe a la situación patrimonial de este.²⁴⁷⁹

Respecto del carácter desproporcionado de la fianza, la disposición mencionada se limita a exigir que se tengan en cuenta los bienes e ingresos del fiador y que la desproporción entre el monto de la fianza y tales bienes e ingresos, apreciados al momento de la celebración del contrato, sea manifiesto.²⁴⁸⁰

La norma, sin embargo, no establece los criterios que permitan fijar la frontera entre una fianza proporcionada y una manifiestamente excesiva o exagerada. El porcentaje de la desproporción que resulte aceptable es difícil de establecer, lo que aumenta el riesgo de inseguridad jurídica.²⁴⁸¹

²⁴⁷⁶ RIAÑO SAAD, *La proporcionalidad y la protección del fiador en el derecho francés*, ob. cit., p. 304; y PICOD, Yves/DAVO, Hélène, *Droit de la consommation*, París, A. Colin, 2005, p. 3.

²⁴⁷⁷ RIAÑO SAAD, *La proporcionalidad y la protección del fiador en el derecho francés*, ob. cit., p. 304-5.

²⁴⁷⁸ CROCQ, Pierre, «*Sûretés et proportionnalité*», en *Études offertes au doyen Philippe Simler*, núm. 3, París, Dalloz/Litec, 2006, p. 292.

²⁴⁷⁹ LEGAIS, Dominique, *Sûretés et garanties du crédit*, París, LGDJ, 2008, p. 138.

²⁴⁸⁰ LEGAIS, Dominique, «*Le principe de proportionnalité: Le case du contrat de credit avec constitution de garantie*», en *Existe-t-il un principe de proportionnalité en Droit privé?*, Colloque du 20 mars 1998, PA, 30 septembre 1998, núm. 117, anné 387, p. 38 ss.

²⁴⁸¹ PESENTI, Sophie, *Le principe de proportionnalité en droit des sûretés*, Petite Affiches, PA, París, 2004, núm. 51, p. 12.

La determinación de la desproporción, en resumen, es un problema que se debe resolver caso por caso dentro de la esfera de apreciación soberana del juez, pues la simple existencia de un desequilibrio no es suficiente para considerar desproporcionada la fianza en examen.

La manifiesta desproporción de esta reenvía a la definición de lo que ha de entenderse por flagrante, evidente o manifiestamente excesivo, lo que otorga a los jueces un importante poder de intervención y control, con el riesgo que ello comporta de decisiones arbitrarias o irrazonables.

Tampoco la doctrina ha establecido criterios seguros que permitan definir el carácter manifiestamente desproporcionado de la fianza, limitándose a exigir que se trate de una desproporción flagrante, evidente o notable, lo que excluiría el simple exceso entre el monto de la garantía y la situación patrimonial del fiador.²⁴⁸²

La extensión pretoriana de la exigencia de proporcionalidad al derecho común de contratos ha permitido en Francia la construcción de un sistema particularmente equilibrado que concilia la protección de los intereses del acreedor, de manera que no se afecte gravemente la eficacia de la garantía en aras de la protección excesiva del fiador, sin desconocer los intereses de éste.

Por medio de la responsabilidad civil del acreedor, tal sistema sanciona a este por hacer suscribir una fianza manifiestamente desproporcionada, sin que ello suponga la total liberación del fiador.²⁴⁸³

El principio de buena fe fundamentaría el deber a cargo del acreedor de advertir al garante sobre los riesgos que supone un compromiso bajo condiciones que no se ajusten a su situación patrimonial.²⁴⁸⁴

²⁴⁸² PICOD sitúa al principio de proporcionalidad en la justa medida que supone una aplicación finalista de éste, no sólo aritmética, teniendo en cuenta los objetivos legítimos perseguidos, o los que se espera que se han de perseguir, de modo que no se imponga ni una consideración muy estricta de la proporcionalidad, que sancione solamente los excesos manifiestos, ni una consideración demasiado laxa de la misma, que ponga en riesgo la seguridad jurídica (PICOD, *Proportionnalité et cautionnement*, ob. cit., p. 849).

²⁴⁸³ Sentencia de la Sala Comercial de la Corte de Casación del 17 de junio de 1997 (caso Macron), en la que esta Corte confirma la decisión de los jueces de fondo de condenar al acreedor al pago de daños y perjuicios ocasionados al garante, bajo la consideración de que el acreedor había incurrido en un comportamiento culposo por haber solicitado una garantía excesiva (RIAÑO SAAD, *La proporcionalidad y la protección del fiador en el derecho francés*, ob. cit., p. 311), lo que en el fondo supuso la reducción de ésta al monto que podía ser asumida por el avalista, según sus bienes e ingresos.

Al respecto, v. también LEGEAS, *Sûretés et garanties du crédit*, ob. cit., p. 140-1; PESENTI, *Le principe de proportionnalité en droit des sûretés*, ob. cit., p. 16; y CROCCQ, *Sûretés et proportionnalité*, ob. cit., p. 310). A partir de la Sentencia Macron, la proporcionalidad se considera en Francia una exigencia general del derecho de garantías.

²⁴⁸⁴ PESENTI, *Le principe de proportionnalité en droit des sûretés*, ob. cit., p. 12.

104.1. Críticas a la proporcionalidad.²⁴⁸⁵

En general las críticas al principio de proporcionalidad se centran en su elemento principal: el mandato de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto y, más específicamente, en la inconmensurabilidad de los elementos objeto de ponderación.²⁴⁸⁶

Según esta crítica, si los elementos objeto de la ponderación no son medibles, esta entonces deviene en un procedimiento irracional, intuitivo, subjetivo, impreciso y nada científico.²⁴⁸⁷

Otra objeción se refiere a la excesiva discrecionalidad que la ponderación otorga al juez en perjuicio de la seguridad y la protección de los derechos fundamentales.²⁴⁸⁸

Por último, se objeta la falta de legitimidad democrática del juez para efectuar la ponderación. Según esta crítica, como resultado del proceso de ponderación surgen normas iusfundamentales adscritas cuya definición correspondería en exclusiva a los Parlamentos como representantes del pueblo.²⁴⁸⁹

104.2. Conclusiones.

Un mecanismo potentísimo de protección contractual del consumidor lo constituye el control judicial sobre las cláusulas abusivas, en especial de las previstas en los contratos de adhesión a condiciones generales, dado el uso extendido de éstos en el comercio y su notable importancia económica y social.²⁴⁹⁰

²⁴⁸⁵ BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad*, ob. cit., p. 56 ss; *Id.*, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 523 ss; y BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 200 ss.

v. también WEBBER, Grégoire, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

²⁴⁸⁶ BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad*, ob. cit., p. 56 ss; e *Id.*, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 523 ss.

²⁴⁸⁷ BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad* ob. cit., p. 56 ss; ALEXANDER ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, ob. cit., p. 943; ALEXY, Robert, "Constitutional Rights, Balancing and Rationality", *Ratio Juris*, 4, 2003, p. 131; y AFONSO DA SILVA, Virgilio, "Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision", *Oxford Journal of Legal Studies*, 31, 2, 2011, p. 273.

Para BARACK, existe un denominador común que permite la ponderación racional, consistente en la importancia social de realizar un principio y de evitar la limitación de otro. La presencia de discrecionalidad no impide, según este autor, que la ponderación pueda ser racional (*La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad*, ob. cit., p. 56).

²⁴⁸⁸ BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad*, ob. cit., p. 57.

²⁴⁸⁹ También se objeta la estrechez e insuficiencia del proceso judicial para satisfacer las altas exigencias de racionalidad de la ponderación.

Al respecto, BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad*, ob. cit., p. 57 ss. Sobre la objeción contramayoritaria de los jueces constitucionales para efectuar la ponderación, v. GARDBAUM, Stephen, "A democratic Defense of Constitutional Balancing", *Law and Ethics of Human Rights*, 4, 1, 2010, p. 77.

²⁴⁹⁰ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 4.

Tal mecanismo de control, conocido como test o juicio de abusividad, tiene por propósito definir si una cláusula es o no abusiva, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto.²⁴⁹¹

Como fue visto, el artículo 42 EC establece dos normas claramente identificables: por una parte, la prohibición de abuso y, por la otra, el mandato de ponderación (*Abwägungsgebote*), o principio de proporcionalidad en sentido estricto.²⁴⁹²

A la prohibición de abuso corresponde un derecho a favor de los consumidores, según el cual los productores y proveedores deben abstenerse de incluir cláusulas o condiciones abusivas en perjuicio de aquéllos. En términos generales, la estructura de la posición del consumidor corresponde a la de los derechos a algo.²⁴⁹³

En otras palabras, frente al predisponente en los contratos de adhesión, los consumidores tienen el derecho a que aquél no incluya cláusulas o condiciones abusivas en su contra.²⁴⁹⁴

Ahora bien, la aplicación de la prohibición de abuso exige que el juez establezca, previa y cumulativamente, los siguientes presupuestos:²⁴⁹⁵

1º Que la cláusula o condición produzca, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en el contenido del contrato; y

2º Que, ponderadas las razones que juegan a favor o en contra de la abusividad de la cláusula o condición en examen, tales razones sean suficientes para justificar tal desequilibrio, pues sólo las cláusulas o condiciones que produzcan un desequilibrio injustificado del contrato pueden ser consideradas abusivas.²⁴⁹⁶

En este caso deberá el juez declarar la nulidad de la cláusula o condición en examen y, eventualmente, ordenar la reparación de los daños que tal desequilibrio ocasione al consumidor (arts. 830 C. Co. y 4º EC).²⁴⁹⁷

²⁴⁹¹ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4. Sobre la importancia económica y social de las condiciones generales y de la contratación predispuesta en general, v. *Id.*, *Cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 4 ss; *Id.*, *El juicio de abusividad*, *ob. cit.*, p. 4-32; y SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Traité de Droit civil, Les contrats de consommation, Règles comunes*, *ob. cit.*, p. 88. v. también *Supra*, núms. 1 y 2.

²⁴⁹² En Colombia, pues, la regulación legal de la abusividad en los contratos de consumo se articula en torno a una prohibición general de abuso, que define el concepto de cláusula abusiva, centrado, a su vez, en la noción de desequilibrio injustificado, y en un mandato de ponderación que supone la valoración circunstanciada de todas las condiciones particulares del contrato.

Al respecto, CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4.

²⁴⁹³ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4.

²⁴⁹⁴ *ob. cit.*, p. 4.

²⁴⁹⁵ LARENZ, *Metodología*, *ob. cit.*, p. 200-3; y BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 614.

²⁴⁹⁶ FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. IV, Tubinga, Mohr, 1977; LARENZ, *Metodología*, *ob. cit.*, p. 200-3; y MÜLLER, Friedrich, *Juristische Methodik*, Berlín, Duncker und Humblot, 1989, p. 234.

²⁴⁹⁷ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 5.

Según lo anterior, el principal problema metodológico que plantea la aplicación judicial de la prohibición de abuso es que, por su alto grado de indeterminación normativa y por la indefinición del concepto de desequilibrio injustificado, el juez no puede de manera directa, es decir, mediante simple subsunción, definir cuándo una cláusula o condición es abusiva, sino que, dada la especificidad de los casos en conflicto y la variabilidad e insuficiencia de los criterios materiales a utilizar, debe emprender un proceso de concreción o precisión normativa en busca de una regla de decisión que le permita resolver el caso en examen, con el riesgo que ello supone de decisiones absurdas o arbitrarias.²⁴⁹⁸

El principio de proporcionalidad puede ser utilizado como un criterio que sirva al juez para determinar, frente a un caso concreto, el contenido normativo de la prohibición de abuso y los derechos y posiciones que esta norma garantiza a favor de los consumidores, así como fundamentar las decisiones que aquél deba adoptar en los procesos de control material de las condiciones generales de los contratos de consumo.²⁴⁹⁹

Por otra parte, teniendo en cuenta la indeterminación normativa de la prohibición de abuso, de la que emergen dudas y disputas interpretativas cuya solución no puede extraerse de su texto mismo, el principio de proporcionalidad en sentido amplio, y cada uno de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, auxilian al juez en la especificación o concreción de aquella norma, como quiera que la definición de su contenido es un presupuesto de su aplicación a un caso concreto de abusividad contractual.²⁵⁰⁰

El principio de proporcionalidad estructuraría de manera racional la fundamentación correcta de tal proceso de concreción normativa y los actos judiciales en que éste se materialice, en especial las normas derivadas que puedan ser adscritas interpretativamente a la prohibición de abuso.²⁵⁰¹

²⁴⁹⁸ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 5.

²⁴⁹⁹ Como se sabe, las cláusulas y condiciones que el predisponente impone al consumidor deben respetar el contenido prescriptivo de las normas sobre abusividad contractual, en especial la prohibición de abuso, aspecto éste que garantiza el sistema de control material de las condiciones generales y la nulidad con que son sancionadas las cláusulas abusivas (art. 44 EC).

En este sentido, el principio de proporcionalidad sirve al juez de criterio metodológico para definir, no sólo la existencia de un desequilibrio del contrato, sino también la suficiencia de las razones que puedan justificar tal desequilibrio.

Al respecto, CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad, ob. cit.*, p. 5.

²⁵⁰⁰ LARENZ, *Metodología, ob. cit.*, p. 200-3; FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts, ob. cit.*, p. 88; y MÜLLER, *Juristische Methodik, ob. cit.*, p. 234.

²⁵⁰¹ En efecto, la concreción o precisión normativa de la prohibición de abuso, y los resultados de la misma, en particular las normas derivadas que puedan ser adscritas interpretativamente al artículo 42 EC, serán reconocidos como actos correctos en la medida en que ofrezcan razones o argumentos acertados como respaldo de la postura asumida por el juez (pretensión de validez), y estén precedidos de una fundamentación acertada, es decir, por un conjunto de argumentos organizados mediante un razonamiento jurídico riguroso, con apego a las reglas de la lógica y con garantías de objetividad o racionalidad jurídicas.

En este sentido, el principio de proporcionalidad puede ser utilizado por los jueces en los procesos de control material de las cláusulas o condiciones generales, bien como criterio metodológico para definir el contenido normativo de la prohibición de abuso (como tal distinto de las reglas procesales sobre carga de la prueba, interpretación e integración normativa o contractual), o bien como base de la fundamentación de las decisiones que se adopten en el marco del juicio de abusividad.²⁵⁰²

La base de la tesis propuesta es la consideración de la prohibición de abuso como una norma con carácter de principio, entendido éste como un mandato de optimización (*Optimierungsgebote*), que exige la máxima realización, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas, de los derechos y posiciones que tal prohibición garantiza a favor de los consumidores (arts. 4º y 3º, 1.6 EC): las posibilidades fácticas de la prohibición de abuso serían definidas por los subprincipios de idoneidad y necesidad; las posibilidades jurídicas, por su parte, serían definidas por el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.²⁵⁰³

El carácter principal de la prohibición de abuso y la ponderación que supone su aplicación a un caso concreto serían la base para delimitar el contenido normativo de los derechos y posiciones garantizados a favor de los consumidores, así como para definir los límites de la libertad contractual del predisponente y su facultad para configurar el contenido normativo del contrato.²⁵⁰⁴

Esta colisión, atendida la naturaleza de principio que ostentan tanto los derechos del consumidor como los derechos del empresario o profesional, ha de ser resuelta mediante la ponderación (*Abwägung*) de los principios en conflicto, teniendo en cuenta “las condiciones particulares de la transacción que se analiza” (art. 42 EC), proceso cuyo resultado es la norma adscrita que sirve de premisa mayor en la fundamentación interna del fallo que define la abusividad de la cláusula o condición en examen.²⁵⁰⁵

Al respecto, ALEXY, *Concepto y validez del derecho*, ob. cit., p. 144.

²⁵⁰² BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 60.

²⁵⁰³ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 6.

²⁵⁰⁴ Cada caso de abusividad contractual, en otras palabras, supone una colisión entre principios cuya aplicación separada conduciría a resultados contradictorios entre sí: por una parte, la prohibición de abuso (P₁), que ordena la mayor protección posible de los derechos del consumidor; y, por la otra, la libertad contractual del predisponente y su facultad para definir el contenido del contrato, que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen (P₂). Mientras P₁ prohíbe, *prima facie*, dicha imposición, P₂, por el contrario, la autoriza o permite.

Al respecto, ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 88.

El juicio de abusividad, como concreción especial del principio *pro consumatore*, constituye un mecanismo judicial de control que modera el abuso, por parte del predisponente, de su libertad contractual y, más concretamente, de su libertad para configurar el contenido del contrato. Tanto las razones que puedan justificar tal desequilibrio, como la importancia o magnitud de éste, han de ser apreciadas en cada caso concreto teniendo en cuenta, como señala el artículo 42 EC, las condiciones particulares del contrato.

Al respecto, STOFFEL-MUNCK, *L'abuse dans le contrat*, ob. cit., p. 88.

²⁵⁰⁵ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 6.

Tal norma adscrita define lo que al predisponente está prohibido, permitido u ordenado según las circunstancias del caso concreto y expresa, según ALEXY, la “relación de precedencia condicionada” (*bedingte Vorrangrelation*) de los principios en disputa, esto es, las razones fácticas o jurídicas que juegan a favor o en contra del mantenimiento de la cláusula o condición en examen o de su exclusión como contenido del contrato.²⁵⁰⁶

²⁵⁰⁶ De acuerdo con la “ley de colisión” (*Kollisionengesetz*), las condiciones bajo las cuales un principio domina o precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio dominante. Las circunstancias en que unas razones prevalecen sobre otras constituyen el supuesto de hecho de la norma de decisión, y del cotejo entre tal supuesto y la cláusula o condición en examen dependerá la abusividad de ésta y su exclusión como contenido del contrato.

Al respecto, ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 88.

EXCURSUS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHO PRIVADO²⁵⁰⁷

104.bis. *Drittwirkung* o efecto horizontal de los derechos fundamentales entre particulares.²⁵⁰⁸

104.bis.1. Introducción y plan de exposición.²⁵⁰⁹

Como advertíamos en la Introducción (p. xxxiv), es necesario delimitar claramente la cuestión del principio de proporcionalidad como criterio para definir la abusividad de las cláusulas o condiciones de los contratos de adhesión, según lo propuesto en el presente trabajo, del problema de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, o efecto “entre terceros” (*Drittwirkung der Grundrechte* o “*third party effect*”).²⁵¹⁰

Como se sabe, el destinatario normal o el sujeto principalmente vinculado a los derechos fundamentales es el Estado (art. 53.1 Constitución española), bien sea de manera directa, o bien en los casos en que los particulares están investidos de competencias públicas (eficacia vertical).²⁵¹¹

²⁵⁰⁷ Al respecto, v. los artículos de DÜRIG, Günther, «*Grundrechte und Zivilrechtsprechung*», en MAUNZ, Theodor (dir.), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift für 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, München, Isar Verlag, 1956, p. 157-90; y NIPERDDEY, Hans Carl, «*Grundrechte und Privatrecht*», en *Festschrift für E. Molitor*, München/Berlin, Scherpe, 1962, p. 17 ss (ambos ahora en FEMIA, *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati, ob. cit.*, p. 75 ss y 55 ss, respectivamente).

Véase también ZIEGLER (ed.), *Human Rights and Private Law: Privacy as Autonomy*, Leiden, *ob. cit.*, p. 88; MAK, *Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, The Netherlands, Italy and England, ob. cit.*, p. 88; y HOFFMAN, David (ed.), *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, Cambridge, *ob. cit.*, p. 88; FRIEDMAN, Daniel/BARAK-EREZ, Daphne (eds.), *Human Rights in Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2002; y OLIVER, Dawn/FEDTKE, Jörg (eds.), *Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study*, Londres, Routledge/Cavendish, 2007; y SAJO, Andras y UITZ, Renata (eds.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, La Haya, Eleven International Publishing, 2005.

²⁵⁰⁸ JULIO ESTRADA, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, ob. cit.*, p. 88; FEMIA, *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati, ob. cit.*, 88; RIZZO, “*Principi costituzionali e Diritto dei contratti, Note minime sull’uso dei principi costituzionali nel diritto dei contratti, rilegendo Dworkin e Hart*”, *ob. cit.*, p. 912-39; D’AMICO, “*Problemi (e limiti) dell’applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*”, *ob. cit.*, p. 443 ss; RABELO y SERCEVIC (eds.), *Freedom of Contracts and Constitutional Law, ob. cit.*, p. 88; BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado, ob. cit.*, p. 85 ss; y ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales, ob. cit.*, p. 464.

Sobre la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares a través de cláusulas generales como las de orden público, buenas costumbres o buena fe, v. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile, ob. cit.*, p. 37.

²⁵⁰⁹ JULIO ESTRADA, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, ob. cit.*, p. 172; FEMIA, *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati, ob. cit.*, 88; RIZZO, “*Principi costituzionali e Diritto dei contratti, Note minime sull’uso dei principi costituzionali nel diritto dei contratti, rilegendo Dworkin e Hart*”, *ob. cit.*, p. 912-39; D’AMICO, “*Problemi (e limiti) dell’applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*”, *ob. cit.*, p. 443 ss; RABELO y SERCEVIC (eds.), *Freedom of Contracts and Constitutional Law, ob. cit.*, p. 88; BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado, ob. cit.*, p. 85 ss; y ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales, ob. cit.*, p. 464.

²⁵¹⁰ v. *supra*, Introducción, p. xxxiii. v. también, CANARIS, *Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, ob. cit.*, p. 161 ss.

²⁵¹¹ A la pregunta acerca de cómo influyen en el ordenamiento jurídico los derechos fundamentales, y las normas iusfundamentales que las fundamentan, habría una respuesta simple si esa influencia se limitara a la relación Estado/ciudadano: las normas de derecho fundamental influyen en el ordenamiento jurídico al establecer, bajo la forma de derechos subjetivos, frente a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, ciertos límites que afectan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos.

Pero existen situaciones en que los particulares, actuando como tales en el tráfico jurídico privado, se hallan vinculados también a los derechos fundamentales.²⁵¹²

Se trata de casos de limitación de un derecho fundamental por parte de un particular, de colisiones, conflictos, o del llamado efecto horizontal de los derechos fundamentales (*Horizontalwirkung*)²⁵¹³ que, si bien pueden coincidir en algunos puntos con la problemática de la abusividad contractual, en otros, en cambio, difieren netamente de ésta, como quiera que en los contratos de adhesión celebrados con consumidores, además de ser una relación estructuralmente asimétrica entre el predisponente y el consumidor adherente, no necesariamente supone un conflicto o colisión entre derechos fundamentales, sino entre derechos de otra índole, señaladamente los de origen contractual.²⁵¹⁴

En este sentido, la complejidad de la problemática de la abusividad contractual tiene un espectro más amplio que el de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares.²⁵¹⁵

Sin embargo, tienen también influencia en la relación ciudadano/ciudadano, lo que implica un efecto, cualquiera que sea su contenido, de las normas de derecho fundamental en las normas de derecho civil. El efecto en la relación ciudadano/ciudadano, es lo que se denomina efecto horizontal o efecto entre terceros de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*).

Al respecto, ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 464-5; y PERLINGIERI, Pietro, «*Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*», en *Id.*, *Scuola, tendenze e metodi*, Nápoles, Esi, 1989, p. 122 ss.

²⁵¹² BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p. 85 ss; *Id.* «*Constitutional Human Rights and Private Law*», en FRIEDMAN, Daniel/BARAK-EREZ, Daphne (eds.), *Human Rights in Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2002; y OLIVER, Dawn/FEDTKE, Jörg (eds.), *Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study*, Londres, Routledge/Cavendish, 2007.

²⁵¹³ En principio o *prima facie*, los derechos fundamentales son garantías de los individuos, *vis-à-vis*, frente al Estado (efecto vertical). Los derechos fundamentales de los individuos están dirigidos contra el Estado. Sin embargo, en determinadas situaciones, tales derechos extienden también sus efectos frente a otros individuos particulares, como puede ser el patrono en las relaciones de trabajo, o la otra parte en las relaciones contractuales [efecto horizontal o frente a terceros de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*)].

Al respecto, BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p. 85 ss.

²⁵¹⁴ Al respecto, v. los artículos de DÜRIG, Günther, «*Grundrechte und Zivilrechtsprechung*», en MAUNZ, Theodor (dir.), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift für 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, München, Isar Verlag, 1956, p. 157-90; y NIPERDDEY, Hans Carl, «*Grundrechte und Privatrecht*», en *Festschrift für E. Molitor*, München/Berlín, Scherpe, 1962, p. 17 ss (ambos ahora en FEMIA, *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati*, ob. cit., p. 75 ss y 55 ss, respectivamente). v. también, LAGHI, Pasquale, *L'incidenza dei diritti fondamentali nell'autonomia negoziale*, Padua, Cedam, 2012; y, para el derecho privado alemán, CANARIS, Claus-Wilhelm, «*L'incidenza dei diritti fondamentali sul diritto privato tedesco*», *Studium iuris*, 1999, p. 359 ss.

²⁵¹⁵ Al respecto véase el escrito de habilitación de LEISNER, Walter, *Grundrechte und Privatrecht*, München/Berlín, C.H. Beck, 1960, p. 183-4; FRANGI, Marc, *Constitution et droit privé, Les droits individuels et les droits économiques*, París, Economica, 1992; HESSE, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado (Verfassungsrecht und Privatrecht)*, Heidelberg, 1988, trad. de Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ), Madrid, Civitas, 1995; ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 515; y RIVERS, Julian, «*A Theory of Constitutional Rights and the British Constitution (Translator's Introduction)*», en ALEXY, *Theory of Constitutional Rights*, ob. cit., p. xxxvi-xli.

104.bis.2. Planteamiento del problema y plan de exposición.

Como sabemos, los derechos fundamentales, suponen una relación triádica compuesta de un sujeto activo o titular, un objeto o contenido y un destinatario, que normalmente es el Estado y, por excepción, en situaciones especiales, los mismos particulares.²⁵¹⁶

Los derechos fundamentales de los individuos son reconocidos frente al Estado. La historia de tales derechos es la historia de su reconocimiento como derechos frente al Estado. La mayoría de constituciones contienen disposiciones que establecen la vinculación del Estado a los derechos fundamentales.²⁵¹⁷

La pregunta que inmediatamente surge es si los derechos fundamentales vinculan exclusivamente al Estado (relación vertical ciudadano-Estado), o vinculan también a los individuos particulares (relación horizontal ciudadano-ciudadano)?²⁵¹⁸

Esta pregunta sobre los efectos de los derechos fundamentales entre particulares, que en el derecho constitucional comparado es conocida como “*Drittwirkung*”, puede ser planteada también de la siguiente manera: los derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución frente al Estado, pueden ser también oponibles frente a los particulares?²⁵¹⁹

En nuestro caso, cabe preguntarse entonces si el consumidor puede oponer al predisponente en los contratos de adhesión los derechos fundamentales de que es titular, como serían, por ejemplo, los derechos de libertad o igualdad?²⁵²⁰

En lo que sigue centraremos nuestra atención en las respuestas que las constituciones han dado al anterior dilema, es decir, los distintos modelos que el derecho constitucional ha diseñado para fundamentar y organizar las relaciones entre los derechos fundamentales y el derecho privado patrimonial y, más específicamente, el efecto horizontal de tales derechos en las relaciones contractuales de los particulares.

El propósito final del presente análisis es indagar por la forma como los derechos fundamentales permean e irradian la relación consumidor/predisponente de los contratos de adhesión a condiciones generales.

²⁵¹⁶ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 46.

²⁵¹⁷ BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p. 85 ss. Véase, por ejemplo, el artículo 13 de la Ley Fundamental alemana (*Grundgesetz*).

²⁵¹⁸ La libertad de expresión que el obrero opone al Estado puede ser igualmente opuesta frente al patrón? BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p. 85 ss.; y ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 464.

²⁵¹⁹ BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p. 85 ss.

²⁵²⁰ BARAK, ob. cit., p. 85 ss.

104.bis.3. Modelos de regulación constitucional del efecto horizontal de los derechos fundamentales.

El problema del efecto horizontal recibe una respuesta clara cuando la Constitución admite o rechaza, de manera explícita o implícita, la vinculatoriedad de los derechos fundamentales en las relaciones de los particulares.²⁵²¹

En los casos en que la Constitución no restringe explícitamente el efecto de los derechos fundamentales a las relaciones Estado/ciudadano, surge la inquietud de saber si tales derechos se aplican también a las relaciones entre particulares (ciudadano/ciudadano).²⁵²²

A tal cuestión interpretativa el derecho constitucional comparado ofrece los siguientes modelos de respuesta: 1. El modelo de no-aplicación; 2. El modelo de aplicación directa; y 3. El modelo de aplicación indirecta.²⁵²³

104.bis.3.1. El modelo de no-aplicación.

De acuerdo con este modelo, los derechos fundamentales tienen un efecto exclusivamente vertical: aplican únicamente en relaciones *vis-à-vis* con el Estado (relaciones Estado/ciudadano).²⁵²⁴

La razón que históricamente ha fundamentado el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales es la de proteger al individuo frente al Estado, careciendo de sentido que los mismos se extiendan a las relaciones entre particulares, las cuales han de ser reguladas por el derecho privado.²⁵²⁵

Todo lo relacionado con las relaciones entre particulares, debe ser regulado por el derecho privado, sin ninguna influencia e intervención del derecho constitucional, cuyas disposiciones regulan la esfera pública de las relaciones Estado/ciudadano.²⁵²⁶

²⁵²¹ La Constitución de Sudáfrica, por ejemplo, contiene una disposición explícita que vincula a las personas naturales y jurídicas a los derechos fundamentales (sec. 8, 2). La Declaración de Derechos de Estados Unidos descarta el efecto horizontal de la mayoría de derechos. Un número pequeño de constituciones admiten la aplicación horizontal de determinados derechos fundamentales.

Al respecto, BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p. 86-7.

²⁵²² BARAK, ob. cit., p. 87.

²⁵²³ ob. cit., p. 87; y ENGLE, Eric, "Third Party Effect of Fundamental Rights (*Drittwirkung*)", *Hanse Law Review (Hanse LR)*, vol. 5, 2, p. 165 ss.

²⁵²⁴ BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p. 90-1.

²⁵²⁵ BARAK, ob. cit., p. 91.

²⁵²⁶ La jurisprudencia canadiense adoptó esencialmente esta posición al considerar que los derechos fundamentales reconocidos en la Carta se ejercen contra el Estado y no contra los particulares.

Al respecto, BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado* ob. cit., p. 91; y el caso *RWDSU vs. Dolphin Delivery Ltd*, 1986, 2 SCR 573 (Can.).

El modelo de la no-aplicación crea una división tajante entre el derecho constitucional y el derecho privado. En efecto, ni siquiera en el derecho romano la frontera entre el derecho público y el derecho privado era tan clara e impenetrable, pues existen lazos y conexiones recíprocas entre estos dos sectores del ordenamiento.²⁵²⁷

En el centro de esa relación está el deber del legislador y los jueces, como creadores e intérpretes del derecho privado, de cumplir los valores y principios de la Constitución.²⁵²⁸

104.bis.3.2. El modelo de aplicación horizontal directa.²⁵²⁹

Según este modelo, las normas de derecho fundamental han de ser interpretadas como si estuvieran dirigidas tanto al Estado como a los individuos particulares.²⁵³⁰ Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales se aplican directamente a las relaciones entre particulares.²⁵³¹

Ahora bien, según la doctrina de la acción estatal, tal como ha sido desarrollada en Estados Unidos, los derechos fundamentales se aplican de manera vertical y directa, no sólo a las relaciones Estado/ciudadano, sino también frente a los particulares que llevan a cabo funciones estatales.²⁵³²

104.bis.3.2.1. El fundamento de la aplicación horizontal directa.

La aplicación horizontal directa de los derechos fundamentales se fundamenta en los siguientes argumentos:²⁵³³

²⁵²⁷ BARAK, *ob. cit.*, p. 91.

²⁵²⁸ BARAK, *ob. cit.*, p. 91-2 y 94.

²⁵²⁹ ENGLE, *Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)*, *ob. cit.*, p. 165 ss.

²⁵³⁰ BARAK, *ob. cit.*, p. 87; *Id.*, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton, Princeton University Press, 2005, p. 370; ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 464 ss; y KUMM, Mattias y FERRERES COMELLA, Víctor, «*What is So Special About Constitutional Rights in Private Litigation? A Comparative Analysis of the Function of State Action Requirement and Indirect Horizontal Effect*», en SAJO y UITZ (eds.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, *ob. cit.*, p. 241.

²⁵³¹ El patrono, por ejemplo, está constitucionalmente obligado a no limitar la dignidad humana del obrero y, correlativamente, éste debe respetar la dignidad humana de su patrono. Igualmente, la libertad de expresión no es solamente una libertad individual *vis-à-vis* el Estado (relación Estado-ciudadano), sino también *vis-à-vis* todos los demás individuos particulares (relación ciudadano-ciudadano).

La Décimotercera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, que prohíbe la esclavitud, es una norma de derecho fundamental dirigida directamente tanto al Estado como a los particulares.

Al respecto, BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, *ob. cit.*, p. 88; y ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 464 ss.

²⁵³² BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, *ob. cit.*, p. 98.

²⁵³³ BARAK, *ob. cit.*, p. 88.

1º En la sociedad moderna, las amenazas de los derechos fundamentales no sólo provienen del Estado, sino también de los particulares, quienes detentan poderes a veces nada inferiores a los del Estado.²⁵³⁴

2º Por otra parte, por el proceso expansivo de privatización, los poderes del Estado son transferidos a los particulares, lo que justifica la aplicación horizontal directa de los derechos fundamentales.²⁵³⁵

Sin embargo, las razones que hacen necesario reconocer el efecto vertical directo de los derechos fundamentales frente al Estado (relaciones Estado/ciudadano), no son suficientes para sustentar el reconocimiento del efecto horizontal directo de los derechos fundamentales de un individuo frente a otro (relaciones ciudadano-ciudadano).²⁵³⁶

El efecto horizontal directo no puede implicar que los derechos de los ciudadanos frente al Estado sean a la vez los derechos del ciudadano frente a los demás ciudadanos, ni el efecto horizontal directo puede ser alcanzado simplemente sustituyendo al destinatario de un derecho frente al Estado.²⁵³⁷

104.bis.3.3. El modelo de aplicación horizontal indirecta.²⁵³⁸

Según el modelo de la aplicación horizontal indirecta (*unmittelbare Drittwirkung*),²⁵³⁹ los derechos fundamentales del individuo se aplican directamente a las relaciones Estado-ciudadano (*vis-à-vis* el Estado) e indirectamente a las relaciones entre particulares (ciudadano/ciudadano o *vis-à-vis* individuo).²⁵⁴⁰

Según esta perspectiva, racional e históricamente los derechos fundamentales son garantías del individuo frente al Estado. Los particulares carecen de derechos fundamentales oponibles frente a otros particulares. Los derechos entre los particulares se ubican a nivel sub-constitucional (leyes ordinarias) y no a nivel constitucional.²⁵⁴¹

²⁵³⁴ *ob. cit.*, p. 88.

²⁵³⁵ Sobre la insuficiencia de las anteriores razones para fundamentar adecuadamente el efecto horizontal directo de los derechos fundamentales, v. BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, *ob. cit.*, p. 88-90; e *ID.*, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 83.

²⁵³⁶ BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, *ob. cit.*, p. 90.

²⁵³⁷ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 464 ss.

²⁵³⁸ ENGLE, *Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)*, *ob. cit.*, p. 165 ss.

²⁵³⁹ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 464 ss.

²⁵⁴⁰ BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, *ob. cit.*, p. 94; y ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 464 ss.

²⁵⁴¹ De hecho, el deber del Estado de respetar los derechos fundamentales, no tiene el mismo contenido del deber del individuo de respetar esos mismos derechos. De esta manera, el deber del Estado de actuar de forma igual frente a todos los individuos, no tiene el mismo contenido que el deber del individuo de actuar de forma igual frente a otros individuos.

Al respecto, BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, *ob. cit.*, p. 94.

Sin embargo, los derechos fundamentales de un individuo frente al Estado (relaciones Estado/ciudadano o *vis-à-vis* ciudadano Estado), se aplican de modo indirecto a las relaciones entre particulares (ciudadano/ciudadano).²⁵⁴²

La razón de esta aplicación horizontal indirecta es el valor objetivo de los derechos fundamentales, que se proyecta hacia todas las ramas del ordenamiento jurídico (efecto irradiación).²⁵⁴³

104.bis.3.3.3.1. El fundamento de la aplicación horizontal indirecta.

Los derechos fundamentales como la dignidad, la libertad, la igualdad, la privacidad y la propiedad, expresan valores objetivos (además de su contenido como derechos subjetivos),²⁵⁴⁴ que dan forma a las relaciones entre los individuos y que sirven de pautas o criterios para interpretar, suplir y desarrollar el derecho privado que las regula, sean éstas relaciones de carácter patrimonial o no patrimonial.²⁵⁴⁵

El modelo de la aplicación horizontal indirecta de los derechos fundamentales es utilizado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del derecho comparado (Alemania e Italia, por ejemplo) y en el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos.²⁵⁴⁶

Este modelo distingue claramente entre el efecto directo vertical (relaciones Estado/ciudadano), y el efecto horizontal indirecto (relaciones ciudadano/ciudadano) de los derechos fundamentales: el primero es un efecto directo e inmediato, regulado por el derecho constitucional, en tanto que el segundo se haya mediatizado por las normas subconstitucionales que regulan las relaciones entre particulares (es decir, el derecho privado, principalmente las leyes que integran el derecho civil).²⁵⁴⁷

²⁵⁴² *ob. cit.*, p. 94.

²⁵⁴³ *ob. cit.*, p. 94; y ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 465-7.

²⁵⁴⁴ El valor objetivo consiste en que, en tanto principios supremos, los derechos fundamentales influyen en todo el ordenamiento, con abstracción de la dimensión subjetiva de los mismos, es decir, no sólo influyen en la situación del individuo, sino también en la totalidad del ordenamiento objetivo.

En otros términos, el valor objetivo es lo que queda cuando se prescinde o se hace abstracción de la dimensión estrictamente subjetiva de los derechos fundamentales y que irradia todos los ámbitos del derecho.

Al respecto, ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 465-7.

²⁵⁴⁵ BARAK, *ob. cit.*, p. 95.

²⁵⁴⁶ *ob. cit.*, p. 95. Sobre la aplicación horizontal indirecta en el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos (*European Convention on Human Rights*, ECHR), véase también ALKEMA, Evert Albert, «*The Third-Party Application of "Drittwirkung" of the European Convention on Human Rights*», en WIARDA, Gerard J., MATSCHER, Franz y PETZOLD, Herbert (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in Honour of Gerard J. Wiarda*, Colonia, C. Heymann Publishers, 1989, p. 33 ss; KAY, Richard, «*The European Convention on Human Rights and the Control of Private Law*», *European Human Rights Law Review*, 5, 2005, p. 466; y CLAPHAM, Andrew, «*The "Drittwirkung" of the Convention*», en MACDONALD, MATSCHER and PETZOLD (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Nueva York, Springer, 1993, p. 163.

104.bis.3.3.3.2. El efecto horizontal de los derechos fundamentales en España.²⁵⁴⁸

En España las opiniones sobre la eficacia horizontal de los derechos se dividen entre quienes rechazan tal efecto horizontal, quienes acogen un efecto directo o inmediato y quienes, por el contrario, admiten un efecto indirecto o mediato.²⁵⁴⁹

1º Para quienes rechazan el efecto horizontal de los derechos fundamentales, éstos sólo pueden oponerse frente al poder público, como límites a la actuación del Estado, por lo que la extensión de dicho ámbito tradicional de aplicación a los particulares es innecesaria e incompatible con el modelo liberal clásico que reserva dicho espacio al derecho civil y a la autonomía privada, con serio riesgo de la libertad contractual y la seguridad jurídica.²⁵⁵⁰

2º Para los partidarios de la eficacia horizontal inmediata o directa, los derechos fundamentales, en tanto derechos subjetivos garantizados constitucionalmente, vinculan directa e inmediatamente a los particulares, sin necesidad de mediaciones concretizadoras del juez o del legislador.²⁵⁵¹

Los derechos fundamentales, reconocidos constitucionalmente, gozan de efectividad directa en la medida en que la Constitución, como norma jurídica, vincula por igual a todos los poderes públicos y a los ciudadanos (art. 9.1 CE).²⁵⁵²

²⁵⁴⁷ Según este modelo, los derechos y relaciones entre los particulares no son derechos fundamentales, ni hacen parte de la Constitución, sino del derecho sub-constitucional. Tales derechos, y los mecanismos y remedios para su protección, descansan en la legislación ordinaria o en el derecho común, como sucede en el derecho de contratos, en el derecho de daños, en el derecho de propiedad o en el derecho del trabajo.

No obstante esta diferencia neta, entre los derechos *vis-à-vis* el Estado y efecto vertical directo, por una parte, y los derechos entre particulares (relaciones ciudadano-ciudadano), por la otra, existe una relación indirecta en el sentido de que la validez de las normas sub-constitucionales que reconocen estos últimos está condicionada a su correspondencia con los derechos fundamentales, es decir, a su constitucionalidad.

Al respecto, BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p. 96.

²⁵⁴⁸ GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La "Drittwirkung" en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Madrid, Civitas, 1986; BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997; NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Boletín Oficial del Estado, 2000; y SARAZÁ JIMENA, Rafael, *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

²⁵⁴⁹ El Tribunal Constitucional español en general acoge la tesis de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*), aunque vacila entre los modelos directo e indirecto de la misma. En las relaciones laborales, por ejemplo, el Tribunal Constitucional opta por la aplicación horizontal directa de los derechos de libertad sindical, libertad de expresión e intimidad, entre otros, como límite de las facultades de dirección y organización del empresario privado.

Sobre este punto, JULIO ESTRADA, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, ob. cit., p. 301; y BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, ob. cit., p. 283.

²⁵⁵⁰ Sería peligroso para la autonomía privada y la libertad individual ampliar o extender a la esfera de las relaciones entre particulares las exigencias que la Constitución impone a los poderes públicos respecto de los ciudadanos.

Al respecto, BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 283.

²⁵⁵¹ NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 440.

²⁵⁵² NARANJO DE LA CRUZ, ob. cit., p. 440.

3º Según los partidarios de la eficacia horizontal mediata o indirecta, salvo supuestos concretos de excepción, la eficacia directa o inmediata de los derechos fundamentales se enfrenta a una reserva de principio, pues la ley continúa siendo el mecanismo más idóneo para definir el ámbito de libertad del individuo (art. 53.1 CE).²⁵⁵³

Los derechos fundamentales vinculan directamente al Estado e indirecta o mediatamente a los particulares (efecto de irradiación). Según este concepto, tales los derechos no sólo se aplican a las relaciones entre el Estado y el ciudadano, sino a todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, lo que incluye las relaciones de derecho privado entre particulares.²⁵⁵⁴

Sobre el deber de protección, esto es, las actuaciones que se deben emprender cuando el Estado o los particulares ponen en peligro o vulneran los derechos fundamentales, la doctrina española, si bien admite este deber de protección en cabeza de los órganos estatales, vacila a la hora de asignar dicha obligación también a los particulares.²⁵⁵⁵

104.bis.4. Medios de realización de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales sobre el derecho privado.

El modelo de aplicación horizontal indirecta parte, con base en la teoría constitucional alemana (principalmente SMEND),²⁵⁵⁶ de considerar dos segmentos en el contenido normativo de los derechos fundamentales: un componente subjetivo y un componente objetivo.²⁵⁵⁷

El primero consiste en la facultad o posición del individuo como límite a la acción del Estado. El segundo es el valor objetivo (*objektive Wertordnung*) que proyecta o refleja todo derecho fundamental sobre las diversas áreas del ordenamiento jurídico.²⁵⁵⁸

²⁵⁵³ JIMÉNEZ CAMPO, Javier, «Prólogo», en BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ob. cit., p. 23.

²⁵⁵⁴ Siguiendo a la jurisprudencia constitucional alemana, el Tribunal Constitucional español considera que las normas iusfundamentales contienen no sólo derechos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho.

Al respecto, v. las SSTC 25/1981 y 53/1985.

²⁵⁵⁵ JULIO ESTRADA, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, ob. cit., p. 74.

²⁵⁵⁶ SMEND, Rudolf, «*Verfassung und Verfassungsrecht*» (*Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985), en *Id.*, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlín, Duncker und Humblott, 2010.

²⁵⁵⁷ BARAK, ob. cit., p. 98.

²⁵⁵⁸ La distinción entre estos dos elementos fue hecha por el Tribunal

Constitucional Federal alemán en el famoso caso Lüth de 1958 [BVerfGE, 7, 198 (211)]: el Tribunal consideró que el derecho fundamental de Lüth a la libertad de expresión era un valor objetivo del ordenamiento jurídico, y que las “buenas costumbres” (*die guten Sitten*), a las que alude el artículo 826 del código civil alemán (BGB), estaban en consonancia con el mismo.

Los siguientes son algunos de los medios mediante los cuales se concretiza el efecto horizontal de los derechos fundamentales sobre el derecho privado.

104.bis.4.1. La interpretación del derecho privado y el efecto horizontal de los derechos fundamentales.

Como hemos visto, el modelo del efecto horizontal indirecto asume que los derechos fundamentales únicamente se aplican a las relaciones Estado/ciudadano, pero como cada uno de tales derechos expresa un valor objetivo que irradia todo el ordenamiento, los derechos fundamentales se aplican también, de manera indirecta, a las relaciones entre particulares (ciudadano/ciudadano).²⁵⁵⁹

Un modo indirecto como tales valores objetivos permean e irradian el ordenamiento jurídico es a través de la interpretación del derecho privado,²⁵⁶⁰ pues los jueces, al interpretar y aplicar el derecho a los casos concretos, han de poner en consonancia el régimen legal de la propiedad, de los contratos o de la responsabilidad con los valores objetivos que encarnan derechos constitucionales como la dignidad humana, la libertad y la propiedad.²⁵⁶¹

Tales aspectos, que conforman el contenido del derecho privado (*rectius*: del derecho privado patrimonial), deben ser interpretados de una manera que satisfagan la dignidad humana, la igualdad, la libertad, la propiedad y demás valores objetivos que se derivan de los derechos fundamentales. Tales valores objetivos penetran el derecho privado a través de la interpretación teleológica.²⁵⁶²

Erich Lüth, ciudadano judío, en ejercicio de su libertad de expresión, había solicitado a los propietarios de cines y distribuidores de películas, boicotear la cinta *Jud Süß (El judío Süß)*, del renombrado director nazi Veit Harlan, solicitud de boicot que fue prohibida en primera instancia por una corte civil de Hamburgo.

El Tribunal Constitucional concluyó finalmente que el llamado a boicot de Lüth estaba protegido *prima facie* por la libertad de expresión del artículo 5.1 de la Ley Fundamental. Al respecto dijo: cuando la aplicación de normas del derecho civil conduzca a la restricción de un derecho fundamental, han de ponderarse los principios constitucionales en conflicto, debiendo en este caso prevalecer la libertad de expresión, conforme a la cual han de interpretarse las “buenas costumbres” de que habla el artículo 826 BGB.

Una de las consecuencias del caso Lüth es que los derechos fundamentales no se agotan en los clásicos derechos de defensa frente al Estado (*Abwehrrecht*), sino que encarnan un orden objetivo de valores (*objective Wertordnung*), que irradia todo el ordenamiento jurídico (*Ausstrahlungswirkung*) y se aplica también a los particulares.

Al respecto, BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p. 99; y ALEXY, Robert, “*Constitutional Rights, Balancing and Rationality*”, *Ratio Juris*, v. 16, 2, 2003, p. 131-40.

²⁵⁵⁹ BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p. 99-100.

²⁵⁶⁰ El texto de la ley es interpretado de manera que satisfaga su propósito, el cual, a un nivel elevado de abstracción, incluye los valores fundamentales del ordenamiento del ordenamiento jurídico (interpretación teleológica). La búsqueda del sentido de la ley, en otras palabras, no ha de comprender sólo su entorno cercano, sino que debe extenderse también a los círculos más amplios de los propósitos y valores objetivos que encarnan los derechos fundamentales.

Sobre este punto, BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p. 99-100.

²⁵⁶¹ BARAK, ob. cit., p. 100.

²⁵⁶² Los valores objetivos, como los derechos fundamentales que los conforman, se encuentran en constante conflicto (el aspecto objetivo de la libertad de expresión colisiona, por ejemplo, con el aspecto objetivo de la privacidad), el cual se soluciona mediante la ponderación de los valores en conflicto según su peso o importancia relativa en el caso concreto. Sin embargo, tal ponderación, que realizan los jueces en un nivel infra-constitucional para interpretar y aplicar a los casos

104.bis.4.2. El efecto horizontal de los derechos fundamentales y los conceptos de buena fe, desequilibrio injustificado y abuso contractual.

Conceptos tales como buena fe o desequilibrio injustificado del contrato que, en nuestro caso, constituyen la base de la noción de abuso, representan situaciones especiales de interpretación en el derecho privado, como quiera que los mismos, como normas jurídicas, tienen la forma de principios, distinguibles claramente de las reglas.²⁵⁶³

Tales principios proveen al ordenamiento jurídico de la flexibilidad necesaria para adaptarse y ajustarse a las necesidades y circunstancias cambiantes y evitar el estancamiento y la parálisis del derecho.²⁵⁶⁴

La interpretación de los mismos ha de hacerse conforme al aspecto objetivo de derechos fundamentales como la dignidad humana, la propiedad, la privacidad y la libertad de movimiento y de ocupación que informan e irradian el derecho privado.²⁵⁶⁵

La buena fe y la prohibición de abuso, por ejemplo, expresan un estándar de honestidad, justicia y lealtad entre las partes del contrato, con el objeto de que los intereses de éstas se arreglen de una manera justa y equilibrada, teniendo en cuenta las expectativas razonables de cada una de ellas.²⁵⁶⁶

La honestidad y la justicia entre las partes del contrato son requisitos de la buena fe que, como contenido normativo del derecho privado, ha de reflejar los valores objetivos de la dignidad humana, la privacidad, la propiedad y la libertad.²⁵⁶⁷

concretos el derecho privado, es distinta de la que realiza el Tribunal Constitucional para determinar la validez de las leyes que restringen los derechos fundamentales.

Al respecto, BARAK, *Purposive Interpretation*, ob. cit., p. 153 ss; e *ID.*, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p.101.

²⁵⁶³ BARAK, *Purposive Interpretation*, ob. cit., p. 67 ss; *ID.*, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p.101; *ID.*, «Sobre los conflictos entre derechos constitucionales», en ÁLVEZ MARÍN y COLÓN-RÍOS (eds.), *La aplicación judicial de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 70 ss.

Además, v. SULLIVAN, Kathleen, "Foreward: The Justice of Rules and Standards", 106, *Harvard Law Review*, 106, Issue 1, 1992, p. 22-123; y ÁVILA, Humberto, *Theory of Legal Principles*, Heidelberg-Nueva York, Springer, 2007.

²⁵⁶⁴ BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p.101-2.

²⁵⁶⁵ BARAK, ob. cit., p.101-2; y ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 465-7.

²⁵⁶⁶ BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p.104.

²⁵⁶⁷ Desde el derecho constitucional al derecho privado, a través de la buena fe fluyen los valores objetivos del ordenamiento jurídico.

Sobre este punto, BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p.1

104.bis.4.3. La integración del derecho y el efecto horizontal de los derechos fundamentales.

La interpretación del derecho parte de la existencia de una norma jurídica relevante, sea constitucional o legal.

Si los derechos y las normas iusfundamentales correspondientes irradian objetivamente el ordenamiento jurídico y, como parte de éste, al derecho privado, qué sucede entonces cuándo no existe norma civil relevante que regule el caso concreto (insuficiencia o laguna del ordenamiento).²⁵⁶⁸

Al respecto se han de aplicar las reglas y principios de integración del derecho para colmar las lagunas e insuficiencias que el ordenamiento jurídico presenta frente al caso concreto.

En la mayoría de ordenamientos del sistema continental o del *civil law*, la integración de la norma complementaria que suple tal insuficiencia o laguna parte de la analogía con una norma similar de derecho privado, en defecto de lo cual el juez ha de crear la norma del caso con fundamento en los principios generales del derecho.

Nuevamente, la constitucionalidad de esta norma de derecho privado, añadida judicialmente según las reglas y principios de integración normativa, en la medida en que limite los derechos fundamentales, puede ser cuestionada con arreglo al principio de proporcionalidad.²⁵⁶⁹

104.bis.4.4. El desarrollo jurisprudencial del derecho civil y el efecto horizontal de los derechos fundamentales.

Como explicamos arriba, ante ciertas circunstancias de déficit normativo, el legislador o el juez deben crear el derecho y en éste plasmar los valores objetivos que encarnan los derechos fundamentales.²⁵⁷⁰

En el caso del legislador, siendo el derecho privado en los sistemas del *civil law* generalmente legislado, para resolver un problema que aún no ha sido legalmente resuelto, o para actualizar o adaptar la legislación vigente a los cambios sucedidos desde su entrada en vigor, el legislador, mediante el reconocimiento legislativo de

²⁵⁶⁸ BARAK, *Purposive Interpretation*, ob. cit., p. 67 ss; e *Id.*, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p.105.

²⁵⁶⁹ Según partidarios de la tesis de la plenitud del ordenamiento jurídico, la ley contiene una solución negativa implícita respecto de los asuntos no regulados explícitamente por ella. Como quiera que esta respuesta negativa implícita, que se incorpora normativamente al ordenamiento jurídico privado, puede o no estar conformes con los aspectos objetivos de los derechos fundamentales, su constitucionalidad deberá ser evaluada también a la luz del principio de proporcionalidad.

En otras palabras, tanto la solución positiva explícita como la negativa implícita, el incorporarse normativamente al ordenamiento jurídico privado sub-constitucional, pueden suponer una limitación desproporcionada de los derechos fundamentales y, como tal, estar sujetos al control de constitucionalidad.

Al respecto, BARAK, *Purposive Interpretation*, ob. cit., p. 67 ss; e *Id.*, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p.105-107

²⁵⁷⁰ BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p. 107.

nuevos derechos de orden sub-constitucional, ha de expedir las nuevas leyes de conformidad con los correspondientes derechos fundamentales.²⁵⁷¹

De la misma manera, y siempre en defecto del legislador, en los eventos en que el juez deba crear la norma jurídica para el caso concreto, ésta ha de reflejar el componente objetivo de los derechos fundamentales.²⁵⁷²

En el derecho de daños y de contratos es frecuente que el juez cree derecho de esta manera y, al hacerlo, ha de plasmar en las normas judicialmente creadas el aspecto objetivo de los derechos fundamentales.²⁵⁷³

La validez constitucional en ambos casos, es decir, tanto en la legislación nueva como en el desarrollo judicial del derecho, estará sujeta al cumplimiento de los requisitos del principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).²⁵⁷⁴

De hecho, el desarrollo del derecho privado por el legislador o por la judicatura, como acción estatal puede limitar los derechos fundamentales de los individuos, limitación que es constitucional en la medida en que sea proporcional.²⁵⁷⁵

104.bis.4.5. Conclusiones.

1º En un mismo ordenamiento pueden coexistir los dos modelos, directo e indirecto, de aplicación horizontal de los derechos fundamentales.²⁵⁷⁶

En España, por ejemplo, en materia laboral se acepta la aplicación directa de los derechos de libertad sindical, libertad de expresión e intimidad, como límite de las facultades de dirección y organización del empresario privado. Como fórmula predominante en el derecho comparado, para los demás derechos se acepta un efecto indirecto en las relaciones entre particulares.

²⁵⁷¹ BARAK, *ob. cit.*, p. 107.

²⁵⁷² *ob. cit.*, p. 108

²⁵⁷³ El juez debe crear y desarrollar normas jurídicas de manera que el derecho privado sea irradiado por el valor objetivo de los derechos fundamentales. El desarrollo judicial del derecho privado traducirá el aspecto objetivo de estos derechos mediante la creación de derechos legales oponibles por unos individuos frente a otros individuos. Es necesario insistir en que en que este desarrollo judicial del derecho solamente es posible en la medida en que el legislador no establezca una solución contraria.

Al respeto, BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, *ob. cit.*, p. 108.

²⁵⁷⁴ BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, *ob. cit.*, p. 108; e *Id.*, *Proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 127 ss.

²⁵⁷⁵ BARAK, *Proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 127 ss.

²⁵⁷⁶ Sin embargo, la diferencia entre el modelo de aplicación directa y el modelo de aplicación indirecta es clara: en el primero el individuo tiene un derecho fundamental frente a otro individuo (*vis-à-vis*); en tanto que el modelo de aplicación indirecta no reconoce derechos constitucionales entre particulares, sino derechos individuales sub-constitucionales entre ellos, desarrollados por el legislador o por los jueces (derecho privado).

Sobre este punto, OLIVER y FEDTKE, *Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study*, *ob. cit.*, 520-57; y BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, *ob. cit.*, p. 117-8.

En ambos modelos se parte del concepto de orden objetivo de valores que constituyen los derechos fundamentales: las normas iusfundamentales, además de contener derechos de defensa del individuo frente al Estado, representan un orden objetivo de valores que irradia y afecta a todo el ordenamiento jurídico.²⁵⁷⁷

2º Tal efecto horizontal se materializa a través de la interpretación e integración judicial del derecho privado.

A falta de norma legal aplicable al caso concreto, el juez podrá suplir tal laguna mediante norma especial que se corresponda con el aspecto objetivo de los derechos fundamentales.²⁵⁷⁸

Igualmente, los principios de buena fe y la prohibición de abuso, han de interpretarse conforme al aspecto objetivo de derechos fundamentales como la dignidad humana, la propiedad, la privacidad, la libertad de movimiento y de ocupación que informan e irradian el derecho privado.²⁵⁷⁹

La honestidad y la justicia entre las partes del contrato son requisitos que, como contenido de normas del derecho privado, han de reflejar los valores objetivos de la dignidad humana, la privacidad, la propiedad y la libertad.²⁵⁸⁰

²⁵⁷⁷ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 464 ss; y BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p. 114.

²⁵⁷⁸ La cuestión de si los derechos fundamentales son sólo derechos negativos que imponen al Estado el deber de no limitar al titular del derecho, o si son además derechos positivos, que imponen al Estado el deber de proteger al sujeto del derecho, tiene respuestas distintas en cada ordenamiento jurídico.

En Estados Unidos, por ejemplo, no se reconoce en principio el efecto positivo de los derechos fundamentales. La Carta de Derechos fue creada para prevenir las limitaciones de los derechos fundamentales por parte del Estado, de manera que la misma no tiene la función de imponer a éste el deber de protección del individuo.

En Alemania, en cambio, se reconoce el aspecto positivo de los derechos fundamentales (*Schutzpflicht* o deber de protección). No se trata de un poder discrecional, sino de una obligación del Estado, de manera que el legislador o el juez, según el caso, están en la obligación de desarrollar el derecho privado de conformidad con el aspecto objetivo de los derechos fundamentales. En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal alemán en más de una ocasión ha ordenado al legislador proteger los derechos fundamentales.

Otros ordenamientos jurídicos, como la Convención Europea de Derechos Humanos, ECHR, reconocen los aspectos positivos de algunos derechos fundamentales, pero no de todos.

La anterior pregunta es especialmente relevante porque si el deber estatal es exclusivamente negativo, es decir, si adicionalmente no se impone al Estado el deber de proteger los derechos fundamentales del individuo, ello implica la ausencia de un deber de desarrollar el derecho privado según el modelo de la aplicación indirecta.

Por el contrario, si el deber del Estado es además un deber positivo, según el cual éste está obligado a proteger los derechos fundamentales del individuo frente a otros individuos, entonces el Estado habrá cumplido ese deber si desarrolla el derecho privado conforme al aspecto positivo de los derechos fundamentales.

Ahora bien, la constitucionalidad de las normas creadas por el legislador o los jueces en cumplimiento de este deber positivo de protección de los derechos fundamentales estará sujeta al examen de proporcionalidad.

Al respecto, BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p. 109-13; *Id.*, *Proportionality*, ob. cit., p. 422; GRIMM *The Protective Function of the State*, ob. cit., p. 137; y FREDMAN, Sandra, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

²⁵⁷⁹ BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p. 109-13.

3º La mayoría de ordenamientos consideran que los derechos fundamentales, no sólo constituyen un límite objetivo de la actuación del Estado (aspecto negativo), sino que imponen a éste un deber de protección (aspecto positivo).²⁵⁸¹

No se trata, en consecuencia, de un poder discrecional, sino de un deber de protección del Estado (*Schutzpflicht*), en virtud del cual el legislador o el juez, según el caso, están en la obligación de desarrollar el derecho privado de conformidad con el aspecto objetivo de los derechos fundamentales.²⁵⁸²

4º El componente objetivo de los derechos fundamentales afecta indirectamente las relaciones entre particulares. Sin embargo, tal efecto no transforma las relaciones ciudadano-ciudadano en relaciones ciudadano Estado: éstas se ubican en el nivel constitucional; aquéllas en el sub-constitucional.

De manera más precisa, las relaciones entre individuos, cuyo contenido es afectado indirectamente por el componente objetivo de los derechos fundamentales, se sitúa en el nivel sub-constitucional del derecho privado.

5º El deber de protección es además exigible judicialmente, como ha ocurrido en Alemania las veces en que el Tribunal Constitucional ha ordenado al legislador proteger los derechos fundamentales.

6º Por último, como el desarrollo del derecho privado por el legislador o por la judicatura puede limitar o restringir los derechos fundamentales de los individuos, la constitucionalidad de tal limitación o restricción estará sujeta al cumplimiento del principio de proporcionalidad.

En otros términos, la validez constitucional tanto en la legislación nueva como en el desarrollo judicial del derecho, estará sujeta al cumplimiento de los requisitos del principio de proporcionalidad, es decir, los subprincipios idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.²⁵⁸³

²⁵⁸⁰ GRIMM, *The Protective Function of the State*, ob. cit., p. 143.

²⁵⁸¹ GRIMM, ob. cit., p. 143.

²⁵⁸² BARAK, *Derechos constitucionales y derecho privado*, ob. cit., p. 108

²⁵⁸³ BARAK, ob. cit., p. 108; e *ID.*, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 127 ss.

CAPITULO XX

LAS PARTICULARIDADES DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL MARCO DEL JUICIO DE ABUSIVIDAD

105. Examen de idoneidad.²⁵⁸⁴

Mediante el examen de idoneidad el juez define la aptitud de la cláusula o condición para alcanzar el objetivo o la finalidad perseguida por el predisponente.²⁵⁸⁵

Si una cláusula o condición no es apta para alcanzar tal finalidad, entonces la máxima realización de la prohibición de abuso, y de los derechos y posiciones que tal norma garantiza, exige la eliminación de la cláusula o condición en examen.²⁵⁸⁶

Dicho de otro modo, respecto de las posibilidades fácticas, la máxima realización de la prohibición de abuso exige la nulidad de la cláusula o condición cuando ésta no sea idónea para alcanzar el fin o propósito perseguido por el predisponente.²⁵⁸⁷

De acuerdo con lo anterior, el subprincipio de idoneidad establece dos exigencias a la cláusula o condición en examen:

1º Que la cláusula o condición persiga un fin o propósito legítimo; y

2º Que la cláusula o condición sea un medio idóneo para procurar o facilitar la obtención del fin perseguido por el predisponente (juicio de idoneidad en sentido estricto).²⁵⁸⁸

La legitimidad del fin exige que el juez haya fijado previamente este último extremo, como quiera que la fijación del fin es un presupuesto lógico de la definición posterior de su legitimidad.²⁵⁸⁹

²⁵⁸⁴ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 687 ss; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 28; BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 337; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁵⁸⁵ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 687 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁵⁸⁶ BERNAL, ob. cit., p. 875 ss; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁵⁸⁷ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 875 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁵⁸⁸ BERNAL, ob. cit., p. 875 ss; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁵⁸⁹ CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 28; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 875 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

105.1. Fijación del fin perseguido por el predisponente.²⁵⁹⁰

Esta fijación la obtiene el juez mediante la interpretación teleológica de la ley y del contrato, teniendo en cuenta la finalidad económica de éste (interpretación teleológica-objetiva), o atendiendo la intención de las partes (interpretación teleológica-subjetiva).²⁵⁹¹

Una misma cláusula o condición puede perseguir diversos fines que no estén en una relación de generalidad y especialidad,²⁵⁹² sino que sean independientes entre sí. Se trata de una hipótesis en que la cláusula o condición persigue un fin principal y uno o varios fines secundarios.²⁵⁹³

En estos casos el juez deberá distinguir claramente cada uno de los fines, y examinar por separado la legitimidad de cada uno de ellos y la idoneidad que reviste la cláusula o condición en examen para realizarlos.²⁵⁹⁴

Fijado el fin, corresponderá al juez definir si éste es o no legítimo, es decir, si el fin fijado se encuentra dentro del ámbito de alguna norma constitucional o legal que lo respalde.²⁵⁹⁵

105.2. Legitimidad del fin perseguido por el predisponente.²⁵⁹⁶

El fin u objetivo perseguido por el predisponente es legítimo si no se encuentra prohibido explícita o implícitamente por la Constitución o la ley.²⁵⁹⁷

²⁵⁹⁰ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 875 ss; BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 337; ID., *Purposive Interpretation in Law*, ob. cit.; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁵⁹¹ Al respecto, v. artículo 1824 c.c.col. Desde el punto de vista doctrinal, v. BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 875 ss; BARAK, *Purposive Interpretation in Law*, ob. cit. y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁵⁹² BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 875 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁵⁹³ BERNAL, ob. cit., p. 875 ss; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁵⁹⁴ ob. cit., p. 1-38.

²⁵⁹⁵ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 875 ss; BARAK, *Purposive Interpretation in Law*, ob. cit.; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38; CLÉRICO, ob. cit., p. 17-20; y STÜNER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht*, ob. cit., p. 318-9.

²⁵⁹⁶ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 687 ss; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 28; BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 277; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁵⁹⁷ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 687 ss; BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 277; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

De esta manera, cuando el juez necesite establecer la legitimidad del fin perseguido por el predisponente deberá indagar si dicho fin se encuentra prohibido explícita o implícitamente por cualquiera de estas normas.²⁵⁹⁸

Una prohibición explícita se deduce directamente del texto de la ley, en tanto que las prohibiciones implícitas son deducidas, de manera excepcional y restrictiva, mediante interpretación.²⁵⁹⁹

La autonomía privada, que supone una libertad en la fijación de fines a favor del predisponente, fundamenta el carácter extensivo o amplio de la interpretación que haga el juez para determinar la legitimidad constitucional o legal del fin.²⁶⁰⁰

Sólo los casos claros de prohibición constitucional o legal de un fin determinado avalan la nulidad de la cláusula o condición en examen.

En los casos de duda, por el contrario, debe considerarse *prima facie* legítimo el fin concreto perseguido por el predisponente.²⁶⁰¹

En este sentido, todo derecho o bien jurídico sobre cuyo contenido no recaiga una prohibición explícita o implícita puede fundamentar legítimamente la imposición de una cláusula o condición como contenido del contrato.²⁶⁰²

Cuando la realización de otro derecho respalda dicha imposición, se traba una auténtica colisión de derechos que puede revestir muy diversas formas.²⁶⁰³

105.3. Idoneidad de la cláusula o condición (medio).²⁶⁰⁴

Fijado el fin perseguido por el predisponente y definida su legitimidad, debe el juez examinar si la cláusula o condición es un medio idóneo o adecuado para alcanzarlo. La comprobación de la aptitud de la cláusula o condición para obtener el fin presupone definir previamente el concepto de idoneidad.²⁶⁰⁵

²⁵⁹⁸ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 687 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁵⁹⁹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 687 ss.

²⁶⁰⁰ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁶⁰¹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 687 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁶⁰² BERNAL, ob. cit., p. 687 ss; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁶⁰³ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 687 ss; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 28; BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 337; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁶⁰⁴ BERNAL, ob. cit., p. 687 ss; CLÉRICO, ob. cit., p. 28; BARAK, ob. cit., p. 337; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁶⁰⁵ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 687 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

En este sentido, la cláusula o condición en examen es un medio idóneo si entre ella y el fin existe una relación de causalidad positiva de acuerdo con algún criterio relevante para la realización de la finalidad perseguida (eficacia, rapidez, entre otras). Dicha relación de causalidad positiva la reconstruye el juez a partir de premisas empíricas.²⁶⁰⁶

De los conocimientos de la ciencia y de la técnica o de las convicciones generalmente aceptadas en la sociedad, el juez toma los datos empíricos que le permitan comprobar si un determinado medio es idóneo para alcanzar el fin que persigue.²⁶⁰⁷

Si de acuerdo con dichas premisas no puede establecerse una relación positiva de causalidad, deberá concluirse entonces la falta de idoneidad de la cláusula o condición en examen y declararse su nulidad y su exclusión como contenido del contrato (inidoneidad o impropiedad del medio).²⁶⁰⁸

Por el contrario, si entre el medio y el fin existe una relación de causalidad positiva, podrá predicarse la idoneidad de la cláusula o condición para procurar o facilitar la obtención del fin.²⁶⁰⁹

En este caso, la cláusula o condición debe ser considerada idónea o *prima facie* legítima, y someterse a los subsiguientes exámenes de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.²⁶¹⁰

Una cláusula o condición es un medio inidóneo cuando de ningún modo contribuye o facilita la obtención del fin perseguido por el predisponente, es decir, cuando entre ambos extremos (medio y fin) no existe ninguna relación positiva de causalidad, como sucede en los casos claros de falta de idoneidad del medio.²⁶¹¹

²⁶⁰⁶ BERNAL, *ob. cit.*, p. 687 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁶⁰⁷ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 687-728.

²⁶⁰⁸ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 687 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁶⁰⁹ BERNAL, *ob. cit.*, p. 687 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁶¹⁰ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁶¹¹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 687 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

106. Examen de necesidad.²⁶¹²

El ámbito de posibilidad fáctica de la prohibición de abuso es completado por el examen de necesidad. Establecida la idoneidad de la cláusula o condición, corresponde al juez definir si tal cláusula es también necesaria o imprescindible.²⁶¹³

La cláusula o condición impuesta es necesaria siempre que no exista otro medio alternativo que, siendo por lo menos igualmente idóneo para alcanzar la finalidad perseguida por el predisponente, sea más benigno o menos restrictivo respecto de los derechos amparados por la prohibición de abuso.²⁶¹⁴

El examen de necesidad presupone entonces dos tipos de medios, uno real y otro hipotético, con dos objetivos diferentes:²⁶¹⁵

1º Establecer si el medio alternativo hipotético reviste por lo menos el mismo grado de idoneidad que el medio real efectivo que representa la cláusula o condición impuesta por el predisponente (medio alternativo equivalente);²⁶¹⁶

2º Establecer si la intensidad de afectación del medio alternativo sobre los derechos que garantiza la prohibición de abuso es mayor o menor que la afectación que en dicho principio produce la cláusula o condición impuesta por el predisponente (medio alternativo más benigno o menos restrictivo).²⁶¹⁷

En la medida en que el medio alternativo reúna ambas cualidades, la cláusula o condición en examen deberá considerarse innecesaria o prescindible, y el juez deberá declararla nula y excluirla del contenido del contrato.²⁶¹⁸

En otros términos, si existe un medio alternativo que revista por lo menos el mismo grado de idoneidad que la cláusula o condición impuesta, y que sea además más benigno o menos restrictivo con los derechos y posiciones que garantiza la prohibición de abuso a favor de los consumidores, entonces la máxima realización

²⁶¹² BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734 ss; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 74 ss; BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 351; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁶¹³ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁶¹⁴ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁶¹⁵ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734 ss.

²⁶¹⁶ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁶¹⁷ BERNAL, ob. cit., p. 734 ss; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38. v. también, CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 74 ss; y STÜNER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht*, ob. cit., p. 318-9.

²⁶¹⁸ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

de este principio exige que el medio alternativo sea preferido en lugar de la cláusula o condición enjuiciada.²⁶¹⁹

La optimización de la prohibición de abuso legitima entonces que la cláusula o condición en examen sea invalidada por ser innecesaria o prescindible.²⁶²⁰

106.1. Comparación de medios reales e hipotéticos.

De acuerdo con lo anterior, el examen de necesidad presupone la comparación de dos tipos de medios, uno real y otro hipotético, con dos objetivos diferentes.²⁶²¹

1º Establecer si el medio alternativo hipotético reviste por lo menos el mismo grado de idoneidad que la cláusula o condición impuesta (medio real) para alcanzar el objetivo o fin perseguido por el predisponente (medio alternativo equivalente); y

2º Determinar si la intensidad de afectación del medio alternativo hipotético sobre la prohibición de abuso o, mejor, sobre los derechos y posiciones que tal norma garantiza a favor de los consumidores (art. 4º EC), es mayor o menor que la producida efectivamente por la cláusula o condición en examen (medio alternativo más benigno o menos restrictivo con los derechos de los consumidores).²⁶²²

En la medida en que haya un medio alternativo que reúna ambas cualidades, la cláusula o condición impuesta por el predisponente deberá ser considerada innecesaria y declararse su nulidad y su exclusión como contenido normativo del contrato.²⁶²³

Por el contrario, si el medio alternativo es inidóneo para alcanzar el fin perseguido por el predisponente, o si siendo idóneo es más restrictivo de los derechos y posiciones que la prohibición de abuso garantiza a favor de los consumidores, entonces la cláusula o condición de que se trate deberá someterse al examen de proporcionalidad en sentido estricto.²⁶²⁴

El examen de necesidad presupone la existencia de medios alternativos a la cláusula o condición impuesta, frente a los cuales se pueda medir su idoneidad y el grado de afectación de los derechos y posiciones de los consumidores.²⁶²⁵

²⁶¹⁹ BERNAL, *ob. cit.*, p. 734 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁶²⁰ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁶²¹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 734 ss.

²⁶²² BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 734 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁶²³ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁶²⁴ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁶²⁵ *ob. cit.*, p. 1-38.

Ahora bien, como los medios alternativos pueden ser múltiples, el juez deberá seleccionar aquellos que de alguna manera sean idóneos para contribuir o facilitar la obtención del fin perseguido por el predisponente, según los conocimientos técnicos y científicos existentes al momento de la celebración del contrato.²⁶²⁶

El fin perseguido por el predisponente será el principal criterio para definir tanto la relevancia como la idoneidad de los medios alternativos.²⁶²⁷

107. El examen de proporcionalidad en sentido estricto.²⁶²⁸

Mediante el examen de proporcionalidad en sentido estricto el juez define el ámbito de las posibilidades jurídicas de la prohibición de abuso.²⁶²⁹

En un caso concreto de abusividad contractual, las posibilidades jurídicas de la prohibición de abuso se determinan en función de los principios que juegan en sentido contrario, específicamente el principio que fundamenta la cláusula o condición impuesta por el predisponente (la libertad contractual de éste y su facultad para definir el contenido del contrato).²⁶³⁰

El examen de proporcionalidad en sentido estricto supone entonces una ponderación entre la prohibición de abuso (los derechos y posiciones que dicho principio garantiza a favor de los consumidores), y el principio que fundamenta la cláusula o condición impuesta por el predisponente.²⁶³¹

Tal colisión es resuelta por el juez estableciendo una relación de precedencia condicionada entre ambos principios, teniendo en cuenta “*las condiciones particulares de la transacción que se analiza*”, de conformidad con el mandato de ponderación establecido por el propio artículo 42 EC.²⁶³²

Tales condiciones constituyen el supuesto de hecho de una regla cuya realización apareja la consecuencia jurídica prevista en el principio predominante en la ponderación.²⁶³³

²⁶²⁶ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁶²⁷ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 734-52.

²⁶²⁸ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 140 ss; BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 375; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁶²⁹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss.

²⁶³⁰ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38; y STÜNER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht*, ob. cit., p. 326.

²⁶³¹ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38; y SIECKMANN, Jan-Reinard, «*Abwägung von Rechten*», ARSP, Beiheft 81, 1995, p. 164 ss; e *Id.*, «*Zur Abwägungsfähigkeit von Prinzipien*», en KOCH, Hans-Joachim/NEUMANN, Ulfrid (eds.), *Praktische Vernunft und Rechtsanwendung*, ARSP, Beiheft 53, 1994, p. 205 ss.

²⁶³² CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

Dicha regla es una norma adscrita que se fundamenta a partir de las premisas fácticas y jurídicas que sean relevantes en la etapa discursiva del juicio de abusividad.²⁶³⁴

El principio de proporcionalidad es el criterio que permite al juez establecer la relación de precedencia condicionada entre la prohibición de abuso (P₁) y el principio que fundamenta la imposición de una cláusula o condición (P₂), en un caso concreto (C).²⁶³⁵

Si en unas circunstancias determinadas (C₁), la prohibición de abuso (P₁) prevalece sobre el principio que fundamenta la imposición de una cláusula o condición (P₂), significa entonces que dicha imposición no supera las exigencias del principio de proporcionalidad en sentido amplio, y de cada uno de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.²⁶³⁶

En tal caso, la imposición de la cláusula o condición en examen representa una restricción ilegítima de los derechos garantizados a favor de los consumidores por el artículo 42 EC, y el juez deberá declarar su nulidad y su exclusión como contenido normativo del contrato.²⁶³⁷

107.1. Intervención legítima en los derechos del consumidor.

Por el contrario, si en unas circunstancias distintas, C₂, el principio que fundamenta la imposición de cláusula o condición en examen, P₂, precede a la prohibición de abuso, P₁, es decir, C₂ (P₂ P₁), significa entonces que la imposición de la cláusula o condición es proporcionada por cumplir las exigencias de los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.²⁶³⁸

En tal caso, la imposición de la cláusula o condición en examen constituye una intervención legítima en el contenido de los derechos garantizados por la prohibición de abuso y el juez deberá declarar su validez como contenido del contrato.²⁶³⁹

En el marco del juicio de abusividad, el examen de proporcionalidad en sentido estricto se explica igualmente por ser la prohibición de abuso un mandato de

²⁶³³ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss.

²⁶³⁴ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁶³⁵ BERNAL, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁶³⁶ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁶³⁷ ob. cit., p. 1-38.

²⁶³⁸ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁶³⁹ BERNAL, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

optimización que exige la máxima realización posible de los derechos y posiciones por ella garantizados.²⁶⁴⁰

La ponderación que supone el examen de proporcionalidad en sentido estricto resulta necesaria cuando el cumplimiento de un principio suponga el incumplimiento de otro, o cuando la realización de un principio se obtenga a expensas del sacrificio de los demás, como sucede en los casos de abusividad de las cláusulas o condiciones impuestas por el predisponente en los contratos de adhesión celebrados con consumidores.²⁶⁴¹

107.2. El grado de afectación de los principios en colisión.

La ponderación, a su vez, presupone definir tanto el grado de afectación negativa de la prohibición del abuso (P₁) como el grado de realización del principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen, en especial la libertad contractual del predisponente y su facultad para definir el contenido del contrato (P₂).²⁶⁴²

Con fundamento en tales magnitudes, el juez definirá si la cláusula o condición en examen es proporcionada o desproporcionada en sentido estricto.²⁶⁴³

La prohibición de abuso como mandato de optimización implica que una cláusula o condición sea considerada desproporcionada, en sentido estricto, cuando logre un grado de realización del principio que la fundamenta menor que el grado de afectación que ella misma produce en los derechos y posiciones que la prohibición de abuso garantiza a favor de los consumidores.²⁶⁴⁴

En otras palabras, una cláusula o condición será desproporcionada en sentido estricto cuando el grado de afectación de los derechos y posiciones garantizados por la prohibición de abuso sea mayor que el grado de realización del principio en que se fundamenta la imposición de aquella.²⁶⁴⁵

Cuanto mayor sea el grado de afectación de la prohibición de abuso, mayor tendrá que ser el grado de realización del principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen.²⁶⁴⁶

²⁶⁴⁰ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁶⁴¹ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁶⁴² BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁶⁴³ BERNAL, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁶⁴⁴ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁶⁴⁵ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁶⁴⁶ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

Si una cláusula o condición, aun siendo idónea y necesaria, afecta de manera excesiva e injustificada los derechos y posiciones garantizados a favor de los consumidores por la prohibición de abuso, la optimización de este principio exige la invalidez, por desproporcionada o abusiva, de dicha cláusula o condición.²⁶⁴⁷

107.3. Valoración circunstanciada de la abusividad contractual.

En los casos de colisión uno de los principios ha de ceder ante el otro, teniendo en cuenta las circunstancias especiales del caso concreto. El principio que ostenta un mayor peso específico prevalece sobre el principio concurrente en el conflicto, pero no para siempre o de manera definitiva, sino para cada situación particular.²⁶⁴⁸

Bajo unas circunstancias distintas, la relación de precedencia podría ser la inversa. La ponderación es el procedimiento mediante el cual se establecen las relaciones de precedencia condicionada entre los principios en colisión.²⁶⁴⁹

En la ponderación son tenidos en cuenta todos los argumentos que juegan a favor y en contra de cada uno de los principios en conflicto y se determina cuál de ellos tiene mayor peso en unas circunstancias específicas.²⁶⁵⁰

El resultado de la ponderación es una regla que expresa la relación de precedencia entre los principios en conflicto, cuya realización apareja la consecuencia jurídica del principio precedente.²⁶⁵¹

De acuerdo con la llamada “ley de colisión”, las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente.²⁶⁵²

107.4. El resultado de la ponderación.

Que las razones del predisponente o del adherente, según el caso, primen unas sobre otras significa que debe aplicarse la consecuencia jurídica que la prohibición

²⁶⁴⁷ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38. v. también, sobre este punto, BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss; ALEXY, *Zur Struktur der Rechtsprinzipien*, *ob. cit.*, p. 103; y CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, *ob. cit.*, p. 140 ss.

²⁶⁴⁸ ALEXY, *Zur Struktur der Rechtsprinzipien*, *ob. cit.*, p. 103; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss y CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, *ob. cit.*, p. 140 ss.

²⁶⁴⁹ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 91; BARAK, *Proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 380 ss; y BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss.

²⁶⁵⁰ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 91; y BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss.

²⁶⁵¹ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss.

²⁶⁵² ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 91; y BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 575.

general de abuso establezca según los resultados del proceso de su concreción normativa.²⁶⁵³

Las circunstancias en que unas razones prevalecen sobre otras, constituye el supuesto de hecho de la norma de decisión con que el juez define la abusividad de la cláusula o condición en cuestión.²⁶⁵⁴

En este sentido, resolver un caso de abusividad de una determina cláusula mediante el empleo de algún criterio objetivo de concreción (proporcionalidad, racionalidad o razonabilidad), es establecer una regla de decisión que se fundamenta a partir de las razones relevantes de la ponderación.²⁶⁵⁵

La ley de colisión expresa el hecho de que entre las razones que sustentan la pervivencia de la cláusula o condición impuesta unilateralmente (pretensión del predisponente), y las que sustentan su exclusión como contenido normativo del contrato, su nulidad e incluso la indemnización de perjuicios (pretensión del adherente), no existe una relación de precedencia absoluta, sino relaciones de precedencia condicionada.²⁶⁵⁶

Cuando bajo unas circunstancias determinadas, las razones del predisponente prevalecen sobre las que sustentan la pretensión del adherente o consumidor por ser conformes con el criterio de concreción empleado, la cláusula o condición objeto de control debe estimarse válida y parte integrante del contenido normativo del contrato.²⁶⁵⁷

La validez de la cláusula constituye la consecuencia jurídica de la norma de decisión.²⁶⁵⁸

Por el contrario, si bajo unas circunstancias distintas, las razones del adherente o consumidor prevalecen sobre las que sustentan la pretensión del predisponente (la validez y mantenimiento de la cláusula o condición impuesta por él de forma

²⁶⁵³ BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., p. 380 ss; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁶⁵⁴ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁶⁵⁵ BERNAL, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁶⁵⁶ En la fijación de tal relación de precedencia concurren por igual, e incluso se complementan, los métodos de la ponderación, propia de los principios, y de subsunción, propia de las reglas.

Al respecto, BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss.

²⁶⁵⁷ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁶⁵⁸ Si bajo unas circunstancias específicas (C₁), las razones del predisponente (Gp) prevalecen sobre las razones del adherente (Ga), es decir, C₁ (Gp P Ga), entonces adquiere validez una norma de decisión (Nd) cuyo supuesto de hecho es C₁ y F su consecuencia jurídica (la validez de la cláusula o condición impugnada): Nd (C₁)→F.

Sobre este asunto, BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

unilateral), la cláusula en cuestión debe estimarse abusiva por incumplir las exigencias del criterio de concreción empleado, debiendo, en consecuencia, ser excluida o declarada nula como contenido normativo del contrato.²⁶⁵⁹

La nulidad en este caso constituye la consecuencia jurídica que se deriva del cumplimiento del supuesto de hecho de la norma de decisión derivada del criterio de concreción empleado.²⁶⁶⁰

Las consecuencias jurídicas que apareja la realización del supuesto de hecho de la norma de decisión son diversas y se refieren a la validez de la cláusula o condición objeto del control, al deber de reparación, a la carga de argumentación, entre otras.²⁶⁶¹

De acuerdo a lo anterior, en las circunstancias en que las razones del predisponente tengan prelación sobre las del adherente, es decir, en el caso en que aquéllas satisfagan las exigencias del criterio de valoración empleado, el juez deberá considerar justificada la cláusula o condición objeto de control y declarar su validez como parte integrante del contrato.²⁶⁶²

En consecuencia, la cláusula o condición cuestionada mantendrá su validez por su conformidad con el criterio de valoración empleado y adquirirá validez definitiva para el caso concreto.²⁶⁶³

En términos del artículo 42 EC, tal cláusula, así produzca en detrimento del adherente un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, constituye un desequilibrio justificado.²⁶⁶⁴

Por el contrario, si en unas circunstancias distintas, las razones del adherente tienen prelación sobre las del predisponente, bien porque de acuerdo con el criterio de valoración seleccionado tienen más peso o valor, o bien porque se aplique algún criterio de interpretación favorable al adherente (*in dubio pro adherente*, por ejemplo), el juez deberá declarar abusiva la condición bajo examen, declarar su nulidad y excluirla del contenido normativo del contrato.²⁶⁶⁵

²⁶⁵⁹ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁶⁶⁰ Si bajo unas circunstancias distintas (C₂), las razones que fundamentan la pretensión del adherente (nulidad de la cláusula o condición), prevalecen sobre las que sustentan la pretensión del predisponente, es decir, C₂ (Ga P Gp), entonces adquiere validez la norma de decisión (Nd), cuyo supuesto de hecho es C₂ y F su consecuencia jurídica (nulidad de la cláusula o condición objeto de control): Nd (C₂)→F.

Al respecto, BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁶⁶¹ Al respecto, BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁶⁶² CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁶⁶³ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁶⁶⁴ *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁶⁶⁵ *ob. cit.*, p. 1-38.

CAPITULO XXI

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS CRITERIOS METODOLÓGICOS ALTERNATIVOS: PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD

108. Criterios metodológicos alternativos. Introducción.²⁶⁶⁶

El sistema jurídico, cuya finalidad es organizar la vida social mediante la superación de los conflictos, está integrado por un conjunto de normas, reglas y principios, que difieren en cuanto a su estructura y significación.²⁶⁶⁷

Para dar solución a los casos concretos, teniendo en cuenta las circunstancias especiales de éstos, tanto las reglas como los principios constituyen el objeto de la interpretación y aplicación de los jueces y, en general, de los demás operadores jurídicos.²⁶⁶⁸

Además de los principios de interpretación, en la aplicación de las normas jurídicas a los casos concretos, en especial las formulaciones legales que contienen enunciados abiertos, cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados [lo que elípticamente en este trabajo englobamos bajo el concepto genérico de principios en sentido lato (P), en contraposición a las reglas o normas casuísticas],²⁶⁶⁹ el juez debe tener en cuenta ciertos criterios o parámetros metodológicos de ponderación,²⁶⁷⁰ tales como los principios de proporcionalidad y razonabilidad, cuyo concepto, a pesar de su tipificación en las leyes²⁶⁷¹ y su uso

²⁶⁶⁶ Sobre el principio de proporcionalidad y los criterios metodológicos alternativos, como la razonabilidad, v. BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 251 ss, y la bibliografía indicada *Supra* § 102. v., además, PERLINGIERI, Giovanni y FACHECHI, Alessia (dirs.), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Nápoles, Esi, 2017; y CAPONI, Remo, “Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2011, p. 389-406. También, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio, *El criterio de la razonabilidad en el derecho privado (el “estándar de la persona razonable” y su aplicación en las decisiones judiciales)*, LORENZETTI, Ricardo Luis (pról.), Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Ibáñez, 2020.

Sobre el criterio de la razonabilidad, visto en los ordenamientos de Europa continental (*civil law*), contrario a lo que ocurre en los países del *common law*, con cierta aversión en la medida en que “siembra gérmenes de inseguridad e imprevisibilidad”, v. KHAIRALLAC, Georges, “*Le raisonnée en droit privé française, Développements recents*”, *Revue trimestrelle de droit civil*, RTDC, 1984, p. 444 ss.

²⁶⁶⁷ PERLINGIERI, Giovanni, *Aspectos aplicativos de la razonabilidad en derecho civil (Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile)*, Nápoles, Esi, 2015, trad. española y prólogo de Agustín LUNA SERRANO, Madrid, Dickinson, 2019, p. 23 ss.

²⁶⁶⁸ PERLINGIERI, *Aspectos aplicativos de la razonabilidad en el derecho civil*, ob. cit., p. 23 ss.

²⁶⁶⁹ Al respecto, ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, ob. cit., p. 106 ss; GUARNERI, Attilio, «*Le clausole generali*», en SACCO, Rodolfo (dir.), *Tratatto di diritto civile, Le fonti del diritto italiano, II, le fonti non scritte e l'interpretazione*, Turín, Uteb, 1999, p. 129-54; y RESCIGNO, Pietro, *Manuale del diritto civile italiano*, Nápoles, Jovene, 1975, p. 29.

²⁶⁷⁰ En el ámbito del derecho público, v. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000. Respecto de la aplicación del derecho se habla indistintamente de parámetros, criterios de valoración, cánones o test de ponderación.

Sobre el tema, LUNA SERRANO, *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*, ob. cit., p. 133.

²⁶⁷¹ Al principio de proporcionalidad (“*juste équilibre à manager entre les intérêts concurrents*”), cuya proyección se extiende a todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, se refieren los artículos 145.1, 146, 381, 393, 474, 1080, 1150, 1289.1 y 1486 del código civil español, así como los artículos 140 y 141 del código de comercio de España.

frecuente por la jurisprudencia,²⁶⁷² no ha sido precisado exactamente por la doctrina y su significado se halla a menudo mezclado y confundido con otras figuras afines como la buena fe, la equidad o el abuso del derecho.²⁶⁷³

Como quiera que el objeto del juicio de abusividad es resolver un conflicto entre principios (la prohibición de abuso *versus* el principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen),²⁶⁷⁴ esclarecido el papel que cumple el principio de proporcionalidad, el propósito del presente capítulo será comparar el grado de racionalidad u objetividad jurídica que garantiza este principio con el que deparan los demás criterios alternativos de ponderación, en especial el principio de razonabilidad.²⁶⁷⁵

La conclusión a la que deseamos llegar es que el principio de proporcionalidad, respecto de los parámetros alternativos de ponderación, es el criterio que asegura mayores niveles de racionalidad u objetividad jurídicas en la definición de la abusividad de las cláusulas de los contratos celebrados a condiciones generales.²⁶⁷⁶

En consecuencia, antes de adentrarnos en la noción de razonabilidad, será necesario precisar qué se entiende por racionalidad u objetividad jurídica.

El principio de razonabilidad, por su parte, se encuentra explícitamente mencionado en el artículo 105, e implícitamente en el artículo 1104 del código civil español.

²⁶⁷² Al parámetro o criterio de proporcionalidad se refiere con frecuencia el Tribunal Constitucional español. Respecto de medidas legales limitativas de derechos fundamentales, v., por ejemplo, las SSTC 297/2005, de 21 de noviembre; 145/2013, de 21 de noviembre; 89/2017, de 4 de julio; 86/2017, de 4 de julio, relacionadas con el establecimiento de medidas cautelares o la desproporcionalidad de la sanción. Igualmente, v. la STC 151/2017, de 21 de diciembre, sobre tratamientos legales diferenciados.

También al principio de proporcionalidad recurre con frecuencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH. v., por ejemplo, las SSTEDH de 13 de enero de 2009 (caso Todorova *versus* Italia); 28 de julio de 1999 (caso Immobiliare Saffi *versus* Italia); 17 de febrero de 2004 (caso Ipek *versus* Turquía); y de 27 de julio de 2004 (caso Scordino y otros *versus* Italia).

²⁶⁷³ No obstante esta pluralidad de acepciones y superposiciones conceptuales, tanto la proporcionalidad como la razonabilidad, en efecto, son concebidas como criterios de ponderación o armonización de intereses y principios, de carácter flexible o relativo, lo que les permite tener en cuenta, en el momento de la aplicación del derecho, las circunstancias concurrentes del caso concreto. Tales notas son comunes tanto al juicio de proporcionalidad como al de razonabilidad.

Al respecto, PERLINGIERI, *Aspectos aplicativos de la razonabilidad en el derecho civil*, ob. cit., p. 23 ss.

²⁶⁷⁴ v. *Supra* Cap. XII y CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad en los contratos de consumo*, ob. cit., p. 140-71.

²⁶⁷⁵ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 140-71.

²⁶⁷⁶ v. *Infra* Título Noveno, Capítulo XXV.

108.1. La pretensión de corrección de las decisiones jurídicas adoptadas en el marco del juicio de abusividad.²⁶⁷⁷

El control de las cláusulas abusivas, como especie de aplicación judicial del derecho, en este caso de las normas de abusividad contractual, debe ser entendido como un caso particular de discurso jurídico.²⁶⁷⁸

En este discurso, el juez analiza y valora los argumentos interpretativos a favor y en contra de la abusividad de la cláusula o condición en examen, y la decisión que se adopta al cabo del proceso de concreción normativa que representa el juicio de abusividad, tiene la pretensión de ser correcta y aceptada por sus destinatarios (adherente y predisponente), y por la comunidad jurídica general.²⁶⁷⁹

Ahora bien, la sentencia que define la abusividad de una cláusula o condición representa una decisión sólo si está correctamente justificada, lo que depende de la posibilidad de que los jueces puedan argumentar, no sólo con apego a las reglas de la lógica, sino de la correcta valoración de los argumentos interpretativos relevantes en el caso concreto.²⁶⁸⁰

Entre mayor sea la corrección con la que los jueces valoren los argumentos interpretativos de la ley, mayor será la corrección con la que la decisión se verá fundamentada.²⁶⁸¹

En este sentido, tanto el principio de proporcionalidad como el de razonabilidad son criterios para la valoración correcta de los argumentos de las disposiciones legales sobre abusividad contractual y la fundamentación correcta de las decisiones que se adoptan en el marco del control material de las cláusulas abusivas.²⁶⁸²

²⁶⁷⁷ Sobre la inconsistencia en el uso de estos términos en la jurisprudencia española y colombiana, v. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, *ob. cit.*; y BERNAL, «Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes», en *Id.*, *El derecho de los derechos, Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 77-8.

v. también, BARACK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 43 ss; y CRAIG, Paul, «Unreasonableness and Proportionality in UK Law», en ELLIS (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, *ob. cit.*, p. 85 ss.

²⁶⁷⁸ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, *ob. cit.*, p. 208; BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 232 ss; e *Id.*, *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad*, *ob. cit.*, p. 61.

²⁶⁷⁹ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, *ob. cit.*, p. 208; *Id.*, *Concepto y validez del derecho*, *ob. cit.*, p. 41; *Id.*, *Law and Correctness*, *ob. cit.*, p. 205; BERNAL, *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad*, *ob. cit.*, p. 61; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁶⁸⁰ BERNAL, *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad*, *ob. cit.*, p. 61; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁶⁸¹ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁶⁸² *ob. cit.*, p. 1-38.

Los anteriores criterios cumplen una doble función: por una parte orientan a los jueces en la toma de decisiones correctas y, por la otra, sirven de criterios valorativos tanto a los destinatarios como a la comunidad jurídica en general para medir la corrección de tales decisiones.²⁶⁸³

Ahora bien, a pesar de la común finalidad que persiguen,²⁶⁸⁴ los criterios de proporcionalidad y razonabilidad tienen características propias y entre ellos se presentan diversas relaciones.²⁶⁸⁵

108.2. Objetividad o racionalidad jurídica.²⁶⁸⁶

El principio de proporcionalidad juega un papel importante como criterio metodológico para la valoración y fundamentación de las decisiones judiciales que se adoptan en el marco del control de la cláusulas abusivas, en especial en la concreción de las normas adscritas con las que el juez define la abusividad de la cláusula o condición en examen.²⁶⁸⁷

Ahora bien, la aplicación de dicho principio en el juicio de abusividad se explica por los mayores niveles de racionalidad u objetividad jurídicas que la proporcionalidad garantiza en comparación con los demás criterios alternativos, en especial frente al principio de razonabilidad.²⁶⁸⁸

En consecuencia, se ha de precisar qué se entiende por razonabilidad y por qué en especial éste principio ofrece un menor nivel de racionalidad u objetividad respecto del principio de proporcionalidad como criterio de valoración y fundamentación de las decisiones judiciales que se adoptan en el marco del juicio de abusividad, en especial en la concreción de la norma adscrita con la que el juez define si una cláusula o condición es o no abusiva.²⁶⁸⁹

²⁶⁸³ BERNAL, *ob. cit.*, p. 61; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁶⁸⁴ Además de ser instrumentos de valoración y fundamentación de las decisiones judiciales, los principios de proporcionalidad y de razonabilidad son criterios metodológicos estructurales, vale decir, determinan la manera en que debe llevarse a cabo la fundamentación correcta de las normas adscritas y la forma en que deben resolverse las colisiones entre los diversos criterios materiales relevantes.

Al respecto, CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁶⁸⁵ BERNAL, *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad*, *ob. cit.*, p. 62.

²⁶⁸⁶ BONGIOVANNI, Giorgio; SARTOR, Giovanni y VALENTINI, Chiara (eds.), *Reasonableness and Law*, Heidelberg/Londres, Springer, 2009, en especial el artículo de ALEXY sobre la racionalidad del derecho (*The Reasonableness of Law*).

²⁶⁸⁷ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

²⁶⁸⁸ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 4-36.

²⁶⁸⁹ En otras palabras, antes de indicar los criterios alternativos al principio de proporcionalidad y el grado de objetividad y racionalidad que éstos ofrecen en la fundamentación de las decisiones que definen la abusividad de las cláusulas y condiciones impuestas por el predisponente en los contratos de adhesión, será necesario precisar el concepto mismo de racionalidad en el marco de la interpretación y aplicación del derecho.

Al respecto, CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 4-36.

108.2.1. Racionalidad.²⁶⁹⁰

Como criterio de valoración de la conducta humana, la racionalidad es un concepto más general y abstracto que los de proporcionalidad y razonabilidad, que surgió en la teoría jurídica como sucedáneo de la objetividad.²⁶⁹¹

En efecto, siendo la objetividad un *optimum* o ideal difícil de alcanzar en los casos dudosos o complejos de aplicación del derecho, debido, sobretodo, a la indeterminación normativa de las disposiciones legales, como es el caso de las normas sobre abusividad contractual, en especial la prohibición general de abuso, la corrección de la decisión y de los argumentos adoptados en la motivación, no puede ser valorada mediante criterios objetivos, sino sobre la base del cumplimiento parcial de algunos criterios de racionalidad.²⁶⁹²

Ahora bien, dada su función orientadora y valorativa de la argumentación, la aplicación de estos criterios no asegura que los jueces en todos los casos de abusividad lleguen a una única decisión correcta, ni a la eliminación del margen irreductible de discrecionalidad judicial, ni la objetividad absoluta de las decisiones.²⁶⁹³

En este sentido se habla de racionalidad de las decisiones judiciales para hacer referencia al catálogo de exigencias, más o menos amplio según las distintas teorías de la argumentación jurídica, que las sentencias y sus motivaciones deben satisfacer para que sean consideradas racionales.²⁶⁹⁴

Una decisión o una motivación judicial serán más racionales cuanto más o mejor satisfagan estas exigencias de racionalidad.²⁶⁹⁵

²⁶⁹⁰ ALEXY, Robert, «*The Reasonableness of Law*», en BONGIOVANNI, SARTOR y VALENTINI, *Reasonableness and Law*, ob. cit., p. 3-15; BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 232 ss; e *Id.*, *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad*, ob. cit., p. 61.

²⁶⁹¹ BERNAL, ob. cit., p. 232 ss; e *Id.*, ob. cit., p. 61.

²⁶⁹² En los casos complejos o difíciles, emergen incertidumbres de tipo analítico, normativo y fáctico que suscitan polémicas y conflictos que no pueden ser resueltos mediante la aplicación de procedimientos como la simple subsunción, por ejemplo.

Al respecto, BERNAL, *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad*, ob. cit., p. 62; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁶⁹³ BERNAL, *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad*, ob. cit., p. 63.

²⁶⁹⁴ La doctrina, en efecto, no ha elaborado un catálogo unívoco de racionalidad judicial, existiendo, por el contrario, sobre esta materia, enconadas disputas teóricas.

Al respecto, BERNAL, *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad*, ob. cit., p. 63; ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 184 ss; y NEUMANN, Ulfrid, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986, p. 94 ss.

²⁶⁹⁵ NEUMANN, *Juristische Argumentationslehre*, p. 94 ss; y ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 184 ss.

Un elemento común de las reglas de racionalidad es que constituyen sólo ideas regulativas o ideales que orientan el trabajo de los tribunales, o criterios para valorar, analizar y criticar las decisiones y motivaciones de éstos.²⁶⁹⁶

108.2.2. Exigencias o requisitos de la racionalidad.

Sin ninguna pretensión de exhaustividad, los siguientes son los requisitos o exigencias de la racionalidad que han obtenido un mayor respaldo en el consenso de la doctrina más autorizada:²⁶⁹⁷

1º Claridad y consistencia conceptual.

El fundamento de las decisiones judiciales será tanto más racional cuanto más se haya construido sobre la base de argumentos claros y consistentes desde el punto de vista conceptual y lingüístico.²⁶⁹⁸

La claridad conceptual presupone que el significado de los argumentos utilizados por los jueces pueda ser comprendido por las partes que intervienen en el proceso y la comunidad jurídica en general. En otras palabras, los diversos interlocutores no pueden usar una misma expresión con significados distintos.²⁶⁹⁹

La consistencia conceptual se refiere a la no contradicción de los argumentos utilizados por los jueces y a atribuir a los conceptos que componen aquéllos los mismos significados.²⁷⁰⁰

2º Consistencia normativa.

El fundamento de las decisiones judiciales será tanto más racional cuanto más se basen o fundamenten en argumentos que puedan justificar los mismos resultados interpretativos cuando se apliquen a hechos idénticos o análogos.²⁷⁰¹

²⁶⁹⁶ BERNAL, *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad*, ob. cit., p. 65.

²⁶⁹⁷ BERNAL, ob. cit., p. 63.

²⁶⁹⁸ ob. cit., p. 63; y ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 184 ss.

²⁶⁹⁹ ALEXY, ob. cit., p. 185; y BERNAL, *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad*, ob. cit., p. 63.

²⁷⁰⁰ BERNAL, ob. cit., p. 63. Sobre el principio de no contradicción, v. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 184 ss; y AARNIO, Ailius, *Lo racional como razonable, Un tratado sobre la justificación jurídica* (Ernesto GARZÓN VALDÉS, trad.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, 1991, p. 254 ss.

²⁷⁰¹ Si un predicado **F** se aplica a un objeto **a**, se debe aplicar también **F** a un objeto **b**, si **a** y **b** son iguales o sustancialmente iguales en todos los aspectos relevantes. La aplicación de los mismos argumentos a hechos distintos, o la producción de resultados interpretativos diferentes, debe estar siempre justificada. Esta regla de la razón práctica se fundamenta en los principios de universalidad e igualdad.

Al respecto, BERNAL, *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad*, ob. cit., p. 64; ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 184 ss; y PECZENIK, Alexander, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Viena y Nueva York, Springer, 1983, p. 189.

3º Saturación.

El fundamento de las decisiones judiciales será tanto más racional cuanto más se base en argumentos que cumplan la máxima de saturación, es decir, en argumentos completos que contengan todas la premisas que le pertenezcan.²⁷⁰²

4º Consistencia lógica.

El fundamento de las decisiones judiciales será tanto más racional cuanto más respete las reglas de la lógica deductiva.²⁷⁰³

5º Carga de la prueba y de la argumentación.

El fundamento de las decisiones judiciales será tanto más racional cuanto más cumplan los argumentos las diversas cargas de la prueba y de argumentación propias del sistema de control de abusividad, por ejemplo las que se derivan del principio *pro consumatore*.²⁷⁰⁴

6º Coherencia y consistencia argumentativa.

El fundamento de las decisiones judiciales será tanto más racional cuanto más sea coherente y consistente desde el punto de vista argumentativo, lo que significa, por una parte, la ausencia de contradicciones entre los argumentos utilizados por los jueces; así como, por la otra, la base o fundamento que deben tener las proposiciones judiciales en las reglas o principios jurídicos.²⁷⁰⁵

²⁷⁰² Un argumento de una determinada forma sólo es completo si contiene todas las premisas pertenecientes a esa forma. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 236; y BERNAL, *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad*, ob. cit., p. 64.

²⁷⁰³ BERNAL, ob. cit., p. 64.

²⁷⁰⁴ ob. cit., p. 64; CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 4-32; e *Id.*, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁷⁰⁵ Una nueva proposición interpretativa es tanto más coherente cuanto más respaldo encuentre en otras proposiciones, o en premisas normativas, analíticas o empíricas que sustenten también otras proposiciones, o en conceptos generales propios del sistema.

Al respecto, BERNAL, *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad*, ob. cit., p. 65; ALEXY, Robert, "Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse", RJ, vol. 5, 2, 1992, p. 143 ss; e *Id.*, "Justification and Application of Norms", Ratio Juris, RJ, vol. 6, 2, 1993 (july), p. 157-70.

108.3. Razonabilidad.²⁷⁰⁶

El canon o parámetro de la razonabilidad, típico del derecho inglés (*reasonable*) y, en general, del sistema del *common law*, en cuya jurisprudencia es frecuente la apelación al *standard* o test de la razonabilidad (*reasonableness*), aparece en los textos de unificación del derecho contractual europeo.²⁷⁰⁷

El principio de razonabilidad, explícita e implícitamente mencionado en la ley, es concebido por la jurisprudencia constitucional española y de otros países de Europa como un criterio valorativo en la aplicación de las normas jurídicas, tanto reglas o normas casuísticas como principios, es decir, las que incluyen cláusulas generales en sentido estricto y conceptos jurídicos indeterminados.²⁷⁰⁸

A pesar de su base epistemológica común (la relación medio-fin),²⁷⁰⁹ la razonabilidad se diferencia del principio de proporcionalidad porque opera como un criterio de ponderación de los elementos no cuantificables de una relación jurídica, como serían los intereses no patrimoniales, que exige una valoración cualitativa más apegada a la lógica de lo razonable, o de lo plausible, antes que a la lógica de lo racional en sentido estricto.²⁷¹⁰

²⁷⁰⁶ Sobre el principio o criterio de razonabilidad, v. las siguientes obras colectivas: AA.VV., *Il principio di ragionevolezza della giurisprudenza de la Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici (atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992)*, Milán, Giuffrè, 1994; LA TORRE, Massimo y SPADARO, Antonino (dirs.), *La ragionevolezza nel diritto*, Turín, Giappichelli, 2002; AA.VV., *Ragionevolezza e interpretazione*, Padua, Cedam, 2002; MORRONE, Andrea, *Il custode della ragionevolezza*, Milán, Giuffrè, 2001; PIRAINO, Fabrizio, "Per una teoria della ragionevolezza nel diritto civile", *Europa e diritto privato*, 2014, p. 1287 ss; PENNICINO, Sara, *Contributo allo studio de la ragionevolezza nel diritto privato*, Rímìni, Magioli, 2012; ZORZETTO, Silvia, "Reasonableness", *ItaLJ*, vol. 1, num. 1, 2015, p. 107-39; y MAC CORMICK, Neil, «On reasonableness», en PERELMAN, Chaim y VANDER ELST, Raymond (eds.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruselas, Bruylant, 1984, p. 132 ss.

Con numerosos ejemplos dirigidos a demostrar la función de la razonabilidad como criterio de ponderación en los casos concretos de conflicto entre principios, v. PERLINGIERI, *Aspectos aplicativos de la razonabilidad en derecho civil, ob. cit.*, p. 23 ss.

²⁷⁰⁷ La referencia a lo razonable (*reasonable*), aparece, en efecto, con frecuencia, en el Proyecto de marco común de referencia (*Draft Common Frame of Reference, DCFR*), de 2009, así como en los Principios de derecho contractual europeo, PECL (*Principes du droit européen du contrat*), conocido como Proyecto Lando por el nombre del presidente de la Comisión para el derecho europeo del contrato (*Commission pour le droit européen du contrat*), el profesor de la Universidad de Copenhague, Ole Lando.

Al respecto, DIESSE, François, "La bon foi, la coopération et le raisonnable dans la Convention des Nations Unites à la vente internationale de marchandises", *Journal de droit international*, 2002, p. 55 ss; y PATTI, *Dall'accertamento del fatto all'individuazione della norma, ob. cit.*, p. 73.

²⁷⁰⁸ PERLINGIERI, *Aspectos aplicativos de la razonabilidad en derecho civil, ob. cit.*, p. 23 ss; *ID.*, «Sul criterio de la ragionevolezza», en PERLINGIERI y RUGIERI, *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti, ob. cit.*, p. 29-71; e *ID.*, "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale", *Rivista di diritto civile*, 2018, 3.

²⁷⁰⁹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad, ob. cit.*, p. 37.

²⁷¹⁰ Esta lógica de lo plausible se relaciona con juicios de valor, estimaciones y relaciones entre valores y fines y a los nexos entre fines y medios, a la experiencia práctica e histórica.

Al respecto, AARNIO, *Lo racional como razonable, Un tratado sobre la justificación jurídica, ob. cit.*, p. 254 ss; y GARDIN, Jean-Claude, *Logique du plausible: essais d'épistemologie pratique en recherches humaines*, París, Editions de Sciences de l'Homme, 1981.

108.3.1. Razonabilidad y derecho privado (derecho civil).

Como hemos visto, la noción de razonabilidad no es extraña a la tradición iusprivatista del *civil law*.²⁷¹¹

En el ámbito de la cultura jurídica de Europa continental, la consideración de la razonabilidad se halla en la tradición del derecho romano clásico (piénsese en las orientaciones jurisprudenciales que parten del siglo I d.c., así como en las enseñanzas de Labeón, Juliano y Papiniano).²⁷¹²

También en el uso práctico del concepto de razonabilidad, y en su estudio y análisis por parte de la doctrina civilística, muy atenta desde hace tiempo al equilibrio, la ponderación de principios, la valoración comparativa de intereses, la interpretación conforme a la Constitución (*verfassungskonforme Auslegung*),²⁷¹³ o la interpretación sistemática, conceptos éstos unidos a la noción de razonabilidad.²⁷¹⁴

108.3.2. La indeterminación del concepto de razonabilidad.²⁷¹⁵

El legislador no define la razonabilidad, a pesar de que el uso de tal expresión sea frecuente en las decisiones judiciales y en la doctrina.²⁷¹⁶

²⁷¹¹ Al respecto, NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*; PATTI, "La ragionevolezza nel diritto civile", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2012, p. 1-22; también en *Id.*, *Ragionevolezza nel diritto civile*, Nápoles, Esi, 2012, quien pone de presente la variada utilización, en la argumentación jurídica, del criterio de la razonabilidad en las experiencias del *common law* y del *civil law*.

²⁷¹² Al respecto, RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, p. 233.

²⁷¹³ *Passim*, PERLINGIERI y CARAPEZZA-FIGLIA, *L'«interpretazione secondo costituzione» nella giurisprudenza*, *ob. cit.*

²⁷¹⁴ RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, *ob. cit.*, p. 233.

²⁷¹⁵ PATTI, Salvatore, *La ragionevolezza e clausole generali*, Milán, Giuffrè, 2013.

²⁷¹⁶ Respecto de la razonabilidad que, como criterio de ponderación, "es esencial en la interpretación y concreción normativa de las cláusulas generales", v., entre otros, PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, *passim*; *Id.*, «Sul criterio della ragionevolezza», en PERLINGIERI, Carolina y RUGGERI, Lucía (dirs.), *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Nápoles, Esi, 2016, p. 29-71; TROIANO, Stefano, «Ragionevolezza (diritto privato)», en *Enciclopedia del diritto*, Annali, VI, Milán, Giuffrè, 2013, p. 266 ss; *Id.*, «La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti», Padua, Cedam; ZORZETTO, *Reasonableness*, *ob. cit.*, p. 107-39; CRISCUOLI, Giovanni, "Buona fede e ragionevolezza", *Rivista di diritto civile*, 1984, p. 709 ss; PALADIN, Livio, «Ragionevolezza (Principio di)», en *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, I, Milán, Giuffrè, 1997, p. 899 ss; SCOGNAMIGLIO, Claudio, "Cláusulas generales e linguaggio del legislatore: lo standard della ragionevolezza nel d.p.r. 24 maggio 1988, num. 224", *Quadrimestre*, 1992, p. 65 ss; NIVARRA, Luca, "Ragionevolezza e diritto privato", *Ars Interpretandi*, Anuario di ermeneutica jurídica, VII, *Ragionevolezza e interpretazione*, Padua, 2002, p. 373-86; SPADARO, Antonino, "I diritti della ragionevolezza e la ragionevolezza dei diritti", *Ars Interpretandi*, Anuario di ermeneutica jurídica, 2002, p. 325 ss; RICCI, Annarita, *Il criterio de la ragionevolezza nel diritto privato*, Padua, Cedam, 2007; RUGGERI, Antonio, «Interpretazione costituzionale e ragionevolezza», en AA. VV., *Il rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte Costituzionale*, *La Corte Costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale*, *Principi fondamentali*, Nápoles, Esi, 2007; D'ANDREA, Luigi, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milán, Giuffrè, 2005; y GIORGINI, Erika, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Nápoles, Esi, 2010.

Como criterio de ponderación, la razonabilidad es utilizada frecuentemente por el Tribunal Constitucional español. En este sentido, v., por ejemplo, SSTC 14/2014, de 30 de enero; 15/2014, de 30 de enero; 23/2014, de 27 de marzo; 52/2015, de 16 de marzo; 140/2015, de 22 de junio; 149/2015, de 6 de julio; 165/2015, de 20 de julio; 231/2015, de noviembre; 48/2016, de 14 de marzo; 122/2016, de 23 de junio; 2/2017, de 16 de enero; y 47/2017, de 27 de abril.

Al respecto, CARRASCO PERERA, *El juicio de razonabilidad en la jurisprudencia constitucional*, *ob. cit.*, p. 39 ss.

En efecto, es indudable una creciente e incisiva presencia de la razonabilidad en el discurso y en el razonamiento práctico.²⁷¹⁷ Recientemente la razonabilidad ocupa un espacio oficial en la reflexión del jurista, al punto de considerarse como un componente ineludible del derecho, de la norma y de un “equilibrado acuerdo contractual”.²⁷¹⁸

En esta dirección es significativa la alusión a las palabras “razonable” y “razonabilidad” en el texto de la propuesta de reglamento relativo a un derecho europeo de la venta, efectuada por el Parlamento Europeo y el Consejo (Bruselas, 11 de octubre de 2011).²⁷¹⁹

Igualmente, la noción de razonabilidad está en el centro de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en otros textos normativos, como el proyecto de Código Civil Europeo y los Principios Unidroit elaborados por la Comisión Lando, entre otros.²⁷²⁰

Los Principios Unidroit prevén la razonabilidad entre los instrumentos de integración del contrato, distinguiéndola explícitamente de la buena fe.²⁷²¹

Pese a su innegable importancia, el parámetro de la razonabilidad se sustrae a cualquier individualización o concreción previa de su contenido, ampliamente indefinido; así como a su representación teórica unitaria.²⁷²²

Dicha concreción del concepto de razonabilidad ha de hacerse partiendo del lenguaje del legislador, de la consideración del sistema jurídico vigente y de los valores en que éste se inspira.²⁷²³

En otras palabras, el contenido de la razonabilidad ha de ser definido en un determinado ordenamiento y en un específico momento histórico.²⁷²⁴

²⁷¹⁷ PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, *ob. cit.*, p. 9.

²⁷¹⁸ PATTI, *ob. cit.*, p. 9 ss.

²⁷¹⁹ Al respecto, PERLINGIERI, *Aspectos aplicativos de la razonabilidad en el derecho civil*, *ob. cit.*, p. 23 ss.

²⁷²⁰ PERLINGIERI, *ob. cit.*, p. 23 ss.

²⁷²¹ *ob. cit.*, p. 23 ss.

²⁷²² La concreción o individualización del contenido de la razonabilidad ha sido definido como un “intento desesperado” al que el jurista, sin embargo, no debe renunciar. La doctrina, mediante el análisis del derecho positivo, entendido en la unidad de su conjunto, debe seguir intentando individualizar el contenido del principio de razonabilidad.

Al respecto, PALADIN, *Esiste un principio di “ragionevolezza” nella giurisprudenza costituzionale?*; y MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Nápoles, 2009, p. 158 ss.

²⁷²³ PERLINGIERI, *ob. cit.*, p. 23 ss.

²⁷²⁴ *ob. cit.*, p. 23 ss.

108.3.3. Acepciones del concepto de razonabilidad.²⁷²⁵

Como hemos dicho, el criterio de razonabilidad también es utilizado por los tribunales para fundamentar sus decisiones, y por los destinatarios de éstas y por la comunidad jurídica general para valorar la corrección de los autos y sentencias.²⁷²⁶

Sin embargo, la razonabilidad es un concepto ambiguo como lo demuestran los múltiples significados que tanto la doctrina como la jurisprudencia asignan a este criterio.²⁷²⁷

En conclusión no puede hablarse de un significado unívoco y constante de razonabilidad.²⁷²⁸

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia,²⁷²⁹ la razonabilidad es frecuentemente confundida, mezclada o superpuesta a diversos conceptos afines, como la proporcionalidad,²⁷³⁰ la buena fe, el abuso del derecho o la equidad.²⁷³¹

Se dice, por ejemplo, que la cláusula abusiva o vejatoria altera de manera excesiva o “irrazonable” la distribución de ventajas o desventajas,²⁷³² confundiendo la

²⁷²⁵ TROIANO, “*Ragionevolezza*” e concetti affini”, *ob. cit.*, p. 693.

²⁷²⁶ En Colombia, por influencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales de Alemania y España, el Tribunal Constitucional utilizó este criterio de la razonabilidad en la aplicación del principio de igualdad (art. 13 Const. Pol. Col.). Según la Corte, este test corresponde a la exigencia de razonabilidad de la diferenciación que conlleva el principio de igualdad en su vertiente de no discriminación (SCC T-422 de 1992).

Al respecto, BERNAL, *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad*, *ob. cit.*, p. 65; *Id.*, *El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, en *Id.*, *El derecho de los derechos*, *ob. cit.*, p. 257 ss; y CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad como criterio metodológico de concreción normativa del mandato de tratamiento igual*, *ob. cit.*, p. 343-85.

²⁷²⁷ BARACK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 44. Como ejemplo de la ambigüedad del término racionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, véase la SCC C 530 de 1993, en la que, inconsistente con la terminología de la dogmática y la jurisprudencia comparadas, la Corte llama “racionalidad”, para distinguirla de la razonabilidad, a la conexión entre el medio y el fin.

También en la SCC T-230 de 1994 la Corte se refiere a la racionalidad como la “eficacia de la relación entre el medio normativo y el fin o valor constitucional”.

²⁷²⁸ Según una primera acepción, la razonabilidad sería un criterio subsidiario de la racionalidad. En los casos difíciles, cuando a pesar de los criterios de racionalidad (claridad, consistencia, lógica deductiva, etcétera), no puede adoptarse una decisión, debe entonces adoptarse una decisión razonable.

Al respecto, BERNAL, *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad*, *ob. cit.*, p. 68.

²⁷²⁹ PERLINGIERI, Giovanni, “*Ragionevolezza e bilanciamento nell’interpretazione recente de la Corte costituzionale*”, *Rivista di diritto civile*, 3, 2018, p. 736.

²⁷³⁰ DEL PRATO, Enrico, “*Ragionevolezza e bilanciamento*”, *Rivista di diritto civile*, 2010, p. 23; e *Id.*, “*Ragionevolezza, retroattività, soppravvenienza: la legge attraverso le categorie del contratto*”, *Giurisprudenza italiana*, 2014 (gennaio), p. 26-30.

²⁷³¹ PALADIN, *Ragionevolezza (Principio di)*, *ob. cit.*, p. 901 ss; y TROIANO, *I riferimenti alla “ragionevolezza” nei diritto dei contratti: una prima classificazione*, *Obli. Contr.*, 2006, p. 210.

²⁷³² TROIANO, “*Ragionevolezza*” e concetti affini”, *ob. cit.*, p. 693

razonabilidad con la proporcionalidad entre derechos y obligaciones derivados del contrato.²⁷³³

Igualmente, en el ámbito del derecho administrativo, para referirse en realidad a la proporcionalidad entre el interés perseguido y el remedio utilizado, se afirma que las decisiones de la administración pública deben ser “razonables”, de manera que comporten el menor sacrificio posible frente a la igualdad de resultados a obtener.²⁷³⁴

108.3.3. Razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad.

En sentido estricto, la razonabilidad es entendida como interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE): una decisión razonable es una decisión no arbitraria, es decir, fundada en una razón jurídica legítima.²⁷³⁵

El principio de interdicción de la arbitrariedad prohíbe el ejercicio abiertamente irrazonable de un poder público como el judicial, es decir, el ejercicio de un poder sin ninguna motivación, o carente de una razón que legítimamente lo justifique.²⁷³⁶

En este sentido, un acto del Estado es irrazonable cuando carezca de todo fundamento, o cuando no tienda a realizar ningún objetivo jurídicamente relevante.²⁷³⁷

²⁷³³ PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, ob. cit., p. 441 ss; CASUCCI, Felice, *Il sistema giuridico “proporzionale” nell diritto privato comunitario*, Nápoles, Esi, 2004, p. 378 ss; VOLPE, Fabrizio, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Nápoles, Esi, 2004, *passim*; CIPRIANI, Nicola, *Patto commissorio e patto marciano, Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Nápoles, Esi, 2000, p. 198 ss; POLIDORI, Stefano, “*Proporzionalità e disciplina dell’apalto*”, *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 686; GIOVA, Stefania, *La proporzionalità nell’ipoteca nel pignone*, Nápoles, Esi, 2012, p. 55 ss; y LANZILLO, Raffaella, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, *Corso di diritto civile*, Padua, Cedam, 2003, p. 47 ss.

²⁷³⁴ Al respecto, v. COGNETTI, Stefano, *Principio di proporzionalità, Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Turín, Giappichelli, 2011, p. 168. En la jurisprudencia europea, v. “STJCE, de 28 de julio de 2011, C-309/19: Agrana Zucker vs. Bundesminister für Land”, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, p. 673 ss, en la que se afirma que, en cuanto existan o sean posibles varios medios igualmente idóneos o apropiados, se debe recurrir a la medida menos restrictiva u onerosa respecto del objetivo propuesto, lo que ciertamente corresponde al concepto de proporcionalidad.

²⁷³⁵ BERNAL, ob. cit., p. 68.

²⁷³⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, voz «*Interdicción de la arbitrariedad*», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, 1996, p. 3644 ss; y BERNAL, *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad*, ob. cit., p. 69.

²⁷³⁷ BERNAL, ob. cit., p. 69. En el caso del juicio de abusividad, como quiera que la prohibición de abuso no proscribire los simples desequilibrios sino los desequilibrios injustificados del contrato, la imposición de una cláusula que cause un desequilibrio en perjuicio del consumidor sin ninguna razón que la fundamente sería, según este criterio, una imposición arbitraria o irrazonable.

Al respecto, CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

108.4. Relaciones entre los criterios de proporcionalidad y razonabilidad.²⁷³⁸

Entre los criterios de proporcionalidad y razonabilidad existen diversas relaciones de complementariedad. La razonabilidad, según hemos dicho, es entendida, en un primer sentido, como un criterio subsidiario de la racionalidad.²⁷³⁹

Una segunda acepción de la razonabilidad la concibe como parte del principio de proporcionalidad, más exactamente del subprincipio de idoneidad.²⁷⁴⁰ Según este subprincipio, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea o adecuada para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.²⁷⁴¹

²⁷³⁸ DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, ob. cit., p. 23 ss; y CRAIG, *Unreasonableness and Proportionality in UK Law*, ob. cit., p. 85 ss.

²⁷³⁹ Esta acepción de la razonabilidad como criterio subsidiario de la racionalidad es rechazada, por ejemplo, por BERNAL, *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad*, ob. cit., p. 70. Sin embargo, según este autor, toda decisión que se adopta siguiendo los criterios de racionalidad (el de coherencia, especialmente), pretende ser una decisión razonable, y toda decisión razonable presupone los criterios de racionalidad (ob. cit., p. 71).

²⁷⁴⁰ Como hemos visto, el principio de proporcionalidad se compone de tres reglas o subprincipios que toda intervención en los derechos fundamentales debe observar para ser considerada constitucionalmente legítima. Estas reglas son los subprincipios de idoneidad, necesidad y sentido estricto.

Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos funda debe apta, idónea o adecuada para contribuir a alcanzar un fin coconstitucionalmente legítimo. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe realizarse, dentro de las medidas igualmente idóneas para alcanzar el objetivo perseguido, con el medio o la medida más favorable para el derecho intervenido.

Por último, según el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia del objetivo que persigue la intervención en el derecho fundamental debe estar en una relación adecuada con el significado del derecho intervenido. En otras palabras, las ventajas obtenidas con la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general.

Al respecto, BERNAL, *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad*, ob. cit., p. 66, 67 y 71; *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., Cap. VI, p. 779 ss; MICHAEL, *Die drei Argumentationsstrukturen der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 148-55; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*, ob. cit., p. 17-20; y CARRASCO PERERA, Angel, "El «juicio de razonabilidad» en la justicia constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, REDC, 11, 1984, p. 39-106.

Desde el punto de vista jurisprudencial, véase el concepto general de proporcionalidad acogido muy tempranamente por la Corte Constitucional colombiana en su sentencia T-422 de 1992. Sin embargo, en sus primeros años de existencia, la Corte Constitucional concibe la proporcionalidad como elemento esencial del principio de razonabilidad: si la autoridad ha introducido una diferenciación como medio para obtener determinado fin, este medio debe ser proporcional a dicho fin y no debe producir efectos desmesurados para otros intereses jurídicos.

El principio de proporcionalidad busca que la medida no sólo tenga un fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo (SCC T-015 de 1994 y C-530 de 1993).

Sobre el principio de proporcionalidad como conjunto articulado de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, véase, entre otras muchas, las sentencias de la Corte Constitucional colombiana T-230 de 1994, C-022 de 1996, C-309 de 1997, C-584 de 1997 y C-309 de 1997.

²⁷⁴¹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 52; e *Id.*, *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad*, ob. cit., p. 67. Según BARACK, en un sentido fuerte, la razonabilidad está basada en la ponderación de intereses en conflicto: una decisión es razonable si la misma es adoptada luego de haber sido sopesados los distintos factores que debían ser tenidos en cuenta. La razonabilidad en este sentido resulta del equilibrio apropiado de las razones relevantes, y no difiere sustancialmente de la proporcionalidad (BARACK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Proporcionalidad*, ob. cit., p. 44).

Al respecto, v. también MAC CORMICK, «*On Reasonableness*», en PERELMAN, Chaim y VAN DER ELST, Raymond (eds.), *Les notions a contenu variable en droit*, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1985, p. 1105 ss; y ALEXY, Robert, «*The Reasonableness of Law*», en BONGIOVANNI/SARTOR/VALENTINI, *Reasonableness and Law*, ob. cit., p. 5 ss.

La idoneidad de un acto para contribuir a alcanzar un objetivo jurídicamente relevante presupone que tal objetivo exista y que éste pueda ser considerado como una razón que justifica el acto.²⁷⁴²

En la medida en que el acto sea idóneo o adecuado para alcanzar el fin, se dice entonces que es razonable.²⁷⁴³

109. Racionalidad y proporcionalidad.

En procesos en que el principio de proporcionalidad sirve de criterio metodológico de concreción normativa, como es el caso del sistema de control de constitucionalidad de las leyes o, según lo propuesto en el presente trabajo, en el control de abusividad de las cláusulas y condiciones de los contratos de consumo, los criterios de racionalidad, en especial los de coherencia y saturación, orientan a los jueces en la valoración de los argumentos o razones que justifican las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales, en el primer caso, o la imposición de cláusulas o condiciones que causan un desequilibrio del contrato en perjuicio del consumidor, en el caso del juicio de abusividad.²⁷⁴⁴

El criterio de saturación exige que sean considerados todos los argumentos de carácter normativo, empírico o analítico relevantes para decidir si la imposición de la cláusula o condición cumple los requisitos de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.²⁷⁴⁵

Los criterios de coherencia y no contradicción, a su vez, imponen al juez los precedentes estables en la práctica interpretativa y la utilización de las premisas analíticas, empíricas y normativas utilizadas en la decisión de casos iguales o sustancialmente iguales.²⁷⁴⁶

²⁷⁴² Esta es la posición que parece asumir la Corte Constitucional colombiana cuando, al referirse al requisito de razonabilidad que debe reunir la diferenciación legal, afirma que no basta con que se persiga una finalidad cualquiera: ha de ser una finalidad constitucionalmente admisible o, dicho con otras palabras, "razonable" (Sentencia C-530 de 1993).

²⁷⁴³ Al respecto, BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 875 ss; e *Id.*, *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad*, ob. cit., p. 71.

²⁷⁴⁴ La aplicación del principio de proporcionalidad presupone la intervención en un derecho, es decir, que lo afecte negativamente, bien sea anulando, aboliendo, restringiendo una norma o una posición que pueda ser adscrita *prima facie* a la disposición constitucional o legal que tipifica el derecho intervenido.

Al respecto, ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 53 ss; STÜNER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht*, ob. cit., p. 318; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁷⁴⁵ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁷⁴⁶ ob. cit., p. 1-38. Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la distinción entre razonabilidad y proporcionalidad radica en que su objeto es diferente: mientras el objeto de la razonabilidad es la finalidad de la diferenciación, la proporcionalidad se refiere a las consecuencias jurídicas de dicha diferenciación (SCC C-530 de 1993).

Al respecto, BERNAL, *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad*, ob. cit., p. 75; y MAC CORMICK, Neil, «Coherence in legal justification», en KRAWIETZ, Werner y otros (eds.), Berlín, Duncker und Humblot, 1984.

TÍTULO OCTAVO

LOS SUBPRINCIPIOS DE LA PROPORCIONALIDAD

110. Introducción.

Como hemos visto, el principio de proporcionalidad, como concepto jurídico y criterio de concreción normativa y de justificación de decisiones judiciales, alude a un conjunto articulado por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.²⁷⁴⁷

Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.²⁷⁴⁸

De acuerdo con el principio de necesidad, todo medio o medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, dentro de aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto.²⁷⁴⁹

Por último, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, o mandato de ponderación, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales, debe guardar una adecuada relación de proporcionalidad con la importancia del derecho intervenido, esto es, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental, deben compensar los sacrificios que ésta implica para su titular.²⁷⁵⁰

Si una medida de intervención en los derechos fundamentales incumple las exigencias de los anteriores subprincipios, vulnera el derecho fundamental intervenido y, por esta razón, debe ser declarada inconstitucional.²⁷⁵¹

²⁷⁴⁷ Al respecto, MICHAEL, *Die drei Argumentationsstrukturen der Verhältnismäßigkeit*, *ob. cit.*, p. 148-55; CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 113; y BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 35. Como hemos visto, la definición de los mencionados subprincipios de la proporcionalidad se debe sobre todo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*), y a la abundante doctrina alemana que se ha ocupado de este concepto.

²⁷⁴⁸ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 36.

²⁷⁴⁹ BERNAL, *ob. cit.*, p. 36.

²⁷⁵⁰ *ob. cit.*, p. 36.

²⁷⁵¹ *ob. cit.*, p. 36. Como concepto unitario, cuando los tribunales aplican el principio de proporcionalidad indagan primero si el acto que interviene el derecho fundamental persigue un propósito constitucionalmente legítimo y si es adecuado para alcanzarlo, o por lo menos para procurar su obtención.

Seguidamente los tribunales verifican si dicha intervención adopta el medio o la medida más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas medidas que por lo menos revisten la misma idoneidad para conseguir el objetivo propuesto.

Por último, los tribunales evalúan o sopesan si las ventajas que se pretende obtener con la intervención en el derecho fundamental compensan los sacrificios que se derivan para sus titulares afectados.

Al respecto, BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 36.

En lo que sigue, analizaremos la estructura y los requisitos de cada uno de los subprincipios de la proporcionalidad, y su especificidad en el marco del juicio de abusividad, es decir, no ya como criterio general para definir el grado de intervención legislativa en el contenido de los derechos fundamentales, sino como parámetro judicial para medir la suficiencia o plausibilidad de las razones o argumentos que puedan justificar el desequilibrio producido por el predisponente mediante la imposición de cláusulas o condiciones generales en los contratos de adhesión celebrados con consumidores.

CAPÍTULO XXII EL SUBPRINCIPIO DE IDONEIDAD

110.bis Concepto de idoneidad.

Según el subprincipio de idoneidad, toda afectación de los derechos garantizados por la prohibición de abuso a favor del consumidor o, lo que es lo mismo, toda cláusula o condición que produzca un desequilibrio contractual en perjuicio de éste, debe ser idónea o adecuada para alcanzar un fin legítimo.²⁷⁵²

110.bis.1. Requisitos del examen de idoneidad.

De acuerdo con la anterior definición, dos requisitos distintos exige el subprincipio de idoneidad a toda afectación de los derechos garantizados a favor del consumidor por la prohibición de abuso, las cuales son deducidas por el juez en dos etapas distintas del juicio de abusividad:²⁷⁵³

1º Por una parte, que la cláusula o condición que produce el desequilibrio en perjuicio del consumidor persiga un fin legítimo (examen de la legitimidad del fin perseguido por el predisponente); y

2º Que la cláusula o condición en examen sea un medio idóneo para procurar o facilitar la obtención de tal fin (examen de idoneidad en sentido estricto).²⁷⁵⁴

De acuerdo con lo anterior, la legitimidad del fin perseguido por el predisponente en los contratos de adhesión presupone lógicamente que el juez haya fijado previamente este último extremo. La fijación del fin inmediato perseguido por el predisponente constituye, en otras palabras, el presupuesto metodológico para la definición de su legitimidad.²⁷⁵⁵

Dicha fijación la obtiene el juez primeramente del texto mismo del contrato (interpretación teleológica objetiva), o de la voluntad de las partes deducida del análisis de los motivos implícitos o explícitos que llevaron a éstas a celebrarlo (interpretación teleológica subjetiva).²⁷⁵⁶

²⁷⁵² ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 91 ss; ID., "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, enero-abril, 2011, p.11-29; BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., 277 ss; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 686; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 26 ss; ID., *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por omisión y la insuficiencia por omisión o defecto*, ob. cit., p. 113-53; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁷⁵³ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 686; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁷⁵⁴ BERNAL, ob. cit., p. 686; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁷⁵⁵ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁷⁵⁶ La fijación de la finalidad inmediata en la etapa discursiva presupone la existencia de un desequilibrio contractual producido en perjuicio del consumidor por la cláusula o condición en examen, establecido previamente en la etapa declarativa del juicio de abusividad.

110.bis.2. Plan de exposición.

Antes de analizar la legitimidad del fin perseguido por el predisponente y de describir la estructura del examen de idoneidad, conviene precisar lo que debe entenderse por fin inmediato en el caso de la restricción de los derechos del consumidor garantizados por la prohibición de abuso.

Fijado el fin inmediato, corresponde seguidamente al juez definir si el mismo puede ser adscrito al ámbito de alguna norma del ordenamiento jurídico. La relación entre el fin inmediato y la norma jurídica que lo sustenta (fin mediato), es de índole adscriptiva y la deduce el juez a partir de premisas analíticas.²⁷⁵⁷

La comprobación de la aptitud de una cláusula o condición para facilitar la obtención del fin inmediato presupone, por su parte, definir de antemano el concepto de idoneidad.²⁷⁵⁸

Una cláusula o condición es un medio idóneo si entre ella y el fin inmediato existe una relación de causalidad positiva, de acuerdo con un criterio relevante para la realización de la finalidad perseguida por el predisponente (eficacia, rapidez, entre otros).²⁷⁵⁹

De esta manera, la relación de causalidad positiva constituye el elemento clave del concepto de idoneidad.

Si se establece que entre la cláusula o condición y el fin inmediato existe una relación de causalidad positiva, podrá entonces predicarse la idoneidad de aquel medio para procurar o facilitar la obtención del fin perseguido por el predisponente.²⁷⁶⁰

Dicha relación de causalidad positiva la reconstruye el juez a partir de premisas empíricas.²⁷⁶¹

Mediante el examen de idoneidad se busca establecer precisamente si dicha finalidad inmediata se adecua a los principios que le sirven de fundamento, por una parte, así como definir la aptitud de la cláusula o condición para alcanzar la finalidad perseguida por el predisponente (examen de idoneidad en sentido estricto), por la otra.

Al respecto, BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., 277 ss; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 686; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁷⁵⁷ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 686 ss.

²⁷⁵⁸ BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., 277 ss; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁷⁵⁹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁷⁶⁰ BERNAL, ob. cit., p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁷⁶¹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 686 ss.

Si de acuerdo con los conocimientos científicos o las convicciones sociales generalmente aceptadas, no puede establecerse una relación positiva de causalidad, deberá considerarse la falta de idoneidad de la cláusula o condición y declararse la abusividad de ésta por representar un caso claro de inidoneidad o impropiedad del medio.²⁷⁶²

111. La estructura del subprincipio de idoneidad.

111.1. La relación de causalidad positiva.

La base argumentativa del examen de idoneidad la constituye la existencia de una relación positiva de causalidad entre la cláusula o condición en examen (medio M) y el fin que con esta se propone alcanzar el predisponente.²⁷⁶³

De esta manera, la cláusula o condición en examen guarda una relación de causalidad positiva con el fin que se propone alcanzar el predisponente, si como medio conduce a un estado de cosas en el que la realización de tal fin se ve aumentada en relación con el estado de cosas que existía antes de la imposición de tal cláusula o condición.²⁷⁶⁴

Si ésta no existiera seguramente tampoco se produciría un aumento en la realización del fin perseguido por el predisponente.²⁷⁶⁵

Dicho de otra manera, la imposición de la cláusula o condición que produce un desequilibrio en perjuicio del consumidor (medio), probablemente determine un aumento en la realización del fin perseguido por el predisponente.²⁷⁶⁶

La relación de causalidad positiva representa el núcleo básico de la idoneidad de la cláusula o condición que afecta, en perjuicio del consumidor, el equilibrio del contrato.²⁷⁶⁷

Si tal cláusula o condición establece con el fin perseguido por el predisponente una relación positiva de causalidad, entonces tal cláusula o condición debe ser considerada como un medio idóneo, ya que la misma conduce a la realización del fin inmediato.²⁷⁶⁸

²⁷⁶² BERNAL, *ob. cit.*, p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas, ob. cit.*, p. 1-38.

²⁷⁶³ BERNAL, *ob. cit.*, p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁷⁶⁴ BERNAL, *ob. cit.*, p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁷⁶⁵ BERNAL, *ob. cit.*, p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁷⁶⁶ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁷⁶⁷ *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁷⁶⁸ BERNAL, *ob. cit.*, p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas, ob. cit.*, p. 1-38.

En conclusión, toda cláusula o condición que guarde una relación de causalidad positiva con el fin inmediato debe ser considerada idónea o *prima facie* legítima y someterse a los subsiguientes exámenes de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Por el contrario, toda cláusula o condición que no guarde ninguna relación positiva de causalidad con el fin perseguido por el predisponente, debe ser considerada como un medio inidóneo y declararse su nulidad como contenido del contrato.²⁷⁶⁹

La relación de causalidad positiva que define la idoneidad de la cláusula o condición en examen debe ser establecida por el juez a partir de premisas empíricas.

De los conocimientos proporcionados por la ciencia y la técnica o de las convicciones generalmente aceptadas en la sociedad, el juez toma los datos empíricos que le permiten comprobar si un determinado medio es idóneo para alcanzar el fin perseguido por el predisponente.²⁷⁷⁰

111.1.1. El fin inmediato perseguido por el predisponente.

La fijación del fin inmediato constituye el *príus* lógico del examen de idoneidad en sentido estricto. A su vez, la legitimidad legal o constitucional del fin inmediato presupone la definición previa de éste.²⁷⁷¹

La cláusula o condición que afecta el contenido de la prohibición de abuso debe perseguir un fin jurídicamente legítimo y debe ser un medio idóneo para alcanzar el fin perseguido por el predisponente, que de manera unilateral la impone en perjuicio del consumidor.²⁷⁷²

Por este motivo, debe distinguirse entre el fin propiamente dicho perseguido por el predisponente (fin inmediato) y el principio legal o constitucional que le sirve de fundamento (fin mediato).

Del mismo modo, se debe distinguir entre el fin inmediato y el medio que sirve a su realización.²⁷⁷³

El *test* que supone el subprincipio de idoneidad exige que el juez establezca tal fin inmediato de la manera más exacta y racional que le sea posible.

²⁷⁶⁹ BERNAL, *ob. cit.*, p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁷⁷⁰ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 686 ss.

²⁷⁷¹ BARAK, *Proporcionalidad*, *ob. cit.*, 277 ss; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁷⁷² BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁷⁷³ BERNAL, *ob. cit.*, p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

En el caso de una cláusula o condición que produce un desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor, su fin inmediato será un estado de cosas cuya consecución hace parte de la realización de un principio legal o constitucional que le sirve de fundamento.²⁷⁷⁴

El fin mediato, por su parte, será siempre el principio legal o constitucional (un derecho o un bien colectivo o jurídico) que fundamenta la afectación, por parte del predisponente, de la prohibición de abuso.²⁷⁷⁵

El primer extremo lo deduce el juez mediante la adscripción del fin inmediato al ámbito normativo del principio legal o constitucional que le sirve de fundamento.

En cuanto fin inmediato, una intervención en la prohibición de abuso o una restricción en los derechos que esta norma garantiza en favor del consumidor es jurídicamente legítima en tanto no exista una norma legal o constitucional que de manera explícita o implícita la prohíba.²⁷⁷⁶

Por su parte, la relación objetiva de causalidad entre la cláusula o condición que produce el desequilibrio contractual (medio) y su idoneidad para lograr la consecución del fin inmediato perseguido por el predisponente, la deduce el juez a partir de premisas puramente empíricas.²⁷⁷⁷

111.1.2. La legitimidad jurídica del fin.

El fin que fundamenta la afectación de la prohibición de abuso será jurídicamente legítimo si no se encuentra prohibido explícita o implícitamente por la ley o la Constitución.²⁷⁷⁸

Dicha afectación podrá estar fundamentada, bien en un principio constitucional que garantice un derecho o un bien colectivo o jurídico, o bien en una finalidad estimada como deseable por el propio legislador dentro del marco de su libertad legislativa, siempre que la misma no esté explícita o implícitamente prohibida por la Constitución.²⁷⁷⁹

²⁷⁷⁴ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁷⁷⁵ BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., 277 ss; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁷⁷⁶ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁷⁷⁷ BERNAL, ob. cit., p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁷⁷⁸ BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., 277 ss; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁷⁷⁹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 686 ss.

De esta manera, cuando el juez necesite establecer la legitimidad del fin que persigue el predisponente al imponer la cláusula o condición que afecta el contenido de la prohibición de abuso, deberá indagar primeramente si dicho fin se halla prohibido de manera explícita o implícita por la Constitución o la ley.

Las prohibiciones explícitas se deducen de manera directa del texto de estas; en tanto que las prohibiciones implícitas son deducidas por el juez mediante interpretación.²⁷⁸⁰

111.1.3. Tipos de fines que fundamentan las intervenciones del predisponente en el contenido de la prohibición de abuso y en los derechos que esta norma garantiza a favor del consumidor.

Una noción lata de fin mediato hace posible que un amplio espectro de fines perseguidos por el predisponente puedan ser considerados como razones normativas que fundamentan legítimamente la intervención de éste en el contenido de la prohibición de abuso.²⁷⁸¹

En este sentido, todo principio constitucional o legal –derecho o bien colectivo o jurídico-, sobre cuyo contenido no recaiga una prohibición explícita o implícita, puede fundamentar legítimamente cualquier intervención en los derechos que tal norma garantiza en favor del consumidor.²⁷⁸²

111.1.4. La determinación del fin inmediato perseguido por el predisponente.

La determinación del fin inmediato perseguido por el predisponente constituye el primer aspecto práctico del juicio de idoneidad.²⁷⁸³

²⁷⁸⁰ Esta concepción negativa de la legitimidad constitucional o legal de los fines del predisponente se fundamenta en la libertad contractual de éste y su facultad para definir el contenido del contrato. Por lo mismo, la interpretación que efectúe el juez para determinar la legitimidad constitucional o legal de tales fines tiene carácter restrictivo.

Sólo los casos claros de prohibición constitucional o legal de los fines del predisponente avalan la declaratoria de nulidad de la cláusula o condición que interviene el contenido de la prohibición de abuso y de los derechos que esta norma garantiza en favor del consumidor. En los casos dudosos, por el contrario, debe considerarse prima facie legítimo el fin perseguido por el legislador.

Al respecto, BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁷⁸¹ BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., 277 ss; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁷⁸² Desde el punto de vista de su jerarquía normativa, los derechos fundamentales, los demás principios constitucionales y los llamados principios constitucionales de segundo grado (bien sea que estos se deriven de una reserva legal específica o de una reserva general de intervención legislativa en los derechos fundamentales), pueden fundamentar legítimamente una intervención en el contenido de la prohibición de abuso.

Por esta razón, cuando la realización de otro principio constitucional o legal respalde la intervención en la prohibición de abuso, se traba una auténtica colisión entre principios que puede revestir muy diversas formas.

Al respecto, BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁷⁸³ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

Dicha determinación no sólo condiciona el análisis de la legitimidad de tal fin, sino también el ulterior análisis de idoneidad de la cláusula o condición contractual que pretende realizarlo.²⁷⁸⁴

La determinación del fin inmediato supone una labor eminentemente interpretativa por parte del juez a partir de premisas normativas: bien del texto de la ley o de la Constitución, bien del texto del contrato (interpretación teleológica objetiva), bien de la exposición de motivos manifestada por las partes o de los trabajos o documentos precontractuales (interpretación teleológica subjetiva).²⁷⁸⁵

111.1.5. Fines generales y concretos.

La precisión con que el juez practique o efectúe el examen de idoneidad dependerá a su vez del grado de concreción con que se determine el fin inmediato perseguido por el predisponente, pues cuanto más general sea la determinación de dicho fin, mayor será el número de medidas que revistan una idoneidad aparente para fomentarlo y menor será la racionalidad y la precisión con las cuales el juez aplique el subprincipio de idoneidad.²⁷⁸⁶

Un fin inmediato general tiene la capacidad de fundamentar una multiplicidad de medios que hipotéticamente puedan fomentar su obtención, razón que exige que el fin legislativo inmediato deba determinarse de la manera más específica posible, de acuerdo con las circunstancias jurídicas y fácticas relevantes en cada caso concreto.²⁷⁸⁷

Los criterios de claridad y saturación imponen al juez el deber de diferenciar claramente entre la cláusula y condición que produce en perjuicio del consumidor un desequilibrio contractual (medio), su finalidad concreta (fin inmediato perseguido

²⁷⁸⁴ *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁷⁸⁵ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁷⁸⁶ BARAK, *Proporcionalidad*, *ob. cit.*, 277 ss; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁷⁸⁷ Por esta razón el juez debe determinar el fin inmediato con la máxima concreción posible. Cuanto más general sea la concreción del fin inmediato, mayor será el número de medidas utilizadas por el predisponente que revistan una idoneidad aparente para fomentarlo y menor será el grado de racionalidad y la precisión con que el juez podrá aplicar el subprincipio de idoneidad.

Un fin inmediato muy general tiene la capacidad de fundamentar una multiplicidad de medidas que hipotéticamente pueden favorecer su obtención. Sin embargo, la relación de idoneidad entre cualquiera de estos medios y un fin inmediato muy general no podrá ser reconstruida con precisión por parte del juez. Para los efectos del examen de idoneidad, el fin inmediato debe reconstruirse, pues, de la manera más concreta posible, de acuerdo con las circunstancias jurídicas y fácticas de cada caso específico.

Al respecto, BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

por el predisponente) y el principio legal o constitucional al que esta finalidad pueda adscribirse (fin mediato).²⁷⁸⁸

El nexo entre un medio y un fin se constituye casi siempre como una cadena de diversos grados, cuya relación debe ser reconstruida analíticamente por el juez de modo que se distingan claramente cada uno de sus elementos y no se confunda el medio con su fin inmediato, ni éste con el fin mediato.²⁷⁸⁹

De esta forma, en la primera fase del examen de idoneidad, no sólo se debe verificar que el fin mediato sea legal y constitucionalmente legítimo, sino que a su ámbito normativo pueda adscribirse interpretativamente el fin inmediato perseguido por el predisponente.²⁷⁹⁰

A su vez, en la segunda fase del juicio de idoneidad, el juez debe verificar la idoneidad del medio para contribuir a la obtención de su fin inmediato.²⁷⁹¹

El nexo entre el medio utilizado por el predisponente (la cláusula o condición cuya abusividad es objeto de examen) y su fin inmediato es un juicio fáctico; en tanto que la relación entre el fin inmediato y el principio que le sirve de sustento es una relación analítica que se establece interpretativamente mediante la adscripción del primero en el ámbito normativo del segundo.²⁷⁹²

111.1.6. Fines principales y secundarios.

Puede suceder también que la intervención en los derechos garantizados por la prohibición de abuso persiga diversos fines que no estén en una relación de generalidad y especialidad, sino independientes entre sí.²⁷⁹³

Se trata de la hipótesis en que el predisponente persigue con la imposición de la cláusula en examen un fin principal y uno o varios fines secundarios.

En estos casos, el juez debe determinar cada uno de los fines principales y secundarios y examinar por separado la legitimidad constitucional o legal de cada

²⁷⁸⁸ BERNAL, *ob. cit.*, p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁷⁸⁹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 686 ss.

²⁷⁹⁰ BERNAL, *ob. cit.*, p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁷⁹¹ BERNAL, *ob. cit.*, p. 686 ss.

²⁷⁹² BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁷⁹³ BERNAL, *ob. cit.*, p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

uno de ellos y la idoneidad que revista la cláusula o condición en examen para fomentarlos.²⁷⁹⁴

111.2. El examen de idoneidad en sentido estricto.

Fijado el fin inmediato perseguido por el predisponente y definida su legitimidad constitucional o legal, debe el juez examinar si la cláusula o condición en examen (medio) es idónea o adecuada para alcanzar el fin que ésta persigue.²⁷⁹⁵

Antes de analizar la estructura del examen de idoneidad en sentido estricto, será necesario una definición previa del concepto mismo de idoneidad.

111.2.1. La idoneidad del medio.

Una cláusula o condición es un medio inidóneo o inapropiado cuando de ningún modo contribuye o facilita la obtención del fin inmediato perseguido por el predisponente.²⁷⁹⁶

En otros términos, una cláusula o condición que, impuesta unilateralmente por el predisponente, produzca en perjuicio del consumidor un desequilibrio contractual, o que constituya una intervención en los derechos de éste garantizados por la prohibición de abuso, no es un medio idóneo cuando entre aquélla y el fin inmediato no existe ninguna relación positiva de causalidad.²⁷⁹⁷

Cuando el juez establezca que la cláusula o condición en examen de ningún modo contribuye a la realización del fin inmediato perseguido por el predisponente, deberá declarar su nulidad como quiera que se trata de un caso claro de inidoneidad o impropiiedad del medio.

Por el contrario, el concepto de idoneidad se refiere siempre a la aptitud del medio para, de alguna forma, alcanzar el fin inmediato perseguido por el predisponente.²⁷⁹⁸

²⁷⁹⁴ Para determinar el objetivo inmediato perseguido por el predisponente, el juez debe precisar el estado actual, o por lo menos el existente al momento de la celebración del contrato, en el que se encuentra la realización del principio constitucional o legal relevante (punto de partida de la acción del predisponente) y, mediante un pronóstico, establecer la diferencia entre el estado actual y el estado de cosas que la actuación desea alcanzar.

El fin inmediato perseguido por el predisponente no puede coincidir con el estado actual de cosas, así como el paso desde el estado actual al estado de cosas que se persigue, debe ser posible tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico. La determinación del fin inmediato puede originar problemas relacionados con la generalidad o concreción del fin relevante en el caso concreto, o en relación con la existencia de una multiplicidad de fines inmediatos relevantes.

Al respecto, BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 686 ss; y CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 28.

²⁷⁹⁵ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁷⁹⁶ BERNAL, ob. cit., p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁷⁹⁷ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁷⁹⁸ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

111.2.2. El grado de idoneidad del medio.

La idoneidad presupone siempre una relación positiva de causalidad entre el medio y el fin que el predisponente se propone alcanzar con la imposición de la cláusula o condición en examen.

No obstante, esa relación de causalidad positiva puede tener un mayor o menor grado de intensidad, según el criterio desde el cual se le observe.²⁷⁹⁹

Así, desde el punto de vista de la eficacia, el medio puede ser más o menos eficaz para la obtención del fin perseguido por el predisponente.

Del mismo modo, desde el punto de vista de su rapidez, el medio puede contribuir con una mayor o menor rapidez a la obtención de su objetivo.

Por esta razón, existe tanto una versión fuerte como una versión débil del concepto de idoneidad.²⁸⁰⁰

La opción por cada una de estas versiones es indicativa de la posición que se tenga sobre la intensidad con que el juez debe efectuar el examen de idoneidad.²⁸⁰¹

De acuerdo con la versión fuerte, la cláusula o condición en examen será un medio idóneo y, como tal, válido, si con un mayor grado de eficacia, rapidez o cualquier otro criterio, contribuye e incluso asegure la obtención del fin inmediato perseguido por el predisponente.²⁸⁰²

De acuerdo con la versión débil, la cláusula o condición en examen será un medio idóneo si respecto del fin inmediato guarda una relación positiva de causalidad de cualquier tipo, es decir, cuando sencillamente dicha cláusula contribuya o facilite de algún modo la realización del fin inmediato: con cualquier grado de eficacia, rapidez o cualquier otro criterio.²⁸⁰³

²⁷⁹⁹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 686 ss.

²⁸⁰⁰ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸⁰¹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 686 ss.

²⁸⁰² *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸⁰³ Ahora bien, entre la versión fuerte y la versión débil existe todo un espectro de versiones intermedias según se requiera de la cláusula o condición en examen un cumplimiento mayor o menor de las exigencias relativas a cada uno de los anteriores criterios.

Al respecto, BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 686 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38

CAPÍTULO XXIII EL SUBPRINCIPIO DE NECESIDAD

112. Concepto y requisitos.²⁸⁰⁴

Establecida, según lo visto, la idoneidad de la cláusula o condición en examen para contribuir o facilitar la obtención del fin inmediato, seguidamente corresponde al juez definir si tal medio es también necesario o imprescindible.

La cláusula o condición en examen será necesaria o imprescindible siempre que no exista otro medio alternativo que, siendo por lo menos igualmente idóneo para contribuir o facilitar la obtención del fin perseguido por el predisponente, sea menos restrictivo de los derechos garantizados al consumidor por la prohibición de abuso.²⁸⁰⁵

112.1. Requisitos.

El examen de necesidad presupone entonces una comparación de dos tipos de medios (uno real y otro hipotético), con dos objetivos claramente diferenciables:²⁸⁰⁶

1º Establecer si el medio alternativo hipotético reviste por lo menos el mismo grado de idoneidad que la cláusula o condición en examen (medio real que efectivamente interviene en los derechos del consumidor), para contribuir o facilitar la obtención del fin perseguido por el predisponente;

2º Definir si la intensidad de la afectación del medio alternativo sobre los derechos del consumidor es mayor o menor que la producida efectivamente por la cláusula o condición que genera el desequilibrio del contrato.²⁸⁰⁷

En la primera etapa del juicio de necesidad el juez busca establecer la existencia de un medio alternativo equivalente; en la segunda, establece la existencia de un medio alternativo más benigno o menos restrictivo de los derechos que la prohibición de abuso garantiza a favor de los consumidores.²⁸⁰⁸

En la medida en que haya un medio alternativo que reúna ambas cualidades, la cláusula o condición en examen deberá ser considerada como innecesaria o

²⁸⁰⁴ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 91 ss; ID., "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, enero-abril, 2011, p.11-29; BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., 351 ss; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 74 ss; ID., *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por omisión y la insuficiencia por omisión o defecto*, ob. cit., p. 113-53; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸⁰⁵ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸⁰⁶ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸⁰⁷ BERNAL, ob. cit., p. 734; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁸⁰⁸ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

prescindible y, por esta razón, abusiva, así como declararse su nulidad y consecencial exclusión como contenido del contrato.²⁸⁰⁹

113. La estructura del examen de necesidad.²⁸¹⁰

La aplicación del subprincipio de necesidad presupone la existencia de medios alternativos al medio empleado por el predisponente (la cláusula o condición en examen), frente al cual se pueda medir su idoneidad y el grado de afectación de los derechos que la prohibición de abuso garantiza a favor de los consumidores.²⁸¹¹

El examen de necesidad básicamente consiste en una comparación entre medios, a diferencia del examen de idoneidad en el que se comprueba la relación de causalidad positiva entre la cláusula o condición que produce el desequilibrio del contrato (medio) y el fin inmediato que persigue el empresario o profesional predisponente.²⁸¹²

Ahora bien, como los medios alternativos pueden ser múltiples, a efectos del examen de necesidad, el juez deberá seleccionar aquellos que de alguna manera sean idóneos para contribuir o facilitar la obtención del fin, según los conocimientos técnicos y científicos existentes en el momento de la celebración del contrato.²⁸¹³

El fin inmediato perseguido o buscado por el predisponente, fijado previamente durante el examen de idoneidad, será entonces el principal criterio para definir, no sólo la relevancia, sino también la idoneidad de los medios alternativos.²⁸¹⁴

114. Idoneidad de los medios alternativos.²⁸¹⁵

Definido el catálogo de los medios alternativos con fundamento en el fin o propósito perseguido por el predisponente, el juez deberá comparar la idoneidad de tales

²⁸⁰⁹ *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁸¹⁰ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 91 ss; *ID.*, "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, enero-abril, 2011, p.11-29; BARAK, *Proporcionalidad*, *ob. cit.*, 351 ss; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 734; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, *ob. cit.*, p. 74 ss; *ID.*, *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por omisión y la insuficiencia por omisión o defecto*, *ob. cit.*, p. 113-53; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁸¹¹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 734; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, *ob. cit.*, p. 74 ss; *ID.*, *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por omisión y la insuficiencia por omisión o defecto*, *ob. cit.*, p. 113-53; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁸¹² CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁸¹³ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 734; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁸¹⁴ BERNAL, *ob. cit.*, p. 734; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁸¹⁵ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 734; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, *ob. cit.*, p. 74 ss; *ID.*, *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por omisión y la insuficiencia por omisión o defecto*, *ob. cit.*, p. 113-53; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

medios frente a la cláusula o condición que produce el desequilibrio del contrato (medio real).²⁸¹⁶

De acuerdo con la definición del subprincipio de necesidad, la idoneidad de aquéllos debe ser por lo menos equivalente a la idoneidad del medio real para contribuir o facilitar la obtención del fin inmediato.²⁸¹⁷

En el examen de idoneidad de los medios alternativos no sólo se trata de establecer la aptitud de tales medios para contribuir o facilitar de alguna manera la obtención del fin inmediato, sino también si tal idoneidad posee una intensidad equivalente a la del medio real efectivamente empleado por el predisponente respecto de los derechos del consumidor garantizados por la prohibición de abuso.²⁸¹⁸

114.1. Criterios de equivalencia de los medios alternativos.²⁸¹⁹

La intensidad por lo menos equivalente de los medios alternativos la mide el juez con apego a los criterios de cantidad- el medio alternativo debe favorecer la obtención del objetivo perseguido por lo menos en la misma cantidad en que lo hace la cláusula o condición en examen-, calidad –de modo igual o mejor-, o de probabilidad- con la misma o mayor probabilidad-

O también con apego a los criterios de eficacia- que el medio alternativo contribuya o facilite la obtención del fin o propósito con el mismo o con un mayor grado de eficacia o efectividad-, o eficiencia – que el medio alternativo sea igual o más eficiente o expeditivo en la obtención del fin, entre otros.²⁸²⁰

La exigencia de que la idoneidad de los medios alternativos revista una intensidad por lo menos equivalente a la del medio efectivamente adoptado en la cláusula o condición en examen, se deriva del respeto a la libertad o autonomía del predisponente, no sólo para fijar e imponer unilateralmente el contenido de los contratos de adhesión, sino también para fijar los objetivos de su acción contractual en el marco de la Constitución y la ley y seleccionar los medios que considere idóneos y oportunos para lograr la consecución de tales fines.²⁸²¹

²⁸¹⁶ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸¹⁷ BERNAL, ob. cit., p. 734; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁸¹⁸ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸¹⁹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 74 ss; ID., *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por omisión y la insuficiencia por omisión o defecto*, ob. cit., p. 113-53; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸²⁰ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸²¹ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

114.2. El carácter empírico de la idoneidad de los medios alternativos.²⁸²²

Por último, el examen de idoneidad de los medios alternativos reviste el mismo carácter empírico que reviste el examen de idoneidad de la cláusula o condición en examen o medio real.²⁸²³

Como fue visto, en esta primera etapa del examen de necesidad se trata de establecer si, de acuerdo con los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la celebración del contrato, un medio hipotético alternativo sería idóneo para contribuir o facilitar la obtención del fin o propósito perseguido por el predisponente, así como si dicha idoneidad es por lo menos equivalente a la de la cláusula o condición en examen según los criterios de eficacia, eficiencia o probabilidad.²⁸²⁴

Ahora bien, la mayor idoneidad de un medio alternativo no es suficiente por sí mismo para declarar la prescindibilidad de la cláusula o condición en examen ni la abusividad de ésta. Para tal efecto es necesario, como veremos enseguida, que el medio alternativo no represente, o represente una afectación menos lesiva de los derechos del consumidor garantizados por la prohibición de abuso.²⁸²⁵

115. El medio alternativo más benigno.²⁸²⁶

El medio alternativo, en efecto, además de ser por lo menos igualmente idóneo al medio real, debe revestir una afectación menos intensa de los derechos garantizados a favor del consumidor por la prohibición de abuso.

En otros términos, si mediante el examen de necesidad, el juez establece la existencia de un medio equivalente más favorable o benigno de tales derechos, deberá prescindir de la cláusula o condición en examen y declarar la abusividad de la misma.²⁸²⁷

La cláusula o condición que produce un desequilibrio en el contrato es innecesaria o prescindible, si alguno de los medios alternativos que por lo menos reviste una idoneidad equivalente para contribuir o facilitar la obtención del fin inmediato, afecta de una manera más favorable o benigna los derechos del consumidor.²⁸²⁸

²⁸²² BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734.

²⁸²³ BERNAL, ob. cit., p. 734; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸²⁴ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁸²⁵ ob. cit., p. 1-38.

²⁸²⁶ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 74 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸²⁷ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁸²⁸ ob. cit., p. 1-38.

En esta segunda fase, el juez compara el medio real que representa la cláusula o condición en examen con los medios alternativos equivalentes que hayan superado la primera etapa del juicio de necesidad.²⁸²⁹

El objeto de esta comparación consiste en establecer, o bien que alguno de los medios equivalentes no afecta negativamente los derechos del consumidor, o bien que los afecta con una intensidad menor en relación al grado o intensidad con que lo hace el predisponente a través de la cláusula o condición en examen.²⁸³⁰

Como más adelante veremos, dicha comparación presupone definir previamente lo que debe entenderse por afectación de los derechos del consumidor, la forma que asume dicha afectación y si tales derechos son susceptibles de una afectación más o menos intensa o gradual.

115.1. Presupuestos de la intensidad de afectación de los derechos del consumidor.²⁸³¹

Definir la intensidad con que los medios alternativos pueden afectar los derechos del consumidor, presupone:²⁸³²

1º Establecer la posición o el derecho concreto del consumidor como contenido material afectado por la cláusula o condición en examen;²⁸³³

2º La relación de causalidad negativa entre los medios alternativos y la afectación de la posición concreta del consumidor.

En otros términos, el juez deberá establecer si los medios alternativos tendrían la capacidad hipotética para suprimir o eliminar jurídicamente la posición concreta del consumidor, o bien la capacidad para dificultar o impedir el ejercicio de las acciones o el *status* de las propiedades o situaciones pertenecientes al mismo;²⁸³⁴ y

3º Establecer, finalmente, que la intensidad de afectación hipotética es por lo menos equivalente a la intensidad de afectación real efectivamente operada en la posición

²⁸²⁹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸³⁰ BERNAL, ob. cit., p. 734; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁸³¹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 74 ss; *Id.*, *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por omisión y la insuficiencia por omisión o defecto*, ob. cit., p. 113-53; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸³² BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸³³ BERNAL, ob. cit., p. 734; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁸³⁴ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

concreta del consumidor a través de la cláusula o condición en examen (examen de necesidad en sentido estricto).²⁸³⁵

1º El primer aspecto lo establece el juez mediante premisas analíticas o normativas. La posición o el derecho concreto del consumidor lo deduce el juez mediante la interpretación de las normas constitucionales o legales que lo garantizan.

2º Por su parte, la relación de causalidad negativa entre los medios alternativos y la afectación de la posición concreta del consumidor, se reconstruye básicamente a partir de premisas empíricas.

3º Por último, la comparación entre la intensidad hipotética y la intensidad real de afectación (examen de necesidad en sentido estricto) la realiza el juez a partir de premisas tanto empíricas como normativas.²⁸³⁶

En resumen, como quedó dicho, el objeto del examen de necesidad en sentido estricto es comprobar la existencia de un medio alternativo más benigno con la posición concreta del consumidor afectada por la cláusula o condición en examen.²⁸³⁷

Dicha comprobación la efectúa el juez mediante la comparación de la intensidad de afectación hipotética de los medios alternativos sobre la posición concreta del consumidor, por una parte, y la intensidad real de afectación de la cláusula o condición sobre dicha posición, por la otra.

La medición del grado de afectación presupone, como veremos en seguida, que el juez establezca la posibilidad de afectación, por parte de los medios alternativos, de la posición concreta del consumidor.²⁸³⁸

116. Los resultados del examen de necesidad.²⁸³⁹

El examen de necesidad puede conducir a cualquiera de los siguientes resultados:²⁸⁴⁰

²⁸³⁵ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸³⁶ BERNAL, ob. cit., p. 734; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁸³⁷ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p.

²⁸³⁸ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁸³⁹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 74 ss; *Id.*, *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por omisión y la insuficiencia por omisión o defecto*, ob. cit., p. 113-53; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸⁴⁰ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

1º Que el medio alternativo represente una afectación más leve de la posición concreta del consumidor (medio alternativo más benigno, $Mh < Mr$);

2º Que el medio alternativo represente una afectación equivalente a la que sobre la posición concreta del consumidor representa la cláusula o condición en examen (medio alternativo equivalente, $Mh = Mr$); y

3º Que el medio alternativo represente una afectación de la posición concreta del consumidor mayor que la que realmente produce la cláusula o condición en examen (medio alternativo más restrictivo, $Mh > Mr$).²⁸⁴¹

El deber de interpretación restrictiva, que la autonomía del predisponente impone al juez durante el examen de necesidad, supone que éste deba considerar imprescindible o necesario a la cláusula o condición en examen (Mr), y someter a la misma, en consecuencia, al subsiguiente examen de proporcionalidad en sentido estricto, tanto en el caso de un medio alternativo equivalente (2), como en el caso de un medio alternativo más restrictivo o gravoso (3).²⁸⁴²

Por el contrario, sólo en el caso de un medio alternativo más benigno (1), podrá el juez considerar prescindible o innecesario y, por tanto, abusiva, la cláusula o condición en examen (Mr), declarar la nulidad de la misma y excluirla del contenido del contrato.²⁸⁴³

116.1. La relación negativa de causalidad como posibilidad de afectación del derecho del consumidor.²⁸⁴⁴

Si se trata de medir el grado de afectación hipotético del medio alternativo (Mh) mediante su comparación con el grado de afectación producido por la cláusula o condición en examen (Mr), el juez deberá establecer previamente la idoneidad del medio alternativo (Mh) para afectar la posición concreta del consumidor.²⁸⁴⁵

Por de pronto, esto significa dos cosas:

1º En primer lugar, que establecer la idoneidad del medio alternativo para afectar la posición concreta del consumidor, equivale a establecer una relación de causalidad negativa entre dicho medio y la afectación de ese mismo derecho.

²⁸⁴¹ BERNAL, *ob. cit.*, p. 734; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁸⁴² CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁸⁴³ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁸⁴⁴ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 734 ss; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, *ob. cit.*, p. 74 ss; *Id.*, *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por omisión y la insuficiencia por omisión o defecto*, *ob. cit.*, p. 113-53; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁸⁴⁵ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 734 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

Un medio alternativo es apto para afectar un derecho o una posición concreta de consumo si entre dicho medio y tal afectación puede establecerse una relación negativa de causalidad.

Un medio alternativo afecta una posición concreta del consumidor cuando la existencia de dicha afectación es imputable de forma directa a la utilización de tal medio por parte del predisponente.

En otras palabras, si el predisponente hubiera adoptado una medida que contuviera el medio alternativo, probablemente también se hubiera producido la afectación de la posición concreta del consumidor.²⁸⁴⁶

2º En segundo lugar, la posibilidad o imposibilidad de establecer la relación negativa de causalidad es indicativa de la posibilidad o imposibilidad de afectación del derecho o posición concreta del consumidor y, como tal, puede ser utilizada por el juez como criterio relevante en la confección del catálogo de medios alternativos más benignos.²⁸⁴⁷

En este sentido, un medio que, aunque idóneo para alcanzar el fin perseguido por el predisponente, no pueda afectar la posición concreta del consumidor, carece de relevancia para ser considerado en el juicio de necesidad.²⁸⁴⁸

116.2. El grado de afectación hipotético del derecho del consumidor.²⁸⁴⁹

Establecida la idoneidad del medio alternativo para afectar la posición concreta del consumidor, se ha de establecer luego el grado o la intensidad de dicha afectación.²⁸⁵⁰

En la medida en que se establezca el grado de afectación hipotético podrá éste compararse con el grado de afectación real y saberse si existe o no un medio alternativo más benigno con el derecho del consumidor.²⁸⁵¹

²⁸⁴⁶ BERNAL, *ob. cit.*, p. 734 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁸⁴⁷ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁸⁴⁸ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38. Este caso se diferencia claramente del supuesto de un medio alternativo que, siendo idóneo para obtener el fin inmediato, su realización resulta imposible por razones técnicas o financieras. El medio alternativo reviste una idoneidad igual o superior al medio utilizado por el predisponente, pero no puede implementarse por imposibilidad técnica o porque su adopción podría implicar costes exorbitantes.

Sobre tales casos, v. BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 741-2, para quien el medio alternativo, en estos eventos, no debe ser tenido en cuenta en el examen de necesidad.

²⁸⁴⁹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 734 ss; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, *ob. cit.*, p. 74 ss; *Id.*, *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por omisión y la insuficiencia por omisión o defecto*, *ob. cit.*, p. 113-53; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁸⁵⁰ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 734 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁸⁵¹ BERNAL, *ob. cit.*, p. 734 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

Tanto el grado de afectación hipotético como el grado de afectación real lo establece el juez con base en los mismos criterios utilizados para definir la idoneidad del medio para alcanzar el fin perseguido por el predisponente.²⁸⁵²

De esta manera, de acuerdo con el criterio de eficacia, el medio alternativo podrá ser más o menos eficaz para afectar la posición concreta del consumidor. Del mismo modo, de acuerdo con el criterio de eficiencia, el medio alternativo podrá ser más o menos eficiente o expeditivo para afectar dicha posición.²⁸⁵³

No obstante, puede suceder que un medio alternativo sea un medio más benigno respecto del criterio de la eficacia, pero no respecto del criterio de la eficiencia; o, por el contrario, que lo sea respecto de este último, pero no respecto de los criterios de eficacia y probabilidad, u otros.²⁸⁵⁴

Aquí surge la cuestión de saber si, para considerar como prescindible o innecesario a la cláusula o condición en examen y declarar, en consecuencia, su abusividad, basta con que el medio alternativo más benigno lo sea desde cualquiera de las anteriores perspectivas o, por el contrario, desde el punto de vista de todas o por lo menos de la mayoría de las mismas.²⁸⁵⁵

Como fue visto, el principio de la autonomía y libertad del predisponente para la fijación de fines y la selección de los medios para lograrlos, fundamenta una interpretación restrictiva del medio alternativo más benigno.

De acuerdo con esto, sólo en los casos en que sea claramente evidente la benignidad de un medio alternativo, según todos los criterios relevantes, o por lo menos de la mayoría de ellos, podrá el juez considerar como innecesario o prescindible la cláusula o condición en examen y declarar la abusividad de la misma y su exclusión como contenido del contrato.

De esta manera, un medio alternativo será un medio más benigno si, desde todas las perspectivas relevantes, o por lo menos desde la mayoría de ellas, afecta en menor grado la posición concreta del consumidor.²⁸⁵⁶

En caso de que exista un medio alternativo que, desde el punto de vista de su eficacia, su eficiencia o cualquier otra perspectiva relevante, afecte negativamente

²⁸⁵² BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734 ss.

²⁸⁵³ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸⁵⁴ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734 ss.

²⁸⁵⁵ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸⁵⁶ BERNAL, ob. cit., p. 734 ss; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

a menos aspectos del derecho del consumidor, el juez deberá considerar como innecesaria la cláusula o condición en examen, declarar la abusividad de la misma y su exclusión como contenido del contrato.²⁸⁵⁷

116.2.1. Los casos fáciles y difíciles de benignidad del medio alternativo respecto de la posición concreta del consumidor.²⁸⁵⁸

La interpretación restrictiva que fundamenta la autonomía y libertad del predisponente, presupone que el juez deba considerar como prescindible o innecesario la cláusula o condición en examen, y la consecuencial abusividad de la misma, únicamente en los llamados “casos claros” de un medio alternativo más benigno.²⁸⁵⁹

En relación con la prohibición de abuso y los derechos que este principio garantiza a favor de los consumidores, son casos claros de un medio alternativo más benigno los siguientes:²⁸⁶⁰

1º Cuando sea evidente que el medio alternativo, desde todas las perspectivas relevantes, o por lo menos de la mayoría de ellas (eficacia, eficiencia, probabilidad, entre otros), afecte en menor grado la posición concreta del consumidor o menos aspectos relativos a la misma.

En este supuesto, la cláusula o condición en examen es manifiestamente innecesario y el juez deberá declarar su abusividad y su exclusión como contenido del contrato;²⁸⁶¹

2º Cuando sea evidente que el medio alternativo, desde todas las perspectivas relevantes, o por lo menos de la mayoría de ellas, no sea favorable a la posición concreta del consumidor, o a la mayoría de aspectos relativas a la misma.

En este caso, la cláusula o condición en examen es manifiestamente imprescindible o necesaria y el juez deberá someterla al subsiguiente examen de proporcionalidad en sentido estricto;²⁸⁶²

²⁸⁵⁷ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 744 y 748-9. v. también, CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸⁵⁸ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734 ss; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 74 ss; ID., *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por omisión y la insuficiencia por omisión o defecto*, ob. cit., p. 113-53; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸⁵⁹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸⁶⁰ BERNAL, ob. cit., p. 734 ss; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁸⁶¹ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸⁶² CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

3º Entre ambos extremos, se ubican los llamados “casos difíciles” del examen del medio alternativo más benigno.

Ellos representan todo un espectro de situaciones intermedias como las siguientes:²⁸⁶³

3.1. Los medios alternativos con un grado de afectación equivalente a la de la cláusula o condición impuesta por el predisponente;

3.2. Los medios alternativos más benignos con la situación concreta del consumidor en relación a alguna o al menor número de las perspectivas relevantes.²⁸⁶⁴

En todos los casos difíciles del examen del medio alternativo más benigno, el juez deberá también considerar necesario o imprescindible la cláusula o condición en examen y someterla al subsiguiente examen de proporcionalidad en sentido estricto.²⁸⁶⁵

117. Perspectiva del examen de necesidad.²⁸⁶⁶

Con fundamento en la autonomía y libertad del predisponente para configurar e imponer el contenido del contrato, el examen de necesidad debe efectuarse desde una perspectiva *ex ante*.²⁸⁶⁷

Esto significa que la cláusula o condición en examen (medio real), sólo podrá ser considerado innecesaria si, dados los conocimientos existentes en la época de la celebración del contrato, el predisponente contaba o razonablemente podía contar con un medio alternativo igualmente idóneo y más benigno con los derechos garantizados a favor del consumidor por la prohibición de abuso.²⁸⁶⁸

El juez deberá tener en cuenta dicha perspectiva al momento de seleccionar el medio alternativo, o en cualquier otro momento del examen de necesidad, cuando sea evidente que el medio igualmente idóneo, o el medio más benigno, sea el

²⁸⁶³ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸⁶⁴ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸⁶⁵ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38. Sobre los conceptos de caso fácil y caso difícil en el examen del medio equivalente más benigno, v. BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 744 y 748-9.

²⁸⁶⁶ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734 ss; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 74 ss; ID., *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por omisión y la insuficiencia por omisión o defecto*, ob. cit., p. 113-53; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸⁶⁷ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸⁶⁸ BERNAL, ob. cit., p. 734; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

producto de desarrollos científicos o técnicos ocurridos con posterioridad a la celebración del contrato.²⁸⁶⁹

De esta manera, el juez deberá considerar necesaria o imprescindible la cláusula o condición en examen, y someterla al subsiguiente examen de proporcionalidad en sentido estricto, cuando sea evidente que el medio alternativo equivalente o el medio alternativo más benigno, según el caso, hayan surgido con posterioridad a la celebración del contrato.²⁸⁷⁰

²⁸⁶⁹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734.

²⁸⁷⁰ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 734; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

CAPÍTULO XXIV

EL SUBPRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

118. Concepto.²⁸⁷¹

De acuerdo con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de la afectación de la prohibición de abuso (o de los derechos y posiciones que tal principio garantiza a favor de los consumidores) está justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por el predisponente con la imposición de la cláusula o condición en examen.²⁸⁷²

En otras palabras, las ventajas que obtiene el predisponente con esta imposición deben compensar los sacrificios o la afectación de los derechos que dicha intervención o afectación implica para los consumidores.²⁸⁷³

118.1. Relación de precedencia condicionada.²⁸⁷⁴

En el examen de proporcionalidad en sentido estricto se trata de comparar la importancia de la intervención en los derechos y posiciones de los consumidores *versus* la importancia de la realización del fin perseguido por el predisponente, con el objetivo de fundamentar una relación de precedencia entre aquéllos derechos y éste fin.²⁸⁷⁵

Los objetos normativos que se ponderan o comparan son, por una parte, la prohibición de abuso, y más exactamente la magnitud de la afectación que el predisponente produce en el derecho o situación concreta que este principio garantiza a favor de los consumidores (P₁) y, por la otra, el principio que fundamenta dicha afectación o fin externo o mediato (P₂).²⁸⁷⁶

Si la prohibición de abuso prevalece en esta comparación, las normas y derechos garantizados por dicho principio adquirirán validez definitiva y la cláusula o condición

²⁸⁷¹ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 91 ss; ID., *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, ob.cit., p.11-29; BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., 375 ss; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 140 ss; ID., *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por omisión y la insuficiencia por omisión o defecto*, ob. cit., p. 113-53; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸⁷² BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757; BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., 375 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸⁷³ SIECKMANN, *Zur Abwägungsfähigkeit von Prinzipien*, ob. cit., p. 205 ss; e ID., *Abwägung von Rechten*, ob. cit., p. 164 ss.

²⁸⁷⁴ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 91 ss; ID., *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, ob. cit., p.11-29.

²⁸⁷⁵ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸⁷⁶ BERNAL, ob. cit., p. 757; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

que produce el desequilibrio, por ser desproporcionada en sentido estricto, deberá declararse abusiva y excluirse, por tanto, del contenido del contrato.

Si la prioridad, por el contrario, se atribuye al principio que fundamenta la cláusula o condición en examen, las normas y derechos garantizados por el mismo adquirirán validez definitiva, debiéndose declarar la validez de dicha cláusula o condición como contenido del contrato.²⁸⁷⁷

En este caso, la cláusula o condición impuesta por el predisponente será una restricción legítima de los derechos y posiciones del consumidor, teniéndose por proporcionado o justificado el desequilibrio que la misma produce en perjuicio de éste.

En términos aún más precisos, toda cláusula o condición que, habiendo superado los exámenes de idoneidad y necesidad, es también proporcional en sentido estricto (mandato de ponderación), constituye una intervención legítima o justificada del predisponente en los derechos del consumidor.²⁸⁷⁸

119. La estructura del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.²⁸⁷⁹

De acuerdo con lo anterior, el examen de proporcionalidad en sentido estricto presupone que el juez deba establecer previamente los siguientes elementos:²⁸⁸⁰

1º Las magnitudes que deben ser ponderadas: por una parte, el peso (*Weight*), la magnitud o la importancia de la afectación de las posiciones o derechos del consumidor (W_1); así como la magnitud o importancia de la realización del fin que fundamenta la cláusula o condición impuesta por el predisponente (W_2).

2º Seguidamente, el juez deberá comparar las anteriores magnitudes con el fin de establecer si la importancia de la afectación de aquellos derechos, garantizados por la prohibición de abuso, es mayor o menor que la importancia de la realización del principio que fundamenta la cláusula o condición en examen.

²⁸⁷⁷ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸⁷⁸ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁸⁷⁹ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 91 ss; ID., *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, ob. cit., p.11-29; BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., 375 ss; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 140 ss; ID., *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por omisión y la insuficiencia por omisión o defecto*, ob. cit., p. 113-53; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸⁸⁰ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

3º Por último, con base en el resultado de la anterior comparación, el juez deberá establecer una relación de precedencia condicionada entre la prohibición de abuso y el principio constitucional o legal opuesto.²⁸⁸¹

119.1. La determinación de la magnitud de la afectación del derecho del consumidor y de la realización del principio que fundamenta la cláusula o condición impuesta por el predisponente.²⁸⁸²

Como fue visto, los objetos normativos que concurren en la ponderación son, por una parte, la prohibición de abuso, y los derechos y posiciones que garantiza este principio a favor del consumidor (P₁), y el principio constitucional o legal que fundamenta la cláusula o condición en examen, o fin externo o mediato perseguido por el predisponente (P₂), por la otra.²⁸⁸³

La ponderación consiste en una comparación entre la importancia de la afectación negativa que la cláusula o condición produce en los derechos del consumidor y la importancia de la realización (afectación positiva) que dicha intervención genera en el fin mediato que persigue.²⁸⁸⁴

Esto presupone que el juez deba fijar de antemano la magnitud o el peso de la afectación, negativa y positiva, de los objetos normativos de la ponderación.

El peso que los objetos normativos tienen en la ponderación obedece a dos variables: el peso abstracto y el peso específico de los principios en colisión.²⁸⁸⁵

119.1.1. Peso abstracto.

Cuanto mayor sea la importancia material de un principio dentro del sistema de la Constitución y, en general, del ordenamiento jurídico, mayor será su peso en la ponderación (peso abstracto).²⁸⁸⁶

Aquí se hace referencia a los distintos tipos de principios constitucionales o legales (fines externos o mediatos) que pueden fundamentar la imposición de la cláusula o condición en examen.²⁸⁸⁷

²⁸⁸¹ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁸⁸² ALEXY, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 11-29; BARAK, *Proporcionalidad*, *ob. cit.*, 375 ss; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, *ob. cit.*, p. 140 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁸⁸³ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁸⁸⁴ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁸⁸⁵ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁸⁸⁶ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss.

²⁸⁸⁷ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38

119.1.2. Peso relativo.²⁸⁸⁸

Cuanto más intensa sea la intervención en el derecho del consumidor, mayor será el peso de este derecho en la ponderación.

Correlativamente, cuanto más intensa sea la realización del principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen, mayor será su peso en la ponderación (peso relativo).²⁸⁸⁹

De esta manera, cuanto más intensa sea la afectación del derecho del consumidor y, más exactamente, de la posición concreta de éste, mayor será el peso relativo de dicho principio en la ponderación.

Correlativamente, cuanto más intensa sea la realización del principio constitucional o legal que fundamenta la cláusula o condición en examen (fin externo o mediato), mayor será el peso relativo de dicho principio en la ponderación.²⁸⁹⁰

120. El peso abstracto de los objetos de la ponderación.²⁸⁹¹

Dado su carácter fundamental, reconocido en la Constitución, el derecho del consumidor (P₁) tendrá el máximo peso abstracto dentro de la ponderación y, como tal, jugará a su favor la carga de argumentación.²⁸⁹²

Ahora bien, el principio que fundamenta la cláusula o condición en examen (P₂), no está subordinado jerárquicamente a la prohibición de abuso o, mejor, al derecho fundamental que tal principio garantiza a favor de los consumidores. No obstante, dicho principio puede tener un peso abstracto mayor o menor en la ponderación dependiendo de su importancia material dentro del sistema de la Constitución o, en general, como fue dicho, del ordenamiento jurídico.²⁸⁹³

²⁸⁸⁸ ALEXY, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, ob. cit., p.11-29; BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., 375 ss; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 140 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸⁸⁹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸⁹⁰ BERNAL, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁸⁹¹ ALEXY, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, ob. cit., p.11-29; BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., 375 ss; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 140 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸⁹² BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁸⁹³ BERNAL, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

El principio en colisión tendrá el máximo peso y, como tal, jugará a su favor la carga de argumentación, si se trata de un derecho fundamental. De esta manera, si la cláusula o condición se fundamenta en la realización de un derecho fundamental, la carga de argumentación que juega a su favor, neutraliza la carga de argumentación que juega a favor del derecho del consumidor.²⁸⁹⁴

De la misma forma, la importancia del principio que sustenta la cláusula o condición en examen variará según se trate de un principio constitucional de primer o de segundo grado y, dentro de éstos, según se trate de un principio perseguido por el predisponente en virtud de una reserva específica de ley o en virtud de la reserva general de intervención en los derechos fundamentales (arts. 53.1 y 81 CE).²⁸⁹⁵

Incluso dentro de los principios de segundo grado, su peso abstracto variará en función de su reconocimiento en las fuentes del derecho y en la práctica constitucional.²⁸⁹⁶

121. El peso relativo de los objetos de la ponderación.²⁸⁹⁷

El aspecto más importante de la ponderación lo representa, sin embargo, la fijación del peso relativo o el grado de afectación negativa y positiva tanto del derecho del consumidor (P₁), como del principio constitucional que fundamenta la imposición, por parte del predisponente, de la cláusula o condición en examen (P₂).²⁸⁹⁸

Dicha fijación en cada caso concreto depende de la específica configuración material de cada uno de los principios opuestos. No obstante, desde el punto de vista estructural, es posible hacer algunas consideraciones generales en cuanto a los niveles en que debe hacerse dicha fijación (el empírico y el analítico-normativo) (120.1) y en cuanto a los criterios que se utilizan en cada uno de estos niveles (120.2).²⁸⁹⁹

²⁸⁹⁴ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁸⁹⁵ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 757.

²⁸⁹⁶ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757.

²⁸⁹⁷ ALEXY, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p.11-29; BARAK, *Proporcionalidad*, *ob. cit.*, 375 ss; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, *ob. cit.*, p. 140 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁸⁹⁸ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁸⁹⁹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss.

121.1. Los niveles en que se fija el grado de afectación del derecho del consumidor y el grado de realización del principio que fundamenta la cláusula o condición impuesta por el predisponente.²⁹⁰⁰

1º En el nivel analítico-normativo, el grado de afectación del derecho del consumidor depende de la fundamentalidad o el significado que para el titular del derecho representa la posición concreta afectada por la cláusula o condición en examen.²⁹⁰¹

Cuanto más fundamental sea la posición concreta del consumidor afectada con la intervención del predisponente, mayor será el grado de afectación de la prohibición de abuso y mayor el peso relativo que deberá atribuirse a este principio en la ponderación.

Correlativamente, el grado de realización del principio que fundamenta la cláusula o condición en examen depende de la fundamentalidad o del significado que el fin inmediato ostente dentro del ámbito normativo de dicho principio.²⁹⁰²

En otras palabras, el grado de realización del fin mediato depende de la fundamentalidad o la importancia que el fin inmediato represente en el ámbito normativo del principio constitucional o legal que lo fundamenta.

Dicha fundamentalidad depende de la función que el fin inmediato desempeñe para la satisfacción de los intereses individuales o colectivos que el fin mediato garantice.²⁹⁰³

Cuanto más fundamental sea el fin inmediato perseguido por el predisponente para la realización del principio constitucional o legal que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen (fin externo o mediato), mayor será el grado de realización de dicho principio y mayor el peso relativo que al mismo corresponde en la ponderación.²⁹⁰⁴

2º En el nivel empírico, el grado de intervención en el derecho del consumidor depende de la eficacia, eficiencia, probabilidad, alcance, duración, o cualquier otro criterio relevante, con que la cláusula o condición en examen afecte negativamente la posición concreta de aquél.²⁹⁰⁵

²⁹⁰⁰ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹⁰¹ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹⁰² BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹⁰³ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss.

²⁹⁰⁴ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹⁰⁵ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

De esta manera, cuanto más eficaz, eficiente, probable y completa sea la intervención del predisponente para afectar negativamente la posición concreta del consumidor, y cuantos más aspectos de esta posición afecte, mayor será el grado de esa intervención en los derechos del consumidor y mayor el peso relativo que a dicho principio debe otorgarse en la ponderación.

Correlativamente, en el nivel empírico, el grado de realización del principio que fundamenta la intervención o afectación del derecho del consumidor depende de la eficacia, eficiencia, probabilidad, alcance, duración o cualquier otro criterio relevante, con los que la cláusula o condición en examen contribuya a obtener el fin inmediato perseguido por el predisponente.²⁹⁰⁶

Cuanto más eficaz, eficiente, probable o duradera sea la cláusula o condición en examen para obtener el fin inmediato perseguido por el predisponente, y cuantos más aspectos de este fin realice, mayor será el grado de realización del principio constitucional o legal que lo fundamenta y, en consecuencia, mayor el peso relativo que a tal principio debe otorgarse en la ponderación.²⁹⁰⁷

121.2 Criterios para determinar el grado de afectación de los principios en colisión.²⁹⁰⁸

A los anteriores niveles corresponden unos criterios para determinar tanto el grado de afectación de los derechos del consumidor como el grado de realización del principio que fundamenta la cláusula o condición impuesta por el predisponente.²⁹⁰⁹

Tales criterios no se sitúan en un plano abstracto y su utilización dependerá de las circunstancias concretas en las que se desenvuelva cada uno de los casos de intervención en los derechos y posiciones del consumidor.²⁹¹⁰

Aunque no garantizan una respuesta única a las cuestiones que suscita el examen de proporcionalidad, tales criterios revisten el más alto grado de racionalidad en la argumentación que dicho subprincipio supone, pues señalan al juez los aspectos que necesitan ser fundamentados y fijan un sistema de distribución de cargas de argumentación que orientan la labor de éste al momento de establecer la relación de precedencia condicionada que constituye el resultado de la ponderación.²⁹¹¹

²⁹⁰⁶ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹⁰⁷ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹⁰⁸ ALEXY, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p.11-29; BARAK, *Proporcionalidad*, *ob. cit.*, 375 ss; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, *ob. cit.*, p. 140 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹⁰⁹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹¹⁰ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss.

121.2.1. Criterios en el nivel analítico-normativo.²⁹¹²

En el nivel analítico-normativo, la función que cumplen tales criterios será la de determinar, tanto la fundamentalidad o importancia que representa la posición concreta del consumidor dentro del ámbito normativo de la prohibición de abuso (P₁), como la fundamentalidad o importancia que la realización del fin inmediato representa en el ámbito normativo del principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen (P₂).²⁹¹³

Con relación a cada uno de estos aspectos es posible enunciar los siguientes criterios, con la advertencia de que el orden de enunciación no corresponde necesariamente al de su importancia relativa en un caso concreto.

121.2.2. Criterios para la determinación del grado de afectación del derecho o posición del consumidor y del grado de realización del principio que fundamenta la cláusula o condición objeto del juicio de abusividad.²⁹¹⁴

Para la determinación del grado de afectación del derecho o posición del consumidor, vale decir, para determinar la prioridad o prevalencia de los derechos de éste, el juez tendrá en cuenta los siguientes criterios: ²⁹¹⁵

1º Cuanto mayor sea el ámbito normativo del derecho del consumidor afectado por la cláusula o condición en examen, mayor será el grado de dicha afectación y mayor el peso relativo que debe otorgarse al mencionado derecho en la ponderación.

De acuerdo con lo anterior, el grado de afectación del derecho del consumidor será mayor cuanto más o más importantes posiciones concretas de éste afecte la cláusula o condición impuesta por el predisponente.

Por el contrario, el grado de afectación del derecho del consumidor será menor cuanto menos o menos importantes posiciones concretas de este afecte la intervención del predisponente.²⁹¹⁶

2º Al derecho del consumidor deberá también otorgarse un mayor peso relativo en la ponderación cuando la cláusula o condición que produce el desequilibrio del

²⁹¹¹ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss.

²⁹¹² ALEXY, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p.11-29; BARAK, *Proporcionalidad*, *ob. cit.*, 375 ss; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, *ob. cit.*, p. 140 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹¹³ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹¹⁴ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss.

²⁹¹⁵ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹¹⁶ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

contrato afecte una posición concreta verdaderamente relevante para que pueda cumplir su función como derecho subjetivo, bien sea de de defensa, de igualdad o de prestación.²⁹¹⁷

3º Del mismo modo, al derecho del consumidor deberá otorgarse un mayor peso relativo en la ponderación cuando la cláusula o condición afecte una posición concreta que actúa como condición, desde el punto de vista temporal, espacial o material, para la realización de algún otro derecho del consumidor con el que se relaciona.²⁹¹⁸

Una posición concreta tiene el máximo valor cuando es una condición suficiente y necesaria para la realización del derecho del consumidor directamente afectado con la cláusula o condición en examen.²⁹¹⁹

4º También deberá otorgarse al derecho del consumidor un mayor peso relativo en la ponderación cuando la cláusula o condición afecte una posición concreta de este verdaderamente relevante en cuanto a los efectos positivos o negativos que la misma pueda tener sobre otros derechos y posiciones del consumidor.²⁹²⁰

5º Por otra parte, al derecho del consumidor deberá otorgarse un mayor peso relativo en la ponderación cuando la cláusula o condición afecte una posición concreta de éste que se relaciona con uno o más derechos fundamentales (confluencia de principios).²⁹²¹

6º Finalmente, el peso relativo del derecho del consumidor será mayor si en alguna decisión anterior el juez ha reconocido su prioridad sobre el principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen, en razón de una intervención análoga del predisponente en aquél derecho.²⁹²²

²⁹¹⁷ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38. v. también ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 91.

²⁹¹⁸ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹¹⁹ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹²⁰ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹²¹ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹²² BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

121.3. Criterios metodológicos.²⁹²³

Correlativamente, respecto del principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen se pueden enunciar los siguientes criterios metodológicos:

1º Cuanto mayor sea la parte del ámbito normativo del principio constitucional o legal que se realice con la intervención del predisponente en el derecho del consumidor, mayor será la realización del fin mediato y mayor también el peso relativo que a dicho principio debe otorgarse en la ponderación.²⁹²⁴

2º Cuanto más importante sea un fin inmediato para que el fin mediato –el principio que fundamenta o justifica la intervención en el derecho del consumidor- pueda desempeñar sus funciones, mayor será la importancia de aquél y, por lo tanto, mayor será el peso del mencionado principio en la ponderación.²⁹²⁵

3º Del mismo modo, cuanto más valor tenga un fin inmediato, desde la perspectiva temporal, espacial y material, como condición para la realización de un fin mediato –el principio que respalda o justifica la intervención del predisponente en el derecho del consumidor-, mayor será la importancia de dicho fin y, por tanto, mayor el peso relativo de tal principio en la ponderación.²⁹²⁶

Un fin inmediato tiene el máximo valor cuando es una condición suficiente y necesaria para la realización del principio constitucional o legal que le sirve de fundamento (fin mediato).²⁹²⁷

4º Cuantos mayores efectos tenga el fin inmediato perseguido por el predisponente sobre otras posiciones adscritas que fundamenta su intervención en los derechos del consumidor (fin mediato), mayor será la importancia de aquel fin y, por tanto, mayor el peso relativo que deberá otorgarse a dicho principio en la ponderación.²⁹²⁸

5º De otra parte, cuanto mayores efectos positivos tenga el fin inmediato sobre otros principios constitucionales o legales, mayor será su importancia y, por tanto, mayor

²⁹²³ ALEXY, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, ob. cit., p.11-29; BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., 375 ss; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 140 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁹²⁴ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁹²⁵ BERNAL, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁹²⁶ BERNAL, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁹²⁷ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss.

²⁹²⁸ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

el peso relativo que deberá otorgarse al principio que sustenta la imposición de la cláusula o condición en examen.

Lo anterior se debe a que una intervención del predisponente en los derechos del consumidor puede fundamentarse de forma simultánea en la realización de varios principios constitucionales o legales (confluencia de principios).²⁹²⁹

6º Finalmente, el peso relativo del principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición será mayor si en alguna decisión anterior el juez ha reconocido su prioridad sobre el derecho del consumidor en razón de una intervención análoga del predisponente sobre ese mismo derecho.²⁹³⁰

121.3.1. Criterios en el nivel empírico.²⁹³¹

En el nivel empírico, el grado de afectación del derecho del consumidor depende de la eficacia, eficiencia, probabilidad, alcance y duración con que la cláusula o condición en examen afecte de manera negativa la posición concreta de aquél.²⁹³²

Por su parte, el grado de realización del principio que fundamenta la intervención del predisponente (fin mediato), depende de la eficacia, eficiencia, probabilidad, alcance y duración con que dicha intervención contribuya o facilite la obtención del fin inmediato.²⁹³³

La determinación concreta del grado en que dichas variables se cumplen en el caso concreto depende de los conocimientos científicos y técnicos existentes en un momento histórico determinado, de modo que resulta imposible enunciar un criterio general y de aplicación uniforme que permita llegar siempre a una única respuesta correcta.²⁹³⁴

Definida la relevancia de cada una de estas perspectivas en un caso concreto de intervención del predisponente en el derecho del consumidor, tales criterios orientan al juez en la tarea de precisar el grado de afectación negativa de ese derecho o de afectación positiva del principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen.²⁹³⁵

²⁹²⁹ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹³⁰ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 757 ss.

²⁹³¹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹³² BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹³³ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹³⁴ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 757 ss.

²⁹³⁵ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

Además, dichos criterios garantizan un mayor grado de racionalidad a la argumentación empírica propia del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.²⁹³⁶

121.3.2. Criterios en el nivel empírico para la determinación del grado de afectación del derecho del consumidor.²⁹³⁷

Para la determinación del grado de afectación del derecho del consumidor, en el nivel empírico pueden ser enunciados los siguientes criterios:²⁹³⁸

1º Cuanto más eficaz sea la intervención del predisponente para impedir o dificultar el ejercicio de la posición concreta del consumidor, mayor será dicha intervención y mayor, por tanto, el peso relativo que deberá atribuirse al derecho del consumidor en la ponderación.

Correlativamente, cuanto más eficaz sea la intervención del predisponente para contribuir a alcanzar el fin inmediato, mayor será la realización del fin mediano que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen y mayor, por tanto, el peso relativo que deberá otorgarse a dicho principio en la ponderación (criterio de la eficacia).²⁹³⁹

2º Cuanto más eficiente, expeditiva o rápida sea la intervención del predisponente para impedir o dificultar el ejercicio de la posición concreta del consumidor, mayor será la intensidad de dicha intervención y también mayor, en consecuencia, el peso relativo del derecho del consumidor en la ponderación.

Por su parte, cuanto más eficiente, expeditiva o rápida sea la intervención del predisponente para contribuir o facilitar la obtención del fin inmediato, mayor será el grado de realización del principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen y mayor, en consecuencia, el peso relativo que a dicho principio deberá otorgarse en la ponderación (criterio de la eficiencia).²⁹⁴⁰

Según este criterio, una intervención actual del predisponente contiene un grado mayor de afectación del derecho del consumidor que una intervención potencial, eventual o futura.

²⁹³⁶ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 757 ss.

²⁹³⁷ ALEXY, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, ob. cit., p.11-29; BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., 375 ss; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 140 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁹³⁸ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁹³⁹ BERNAL, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁹⁴⁰ BERNAL, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

Por su parte, la intervención del predisponente que contribuya al instante a la obtención del fin inmediato, supone una realización mayor del principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen, que una intervención del predisponente que posibilite también la obtención de dicho fin aunque en una ocasión posterior o futura.²⁹⁴¹

3º Cuanta mayor sea la probabilidad de que una intervención del predisponente impida o dificulte el ejercicio de la posición concreta del consumidor, mayor será el grado de afectación del derecho de éste y mayor, en consecuencia, el peso relativo que debe reconocerse a dicho principio en la ponderación.

Por su parte, cuanto mayor sea la probabilidad de que la intervención del predisponente alcance el fin inmediato, mayor será el grado de realización del principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen (fin mediato) y, en consecuencia, mayor el peso relativo que a tal principio debe reconocerse en la ponderación (criterio de la probabilidad).²⁹⁴²

4º La afectación del derecho del consumidor será mayor, en cuanto dicha afectación impida o dificulte el ejercicio de más posiciones concretas de éste.

Correlativamente, la realización del principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen será mayor, cuantos más fines inmediatos puedan ser alcanzados mediante la intervención del predisponente en el derecho del consumidor (criterio del alcance de la intervención).²⁹⁴³

5º Cuanto más tiempo la intervención del predisponente impida o dificulte el ejercicio de una posición concreta del consumidor, mayor será el grado de afectación del derecho de éste y mayor, en consecuencia, el peso relativo que a dicho principio debe otorgarse en la ponderación.

Correlativamente, cuanto más tiempo contribuya o facilite la cláusula o condición en examen a alcanzar el fin inmediato, mayor será el grado de realización del principio que fundamenta su imposición y mayor, en consecuencia, el peso relativo que debe otorgarse a tal principio en la ponderación (criterio de la duración).²⁹⁴⁴

²⁹⁴¹ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹⁴² BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹⁴³ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹⁴⁴ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

121.3.3. Criterios en el nivel empírico para la determinación del grado de realización del principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen.²⁹⁴⁵

Si la imposición de la cláusula o condición es el único medio para alcanzar el principio o fin mediato que la fundamenta, los argumentos a favor de adoptar dicha medida tendrán un alto peso en la ponderación.

De la misma manera, cuanto más urgente sea la necesidad de obtener el fin mediato, mayor será el peso que deberá otorgarse a éste en la ponderación (criterio del medio idóneo exclusivo y de la urgencia en la obtención del fin).²⁹⁴⁶

Todos los criterios pertenecientes tanto al nivel analítico-normativo como al empírico tienen carácter *prima facie*.²⁹⁴⁷

Tales criterios orientan la actividad del juez en la determinación del grado de afectación del derecho del consumidor y del grado de realización del principio que fundamenta la intervención del predisponente, esto es, la imposición de la cláusula o condición en examen, y deben ser aplicados de acuerdo con las circunstancias del caso concreto.²⁹⁴⁸

Las particularidades específicas del supuesto en que deben aplicarse le indicarán al juez cuáles de estos criterios son relevantes en la ponderación. Además, dichos criterios pueden entrar en colisión entre sí.²⁹⁴⁹

Es perfectamente posible que alguno de estos criterios atribuya un mayor peso a la afectación del derecho del consumidor, al paso que otro criterio concurrente atribuya un peso mayor al principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen.²⁹⁵⁰

En este caso, el juez deberá llevar a cabo una segunda ponderación con el fin de definir el peso relativo que se debe atribuir a cada uno de los criterios concurrentes y establecer una relación de precedencia condicionada a las circunstancias específicas del caso concreto.²⁹⁵¹

²⁹⁴⁵ ALEXY, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, ob. cit., p.11-29; BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., 375 ss; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 140 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁹⁴⁶ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁹⁴⁷ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 757 ss.

²⁹⁴⁸ BERNAL, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁹⁴⁹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 757 ss.

²⁹⁵⁰ BERNAL, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁹⁵¹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 757

122. La relación de precedencia condicionada entre la prohibición de abuso y el principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen.²⁹⁵²

Establecido el grado de afectación del derecho del consumidor (P₁) y el grado de realización del principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen (P₂), el juez deberá llevar a cabo la ponderación en sentido estricto.²⁹⁵³

Esta consiste en la comparación de las anteriores magnitudes con el propósito de establecer entre ellas una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión.²⁹⁵⁴

1º El resultado de la ponderación es una relación de precedencia condicionada porque en ella se determina cuál de los objetos normativos (P₁ o P₂) debe prevalecer en el caso concreto.²⁹⁵⁵

2º Dicha relación de precedencia es condicionada porque la prioridad que se establece entre los derechos del consumidor y el principio que fundamenta la intervención del predisponente, o la imposición de la cláusula o condición en examen, no vale de manera general y definitiva, sino que está sujeta a las especificidades del caso concreto.²⁹⁵⁶

En un supuesto concreto bien puede suceder que el derecho o la posición concreta del consumidor desplace al principio constitucional o legal que respalda la intervención del predisponente, y con el que aquél entra en colisión: C₁ (P₁ **P** P₂).

No obstante, en un caso distinto, la relación de precedencia puede ser otra, de manera que el principio que fundamenta la cláusula o condición en examen desplace el derecho del consumidor: C₂ (P₂ **P** P₁).²⁹⁵⁷

²⁹⁵² ALEXY, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, ob. cit., p.11-29; BARAK, *Proporcionalidad*, ob. cit., 375 ss; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 140 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁹⁵³ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁹⁵⁴ ALEXY, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, ob. cit., p.11-29; y BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss.

²⁹⁵⁵ ALEXY, ob. cit., p.11-29; y BERNAL, ob. cit., p. 757 ss.

²⁹⁵⁶ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁹⁵⁷ BERNAL, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

122.1. La ley de ponderación.²⁹⁵⁸

La regla que define la ponderación en sentido estricto es la llamada ley de ponderación (*Abwägungsgesetz*).²⁹⁵⁹

Respecto de la aplicación judicial de la prohibición de abuso, y de los derechos que este principio garantiza a favor de los consumidores, tal ley puede ser enunciada de la siguiente manera:²⁹⁶⁰

Cuanto mayor sea el grado de afectación o de no satisfacción del derecho del consumidor, tanto mayor o por lo menos igual debe ser el grado de realización o de satisfacción del principio que fundamenta o justifica la intervención del predisponente o la imposición de la cláusula o condición objeto del juicio de abusividad.²⁹⁶¹

Respecto del enunciado propuesto de la ley de ponderación, podemos expresar lo siguiente:

1º Es claro que esta variante de la ley de ponderación no constituye un criterio absoluto que de manera definitiva permita llegar en todos los casos a una única respuesta correcta.²⁹⁶²

No obstante, ella representa el juego de razones y contra-razones en que consiste la ponderación que supone el examen de proporcionalidad en sentido estricto.²⁹⁶³

2º La ley de ponderación indica qué debe fundamentarse en la primera etapa del examen de proporcionalidad: tanto el grado de afectación o de no satisfacción del derecho del consumidor; como el grado de realización o de satisfacción del principio que fundamenta la intervención del predisponente o la imposición de la cláusula o condición en examen.²⁹⁶⁴

²⁹⁵⁸ ALEXY, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, ob. cit., p.11-29; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁹⁵⁹ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 91 ss; y BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss.

²⁹⁶⁰ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁹⁶¹ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁹⁶² BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss.

²⁹⁶³ BERNAL, ob. cit., p. 757 ss.

²⁹⁶⁴ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

3º En algunos casos la ley de ponderación prescribe la solución que el juez debe dar a la colisión entre principios.²⁹⁶⁵

De esta manera, en los casos en que el grado de realización o satisfacción del principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen es menor que el grado de afectación o no satisfacción del derecho del consumidor, el juez deberá considerar desproporcionada dicha cláusula o condición, declarar la nulidad de la misma y su exclusión como contenido del contrato.

Por el contrario, si la realización del principio que fundamenta la intervención del predisponente es por lo menos equivalente al grado de afectación del derecho del consumidor, el juez deberá considerar proporcionada la cláusula o condición en que se materializa dicha intervención y declarar su validez como contenido del contrato.²⁹⁶⁶

4º Por último, la ley de ponderación prescribe también la solución de los casos fáciles de abusividad en sentido estricto. De acuerdo con ella, una realización leve o media del fin que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen es insuficiente para justificar una afectación grave del derecho del consumidor.²⁹⁶⁷

De la misma manera, una realización o satisfacción media del principio que fundamenta la intervención del predisponente, sólo justifica una intervención leve en el derecho del consumidor; así como una realización intensa de aquel principio, justifica solo una intervención leve o media en el mencionado derecho.²⁹⁶⁸

Una intervención intensa en el derecho del consumidor es menos valiosa que una realización leve o media del principio que fundamenta la intervención del predisponente.

Una intervención media es menos valiosa que una realización leve. Una realización intensa es más valiosa que una intervención media o leve. Una realización media es más valiosa que una intervención leve.²⁹⁶⁹

Cuando el grado de realización del principio que fundamenta la intervención del predisponente es menor que el grado de afectación del derecho del consumidor, el juez deberá considerar desproporcionada o insuficientemente justificada la cláusula o condición en examen y, por consiguiente, la abusividad de la misma, su nulidad y

²⁹⁶⁵ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss.

²⁹⁶⁶ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁹⁶⁷ BERNAL, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁹⁶⁸ BERNAL, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁹⁶⁹ BERNAL, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

exclusión como contenido del contrato. En este evento nos encontraríamos frente a una restricción ilegítima, desproporcionada, injustificada y, por tanto, abusiva del derecho del consumidor.²⁹⁷⁰

En resumen, la cláusula o condición en examen deberá ser nula cuando con su imposición se afecte el derecho del consumidor en un grado mayor que aquel con el cual se favorece la realización de las finalidades perseguidas por el predisponente.²⁹⁷¹

122.2. Los casos de empate y la aplicación del principio *pro consumatore*.²⁹⁷²

Una intervención leve, media o intensa es igualmente valiosa que una realización que tenga el mismo grado de intensidad (caso de empate). Un caso de empate se presenta cuando tanto la afectación del derecho del consumidor, como la realización del principio que fundamenta la intervención del predisponente, tienen el mismo grado (leve, medio o grave).²⁹⁷³

Cuando el grado de realización o satisfacción del principio que fundamenta la cláusula o condición en examen sea por lo menos igual al grado de afectación del derecho del consumidor, el juez considerará proporcionada pero no suficientemente justificada dicha intervención en aplicación del principio *pro consumatore* (art. 4º EC), debiendo declarar la nulidad de la cláusula o condición en que se traduce dicha intervención y su exclusión como contenido del contrato.²⁹⁷⁴

La variable de la ley de ponderación enunciada anteriormente, que prescribe una solución para los casos de empate, tiene su fundamento en la asimetría estructural en que se hallan las partes en los contratos de adhesión celebrados con consumidores, en protección de los cuales el legislador interviene con normas que desarrollan el principio *pro consumatore*.²⁹⁷⁵

²⁹⁷⁰ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹⁷¹ CRIADO-CASTILLA, *Principio de proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹⁷² ALEXY, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p.11-29; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹⁷³ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹⁷⁴ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹⁷⁵ *ob. cit.*, p. 1-38.

123. La carga de argumentación en la ponderación.²⁹⁷⁶

Los argumentos que juegan a favor de la realización del principio que fundamenta la intervención del predisponente, deben tener un peso por lo menos equivalente al de los argumentos que juegan en contra de dicha intervención en los principios del consumidor.²⁹⁷⁷

La carga de argumentación a favor de los derechos del consumidor se encuentra implícita en la variable de la ley de ponderación y se fundamenta, como fue dicho, en la asimetría estructural que caracteriza las relaciones contractuales de consumo.²⁹⁷⁸

Como expresión de su validez *prima facie*, la prohibición de abuso no proscribiera cualquier desequilibrio del contrato, sino aquel desequilibrio que carezca de una justificación suficiente según el principio de proporcionalidad.²⁹⁷⁹

La cláusula o condición que introduce un desequilibrio del contrato en perjuicio del consumidor supone para el predisponente el deber de fundamentar las razones que puedan justificar la afectación negativa de los derechos de aquél.²⁹⁸⁰

Si una intervención del predisponente en los derechos del consumidor no puede justificarse con argumentos suficientemente convincentes que demuestren el grado por lo menos equivalente de la realización del principio que la fundamenta, el juez debe declarar, por injustificada, la nulidad de la cláusula o condición en examen.²⁹⁸¹

Por otra parte, en aplicación del principio de igualdad,²⁹⁸² la regla que establece una relación de precedencia condicionada (producida como resultado de una ponderación), bien a favor del derecho del consumidor (P₁), o bien a favor del principio que fundamenta la intervención del predisponente (P₂), debe ser aplicada en todos los casos análogos de aplicación judicial de la prohibición de abuso.²⁹⁸³

²⁹⁷⁶ ALEXY, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, ob. cit., p.11-29; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁹⁷⁷ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 173 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁹⁷⁸ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

²⁹⁷⁹ ob. cit., p. 1-38.

²⁹⁸⁰ ob. cit., p. 1-38.

²⁹⁸¹ ob. cit., p. 1-38.

²⁹⁸² BELL, John Stephen, «Sources of Law», en BIRKS, Peter (ed.), *English Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 29 ss.

²⁹⁸³ GOLDSTEIN, Laurence (ed.), *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987; y, en especial, sobre la fundamentación de la regla del precedente (*stare decisis*), v. BENDIT, Theodore, «The Rule of Precedent», en GOLDSTEIN, *Precedent in Law*, ob. cit., p. 89-106.

La inaplicación de dicha regla a un caso análogo de abusividad contractual debe fundamentarse con argumentos que tengan un peso mayor que los argumentos que juegan a favor de la aplicación de la regla.²⁹⁸⁴

En este caso, la carga de la argumentación juega a favor de las relaciones de precedencia condicionadas establecidas por el juez como resultado de la ponderación y representa un caso especial de la carga de argumentación que juega a favor de cualquier precedente.²⁹⁸⁵

La regla de precedencia condicionada con que el juez pone término a la ponderación, tiene validez no sólo para el caso concreto, sino también para los casos futuros que sean análogos.²⁹⁸⁶

El juez puede apartarse de su propio precedente siempre que lo justifique con argumentos por lo menos iguales a los que juegan a favor de la aplicación del precedente.²⁹⁸⁷

Las reglas de precedencia condicionada solo tienen carácter *prima facie* pues ceden ante las razones que justifican un cambio de la jurisprudencia.²⁹⁸⁸

La sujeción al precedente, como fue visto, surge de conciliar las exigencias de coherencia y seguridad jurídicas con la necesidad de ajustar la interpretación legal y contractual a las cambiantes necesidades de la sociedad y del derecho.²⁹⁸⁹

124. La carga de la prueba en la ponderación.²⁹⁹⁰

La carga de la argumentación debe distinguirse claramente de la carga de la prueba dentro de la ponderación.²⁹⁹¹

1º La carga de la argumentación se establece a favor del consumidor como expresión del principio *pro consumatore*, en tanto límite de la facultad del

²⁹⁸⁴ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 261 ss.

²⁹⁸⁵ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁹⁸⁶ BELL, *Sources of Law*, ob. cit., p. 29 ss; y BENDIT, *The Rule of Precedent*, ob. cit., p. 89-106.

²⁹⁸⁷ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 261 ss.

²⁹⁸⁸ ALEXY, ob. cit., p. 261 ss.

²⁹⁸⁹ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁹⁹⁰ ALEXY, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, ob. cit., p.11-29; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

²⁹⁹¹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

predisponente de restringir los derechos de aquél al momento de definir e imponer unilateralmente el contenido de los contratos de adhesión.²⁹⁹²

2º Mientras la carga de fundamentación se refiere a que el grado de realización del principio que justifica la intervención del predisponente debe ser por lo menos igual al grado de afectación de los derechos del consumidor, la carga de la prueba alude a la seguridad de las premisas que forman parte de la estructura de la ponderación.

De acuerdo con dicha carga de la prueba, ante la imposibilidad de evidenciar la certeza de dichas premisas, debe aplicarse la máxima *in dubio pro consumatore* y la presunción de desequilibrio del contrato.²⁹⁹³

125. El resultado de la ponderación: la regla de precedencia condicionada.²⁹⁹⁴

Que las razones del predisponente o del adherente o consumidor, según el caso, primen unas sobre otras significa que debe aplicarse la consecuencia jurídica que la prohibición de abuso establece según los resultados del proceso de su concreción normativa.²⁹⁹⁵

Las circunstancias en que unas razones prevalecen sobre otras, constituye el supuesto de hecho de la norma de decisión con que el juez define la abusividad de la cláusula o condición en examen.²⁹⁹⁶

En este sentido, resolver un caso de abusividad de una cláusula mediante el empleo de algún criterio objetivo de concreción normativa, como en nuestro caso es el principio de proporcionalidad, es establecer una regla de decisión que se fundamenta a partir de las razones relevantes de la ponderación.²⁹⁹⁷

La ley de colisión expresa el hecho de que entre las razones que sustentan la pervivencia de la cláusula o condición impuesta unilateralmente (pretensión del predisponente), y las que sustentan su exclusión como contenido del contrato, su nulidad e incluso la indemnización de perjuicios (pretensión del adherente), no

²⁹⁹² BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹⁹³ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹⁹⁴ ALEXY, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p.11-29; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹⁹⁵ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹⁹⁶ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

²⁹⁹⁷ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

existe una relación de precedencia absoluta, sino relaciones de precedencia condicionada.²⁹⁹⁸

Si, bajo unas circunstancias determinadas, las razones del predisponente prevalecen sobre las que sustentan la pretensión del adherente o consumidor por ser conformes con el principio de proporcionalidad, la cláusula o condición objeto de control debe estimarse válida y parte integrante del contenido del contrato.

La validez de la cláusula constituye en este caso la consecuencia jurídica de la norma de decisión.²⁹⁹⁹

Por el contrario, si bajo unas circunstancias distintas, las razones del adherente o consumidor prevalecen sobre las que sustentan la pretensión del predisponente (la validez y mantenimiento de la cláusula o condición impuesta por él de forma unilateral), la cláusula en cuestión debe estimarse abusiva por incumplir las exigencias del principio de proporcionalidad, debiendo, en consecuencia, ser excluida o declarada nula como contenido del contrato.

La nulidad en este caso constituye la consecuencia jurídica que se deriva del cumplimiento del supuesto de hecho de la norma de decisión de acuerdo con el principio de proporcionalidad.³⁰⁰⁰

Las consecuencias jurídicas que apareja la realización del supuesto de hecho de la norma de decisión son diversas y se refieren a la validez de la cláusula o condición objeto del control, al deber de reparación o a la carga de argumentación:³⁰⁰¹

1º De acuerdo con lo anterior, en las circunstancias en que las razones del predisponente tengan prelación sobre las del adherente, es decir, en el caso en que aquéllas satisfagan las exigencias del principio de proporcionalidad, el juez deberá considerar justificada la cláusula o condición en examen y declarar su validez como parte integrante del contrato.³⁰⁰²

²⁹⁹⁸ En la fijación de tal relación de precedencia concurren por igual, e incluso se complementan, los métodos de la ponderación, propia de los principios, y de subsunción propia de las reglas (BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757).

²⁹⁹⁹ Si bajo unas circunstancias específicas (C₁), las razones del predisponente (Gp) prevalecen sobre las razones del adherente (Ga), es decir, C₁ (Gp P Ga), entonces adquiere validez una norma de decisión (Nd) cuyo supuesto de hecho es C₁ y F su consecuencia jurídica (la validez de la cláusula o condición impugnada): Nd (C₁)→F.

³⁰⁰⁰ Si bajo unas circunstancias distintas (C₂), las razones que fundamentan la pretensión del adherente (nulidad de la cláusula o condición), prevalecen sobre las que sustentan la pretensión del predisponente, es decir, C₂ (Ga P Gp), entonces adquiere validez la norma de decisión (Nd), cuyo supuesto de hecho es C₂ y F su consecuencia jurídica (nulidad de la cláusula o condición objeto de control): Nd (C₂)→F.

³⁰⁰¹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

³⁰⁰² BERNAL, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

En consecuencia, la cláusula o condición cuestionada mantendrá su validez por su conformidad con el principio de proporcionalidad y adquirirá validez definitiva para el caso concreto.

En términos del artículo 42 EC, tal cláusula, así produzca, en detrimento del adherente, un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, constituye un desequilibrio justificado o no abusivo.³⁰⁰³

2º Por el contrario, si en unas circunstancias distintas, las razones del adherente tienen prelación sobre las del predisponente, bien porque de acuerdo con el criterio de valoración seleccionado tienen más peso o valor, o bien porque se aplique algún criterio de interpretación favorable al adherente (*in dubio pro consumatore*, por ejemplo), el juez deberá declarar abusiva la cláusula o condición bajo examen, declarar su nulidad y excluirla del contenido del contrato.³⁰⁰⁴

En los casos de aplicación judicial de la prohibición de abuso, el resultado de la ponderación consiste en una relación de precedencia condicionada entre dicho principio y el principio que fundamenta la intervención del predisponente, vale decir, la imposición de la cláusula o condición en examen.³⁰⁰⁵

Como fue visto, la regla de precedencia condicionada mediante la cual el juez pone término a la ponderación, tiene validez no sólo para el caso concreto, sino también para los casos futuros que sean análogos.³⁰⁰⁶

La prioridad o precedencia de uno de los principios en dicha relación sólo determina la solución para el caso concreto y para los futuros casos análogos. Se trata de una prioridad o precedencia condicionada a las circunstancias del caso y válida únicamente cuando estas u otras circunstancias análogas se presenten. En circunstancias diversas, la relación de precedencia condicionada puede estructurarse de manera completamente distinta.³⁰⁰⁷

Ahora bien, la precedencia condicionada se estructura entre los dos principios en colisión:

1º Si el derecho del consumidor adquiere dicha precedencia, la posición concreta de éste adquiere a su vez una validez definitiva y, por tanto, el juez debe considerar

³⁰⁰³ CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

³⁰⁰⁴ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

³⁰⁰⁵ BERNAL, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 1-38.

³⁰⁰⁶ BERNAL, Carlos, «El precedente en Colombia», en *Id.*, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 151 ss; y LÓPEZ MEDINA, *El derecho de los jueces*, ob. cit., p. 265 ss.

³⁰⁰⁷ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

desproporcionada la cláusula o condición en examen, así como declarar su abusividad y nulidad y su exclusión como contenido del contrato.

2º Si, por el contrario, la precedencia la adquiere el principio que fundamenta la intervención del predisponente, el juez debe entonces considerar proporcionada la cláusula o condición en examen y declarar su validez como contenido del contrato.

En este caso, la intervención del predisponente en el derecho del consumidor, concretada en la cláusula o condición en examen, adquiere validez definitiva, para el caso concreto, como restricción legítima de tal derecho.³⁰⁰⁸

125.1. La ley de colisión.³⁰⁰⁹

Entre la precedencia de alguno de los principios en colisión y la validez definitiva que adquiere la cláusula o condición respaldada por el principio precedente existe una relación directa.³⁰¹⁰

Dicha relación se hace explícita en la llamada ley de colisión (*Kollisionsgesetz*). Según ésta, las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente.³⁰¹¹

De acuerdo con lo anterior, tenemos:

1º Las circunstancias específicas del caso (C₁), bajo las cuales el derecho del consumidor precede al principio que fundamenta la intervención del predisponente, o la imposición de la cláusula o condición en examen, C₁ (P₁ P P₂), constituyen el supuesto de hecho de una regla (la posición concreta del consumidor) con carácter definitivo.³⁰¹²

2º Por el contrario, las circunstancias específicas del caso (C₂), bajo las cuales el principio que fundamenta la intervención del predisponente, o la imposición de la cláusula o condición en examen precede al derecho del consumidor, C₂ (P₂ P P₁),

³⁰⁰⁸ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

³⁰⁰⁹ ALEXY, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p.11-29; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss.; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

³⁰¹⁰ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

³⁰¹¹ ALEXY, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p.11-29; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss.; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

³⁰¹² BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss.; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

constituyen el supuesto de hecho de una regla (la norma o el derecho garantizado por dicho principio) con carácter definitivo.³⁰¹³

En ambos casos, la regla que adquiere carácter definitivo opera como premisa mayor de la fundamentación interna del fallo mediante el cual se define la ausividad de la cláusula o condición en examen. Esta norma preside la subsunción del caso y determina el contenido del fallo. En ambos casos también, la regla con carácter definitivo se proyecta sobre los casos futuros que sean análogos.³⁰¹⁴

La regla de derecho cuyo supuesto de hecho lo constituye la posición concreta del consumidor sólo adquiere carácter definitivo bajo las circunstancias específicas del caso en que el derecho del consumidor preceda al principio que fundamenta la intervención del predisponente C₁ (P₁ P₂).

Por su parte, la regla cuyo supuesto de hecho lo constituye la norma adscrita al principio que fundamenta la intervención del predisponente o la imposición de la cláusula o condición en examen, solo adquiere carácter definitivo bajo las circunstancias específicas en que dicho principio preceda al derecho del consumidor: C₂ (P₂ P₁).³⁰¹⁵

125.2. Aplicación condicionada a casos análogos de intervención del predisponente en los derechos del consumidor.³⁰¹⁶

No obstante, en ambos casos dicha regla se proyecta con carácter *prima facie* sobre los casos futuros de intervención del predisponente en los derechos del consumidor que sean análogos.³⁰¹⁷

En los casos análogos de intervención del predisponente en el derecho del consumidor, el juez debe aplicar dichas reglas. La posibilidad de aplicar una regla distinta a la sentada en el precedente estará condicionada a la existencia de razones suficientes que auspicien dicha aplicación.³⁰¹⁸

Dichas reglas, como fue visto, cuentan a su favor con una carga de argumentación que asegura un apartamiento condicionado del precedente.³⁰¹⁹

³⁰¹³ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss.; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

³⁰¹⁴ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss.; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

³⁰¹⁵ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss.; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

³⁰¹⁶ ALEXY, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p.11-29; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss.; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

³⁰¹⁷ BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 757 ss.; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 1-38.

³⁰¹⁸ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss.; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

³⁰¹⁹ BERNAL, *ob. cit.*, p. 757 ss.; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 1-38.

126. Los llamados “criterios instrumentales de ponderación” de la abusividad de las cláusulas predispuestas.³⁰²⁰

El juicio circunstanciado de abusividad hace alusión a las “condiciones particulares del contrato” a que se refiere el artículo 42 EC.³⁰²¹

Tales condiciones particulares, cuya valoración debe hacerse conjuntamente, sin que unas excluyan a las otras, son básicamente, como fue visto, la naturaleza del bien o servicio objeto del contrato, las demás partes o cláusulas del acuerdo y las circunstancias particulares existentes en el momento de su celebración o ejecución, pues en el marco de tal contexto contractual el carácter desequilibrado de una cláusula puede ser compensado con otras cláusulas del mismo contrato u otro conexo.³⁰²²

Por circunstancias objetivas existentes en el momento de la contratación se entiende, por ejemplo, el poder de negociación de las partes, el control o la posición dominante de estas en el mercado, o las atinentes a las características de éste, a los usos del tráfico en un determinado sector, las condiciones tecnológicas de cada momento, la publicidad que se haya hecho de un bien o servicio, entre otras.³⁰²³

Las circunstancias que inciden en la abusividad de una determinada cláusula pueden ser también las particulares de cada contrato, como los tratos previos con un cliente determinado, las relaciones anteriores con un mismo cliente, la apariencia externa del contrato, los hechos del predisponente anteriores a su celebración, todo lo cual puede tener incidencia en el juicio de sorpresividad, como quiera que en un caso concreto pueden generar en el consumidor una expectativa especial sobre el contenido del contrato que puede ser frustrada por una cláusula o condición.³⁰²⁴

³⁰²⁰ ALEXY, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, ob. cit., p.11-29; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 757 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 1-38.

³⁰²¹ Dicha disposición corresponde al artículo 82 TRLGDCU, según el cual el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro del que este dependa (num. 3).

³⁰²² LARROUMET, *Derecho civil*, ob. cit., p. 345; y PERTIÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1635.

³⁰²³ PERTIÑEZ VÍLCHEZ, ob. cit., p. 1635.

³⁰²⁴ En la valoración del carácter abusivo de una cláusula de contenido normativo no debe tenerse en cuenta el precio del contrato, pues, como hemos dicho, el control de las cláusulas de contenido normativo se justifica porque las mismas no son tomadas en cuenta por el consumidor a la hora de contratar.

Sin embargo, de manera excepcional, un precio más bajo puede legitimar en un momento dado la validez de una cláusula de contenido normativo cuando ésta sea asumida de manera consciente por el consumidor, como ocurre en los casos de elección de tarifas, pero en dicho evento la cláusula en cuestión deja de ser una condición general para convertirse en una cláusula plenamente consentida que escapa, por tanto, al control de contenido.

Al respecto, PERTIÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1636.

La definición de la abusividad, en otros términos, no se hace en abstracto respecto de cada cláusula, sino teniendo en cuenta la totalidad del clausulado del contrato, pues aquel juicio supone la valoración conjunta o global de éste, así la ruptura del equilibrio contractual se deba a la existencia de una sola cláusula abusiva.³⁰²⁵

En la valoración del carácter abusivo de una cláusula, el juez ha de tener en cuenta los criterios instrumentales de ponderación previstos en el artículo 82.3 TRLGDCU (art. 4º de la Directiva 93/13/CEE), vale decir, la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, las circunstancias concurrentes al momento de su celebración, las demás cláusulas contractuales y los contratos conexos.

Tales criterios han de informar todo el juicio de abusividad para la definición del desequilibrio contractual (la confrontación de las expectativas reales del consumidor con el contenido contractual efectivo y la valoración de la eventual legitimidad de las posibles desviaciones del derecho dispositivo), su importancia, su razonabilidad y su contrariedad con la buena fe.³⁰²⁶

126.1. Las circunstancias concurrentes al momento de la celebración del contrato.

Por su propia naturaleza, este criterio de ponderación tiene lugar en el juicio de abusividad de las cláusulas insertas en un contrato concreto, como rasero del perjuicio sufrido por un consumidor individualizado o como parámetro de la conformidad del proyecto contractual con las exigencias de la buena fe.³⁰²⁷

Ahora bien, cronológicamente la norma ordena la ponderación exclusiva de las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato, o su evolución previsible por un empresario diligente, lo que excluye que la declaración de nulidad se extienda a circunstancias fácticas concretas que se verifican con posterioridad a la mencionada celebración, en particular al comportamiento observado por las partes durante la ejecución del contrato o en el momento de reclamar su cumplimiento.

Sin embargo, en ocasiones la propia ley impone un juicio de abusividad *a posteriori*, que exige la ponderación ineludible de la concreta incidencia o cobertura de una cláusula sobre las posiciones respectivas de las partes en el momento de desplegar sus efectos, como sucede con los supuestos previstos en los artículos 85.10 y 86.3 del TRLGDCU.³⁰²⁸

³⁰²⁵ Díez-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 458.

³⁰²⁶ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 101.

³⁰²⁷ Según el Considerando 16 de la Directiva 93/13/CEE, en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor.

³⁰²⁸ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 105-7.

Los contratos efectivamente celebrados por éste obedecen a una multiplicidad de situaciones y condicionamientos fácticos concretos, que han de ser objeto de la ponderación del juez, tales como la situación en que se hallaba el consumidor a la hora de consentir y su posición de fuerza frente al predisponente, así como las eventuales presiones recibidas o los condicionamientos impuestos por el empresario.

La fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes se ha de valorar, bien para mitigar o bien para intensificar los indicios de abusividad de la cláusula sujeta a control, si el consumidor ha sido inducido por el profesional a aceptarla o si, por el contrario, el contrato ha sido celebrado a petición del consumidor.

En el primer caso, cobra especial relevancia la eventual existencia de una práctica comercial engañosa;³⁰²⁹ en el segundo, por su parte, la iniciativa del consumidor en la contratación es un criterio que habrá de completarse, de ser pertinente, con la valoración de su necesidad y urgencia en contratar, como sucede con la adquisición de artículos de lujo, también sometida a control.³⁰³⁰

El análisis de la fuerza negociadora de las partes exige valorar si el consumidor tenía o no modos alternativos de satisfacer su interés, concluyendo contratos en condiciones similares con sujetos diversos, sin que deviniese necesaria la inserción de la cláusula en cuestión.

Priva al consumidor de la posibilidad de soluciones alternativas la uniformidad de las condiciones generales utilizadas en determinados sectores, lo que aumenta la sospecha de abusividad de las cláusulas que las conforman.³⁰³¹

Las condiciones o cualidades personales del consumidor o consumidores, caracterizados por su inexperiencia o vulnerabilidad frente a determinado tipo de productos o servicios, también pueden ser una circunstancia concurrente al contratar que puede ser valorada en el control de abusividad de las cláusulas que incide en el *test* de comprensibilidad del consumidor y sus consecuencias, como sucede en materia de adquisición de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas emitidas por ciertas entidades bancarias, en la que el perfil del cliente está llamado a jugar un papel importante en la valoración judicial de la validez de los contratos inscritos en el ámbito de los servicios de inversión.

Aunque el grueso de las decisiones dictadas en esta materia han fundado la nulidad decretada en la existencia de un error esencial y excusable sobre la característica

³⁰²⁹ STJUE, de 15 de marzo de 2013 (Asunto Jana Perenicová), donde el Tribunal declara que una práctica comercial engañosa puede ser valorada al ponderar la abusividad de las cláusulas contractuales que la reflejan.

Al respecto, CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 104.

³⁰³⁰ *ob. cit.*, p. 104.

³⁰³¹ *ob. cit.*, p. 104.

del producto adquirido, el perfil del consumidor sirve como instrumento de ponderación de la transparencia ofrecida por el clausulado contractual y, en consecuencia, de criterio para definir la nulidad del mismo por falta de transparencia de las cláusulas definitorias de los rasgos esenciales de los productos financieros, con repercusión sobre la validez del contrato en su integridad.³⁰³²

126.2. La naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato.

La naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato ha de ser tenida en cuenta como criterio de valoración de la abusividad de la cláusula predispuesta de que se trate (art. 82.3 TRLGDCU).

A diferencia de las circunstancias concurrentes al momento de la celebración del contrato, que permite una fiscalización circunstanciada en la medida en que posibilita una contextualización de la cláusula en la situación existente al tiempo del perfeccionamiento del contrato, examinando las concretas circunstancias que han concurrido a su celebración, la naturaleza del objeto contractual permite un control in abstracto de las cláusulas abusivas, con el objeto de eliminar o cesar la utilización de las condiciones generales predispuestas incluidas o que se proyecta incluir en una pluralidad de contratos.³⁰³³

Existen desequilibrios en la posición respectiva de las partes que, carentes de justificación con carácter general, pueden hallarla en las características del bien o servicio objeto del contrato.

La propia lista de cláusulas prohibidas matiza la abusividad de alguna de las estipulaciones que recoge en la medida en que se trate de contratos suscritos en el ámbito de los servicios financieros (art. 85, apartados 3 y 10, a propósito de la modificación unilateral de las condiciones del contrato y la adaptación de precios a un índice legal), y existen algunos sectores de la contratación en los que la naturaleza del bien o servicio es utilizado como criterio de ponderación para salvar la validez de cláusulas difícilmente sostenibles en otro tipo de contratos.³⁰³⁴

³⁰³² STS de 18 de abril de 2013, sobre responsabilidad de la entidad bancaria por defectuoso cumplimiento del servicio de inversión, en especial la falta de los deberes de diligencia e información. La averiguación del perfil de riesgo del cliente, que la entidad bancaria tiene la obligación de efectuar dentro del necesario *test* de conveniencia, se integra al contenido del contrato, de modo que para establecer el correcto cumplimiento de este, el juez ha de valorar la adecuación a dicho *test* de los productos adquiridos.

Al respecto, CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 105.

³⁰³³ *ob. cit.*, p. 103.

³⁰³⁴ Los elevados costes asumidos por el organizador en los viajes que incluyan el flete de aviones o buques justifica la inaplicación de los topes indemnizatorios por cancelación unilateral del consumidor (art. 160 TRLGDCU). En la contratación del servicio de instalación y mantenimiento de ascensores, algunas audiencias justifican los dilatados plazos de duración atendiendo la importancia de la inversión realizada y la necesidad del arrendador los medios técnicos y humanos necesarios para la prestación del servicio. Sin embargo, los costes asumidos por las empresas de instalación de ascensores, no justifican la inserción de cláusulas penales por desistimiento unilateral del consumidor.

En el ámbito del transporte aéreo, se ha reputado conforme a derecho la cláusula por la que el transportista se exonera de responsabilidad por los daños ocasionados al equipaje como consecuencia de las tareas de registro o inspección. Igualmente, las peculiaridades de la navegación aérea no legitiman la inadmisión del transporte de objetos inocuos, ni la exoneración de responsabilidad de la compañía en los supuestos de retraso en los vuelos, ni la eventual pérdida de enlaces por el viajero.

126.3. Las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

Otro criterio central de ponderación de la abusividad de una cláusula lo constituye el sentido global del contrato (art. 1285 c.c. esp.) o, como dice el artículo 82.3 del TRLGDCU, “*todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa*”.

La centralidad de este criterio radica en que la existencia misma de un desequilibrio contractual no puede valorarse sin atender a la posición recíproca de las partes, la que en un buen número de casos se define en cláusulas materialmente independientes.

En muchas ocasiones, en efecto, la abusividad de una cláusula deriva de la incidencia que sobre ella ejerce otra u otras cláusulas materialmente independientes.³⁰³⁵

Esta regla de la totalidad, por la que se interpretan unas cláusulas contractuales por otras, se extiende, en materia de cláusulas abusivas, más allá del estricto contenido contractual hasta alcanzar a cláusulas contenidas en contratos conexos con el enjuiciado, lo que puede conducir a resultados antagónicos, como cuando el desequilibrio generado por la cláusula enjuiciada resulta compensada por la cláusula en contraste o cuando ésta, inversamente, acentúa el desequilibrio confirmando la nulidad del conjunto del contrato.

De esta manera, el otorgamiento al empresario de una facultad de resolución unilateral puede verse compensada por el reconocimiento al consumidor de una facultad idéntica, resultando de ello una cierta simetría entre las cargas o facultades de las partes (criterio del espejo).³⁰³⁶

Sin embargo, el reconocimiento de facultades idénticas carecerá de valor neutralizante del carácter abusivo de una cláusula si otra, contenida en el mismo contrato, o en otro con el que éste mantenga algún nexo, reconoce como contraprestación al consumidor una facultad falsa, irrealizable en la práctica, o puramente formal, constituyendo un equilibrio o una simetría aparentes.³⁰³⁷

Al respecto, CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 102 y las decisiones de las Audiencias Provinciales españolas citadas en las notas 78-82.

³⁰³⁵ CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 108.

³⁰³⁶ El riesgo de nulidad de la cláusula de prórroga tácita de un contrato si el consumidor no lo denuncia en determinado plazo, puede atenuarse e incluso eliminarse si se grava al profesional con la carga de avisar al consumidor de la proximidad del plazo y de las consecuencias de su silencio; o la nulidad de la cesión de contrato no consentida se corrige mediante la concesión al consumidor de garantías reforzadas de cobro (art. 86. 3 TRLGDCU).

Sobre este asunto, CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 108.

³⁰³⁷ STS, Civil Pleno, de 9 de mayo de 2013 (v. CARBALLO FIDALGO, *ob. cit.*, p. 108).

TÍTULO NOVENO

LAS FUNCIONES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL MARCO DEL JUICIO DE ABUSIVIDAD

127. Introducción.

Como fue visto, el principal problema metodológico que plantea la aplicación judicial de la prohibición de abuso es que, por su alto grado de indeterminación normativa y por la indefinición del concepto de desequilibrio injustificado, el juez no puede de manera directa, es decir, mediante simple subsunción, definir cuándo una cláusula o condición es abusiva, sino que debe emprender un proceso de concreción normativa en busca de una regla de decisión que le permita resolver el caso en examen, con el riesgo que ello supone de decisiones absurdas o arbitrarias, dada la especificidad de los casos en conflicto y la variabilidad e insuficiencia de los criterios materiales a utilizar.³⁰³⁸

En este sentido, el principio de proporcionalidad puede ser utilizado como un criterio estructural que sirva al juez para determinar, frente a un caso concreto, el contenido de la prohibición de abuso y los derechos y posiciones que esta norma garantiza a favor de los consumidores, así como fundamentar las decisiones que aquél deba adoptar en los procesos de control material de las condiciones generales de los contratos de consumo (v. *infra* 128 y 127, respectivamente).³⁰³⁹

127.1. Plan de exposición.

En el marco del sistema de control de cláusulas abusivas, una vez definida la estructura del principio de proporcionalidad y de cada una de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en el Capítulo XXV analizaremos las funciones que cumple dicho principio como base del proceso de concreción normativa de la prohibición de abuso y criterio de valoración y fundamentación de

³⁰³⁸ KOCH, Hans-Joachim y RÜßMANN, Helmuth, *Juristische Begründungslehre, Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, Múnich, C. H. Beck, 1982, p. 126 ss; y CALDERAI, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, *ob. cit.*, p. 88.

³⁰³⁹ Como se sabe, las cláusulas y condiciones que el predisponente impone al consumidor deben respetar el contenido prescriptivo de las normas sobre abusividad contractual, en especial la prohibición de abuso, aspecto que garantiza el sistema de control material de las condiciones generales y la nulidad con que son sancionadas las cláusulas abusivas (art. 44 EC).

Por otra parte, teniendo en cuenta la indeterminación normativa de la prohibición de abuso, de la que emergen incertidumbres y disputas interpretativas cuya solución no puede extraerse de su texto mismo, el principio de proporcionalidad en sentido amplio, y cada uno de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, auxilian al juez en la concreción de aquella norma, como quiera que la definición de su contenido es un presupuesto de su aplicación a un caso concreto de abusividad contractual.

El principio de proporcionalidad estructura de manera racional la fundamentación correcta de tal proceso de concreción o precisión normativa y los actos judiciales en que éste se materializa, en especial las normas derivadas que puedan ser adscritas interpretativamente a la prohibición de abuso.

Al respecto, SIECKMANN, *Zur Begründung von Abwägungsurteilen*, *ob. cit.*, p. 45 ss; e *Id.*, *Richtigkeit und Objektivität im Prinzipienmodell*, *ob. cit.*, p. 14 ss.

las decisiones adoptadas en el juicio de abusividad para definir si la cláusula o condición en examen es o no abusiva.

CAPÍTULO XXV

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO BASE DE LA FUNDAMENTACIÓN Y CRITERIO ESTRUCTURAL DE CONCRECIÓN NORMATIVA DE LA PROHIBICIÓN DE ABUSO

128. Concreción y fundamentación de la prohibición de abuso.³⁰⁴⁰

128.1. Prolegómenos de la cuestión.³⁰⁴¹

Un sistema jurídico pretendidamente completo y abierto, no concluso o definitivamente preestablecido y cerrado, lo integran reglas y principios, vale decir, tanto normas precisas y determinadas, así como cláusulas generales, normas y conceptos jurídicos indeterminados (principios en sentido amplio), que actúan como válvulas del sistema y que, por no enumerar ni describir cerradamente los supuestos, ni establecer claramente sus consecuencias, exigen del juez la elaboración de la regla que reclama el caso concreto.³⁰⁴²

En este contexto, en el que el juez se enfrenta a la necesidad de elaborar una regla específica para solucionar un caso concreto a partir de un principio o una norma general e indeterminada, se habla indistintamente de elaboración (*Fortbildung*), especificación, formación, individualización o concreción normativa.³⁰⁴³

La explicación de tal fenómeno se hace frecuentemente a partir del concepto de delegación: el legislador delega en el juez la tarea de calificar o especificar, según ciertos criterios o parámetros de valoración y atendiendo las circunstancias y especificidades del caso concreto, el ámbito normativo del principio o cláusula general.³⁰⁴⁴

En otras palabras, la aplicación de los principios y cláusulas generales, reclama una técnica o un método casuístico de formación judicial de reglas jurídicas, como quiera

³⁰⁴⁰ Respecto de la concreción o especificación normativa que supone la aplicación judicial de principios y, en general, de cualquier norma o concepto jurídico indeterminado y abierto, v. ESSER, Josef, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts (Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado)*, Eduardo VALENTÍ FIOL, trad., Barcelona, Bosch, 1961), Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1956; ENGISCH, Karl, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit (La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales)*, Juan José GIL CREMADES, traducción y estudio preliminar, Granada, Comares, 2004), Heidelberg, Carl Winter, 2ª Auflage, 1968; y, en especial, SCHMIDT, Martin, *Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht (Concretization of General Clauses in European Private Law)*, Berlín, Walter de Gruyter, 2009.

³⁰⁴¹ PANUCCIO, *Applicazioni giurisprudenziale degli standards valutativi*, ob. cit., p. 85 ss.

³⁰⁴² IRTI, Natalino, "La crisi della fattispecie", *Rivista di diritto processuale*, vol. 69, 1, 2014, p. 36-44.

³⁰⁴³ ESSER, Josef, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto (Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung)*, trad. italiana de PATTI, Salvatore y ZACCARIA, Giuseppe, introducción de RESCIGNO, Pietro), Nápoles, Esi, 1983, p. 57. v., también, PATTI, Salvatore, «Dall'accertamento del fatto all'individuazione della norma», en RESCIGNO y PATTI, *La genesi della sentenza*, ob. cit., p. 63 ss.

³⁰⁴⁴ SCODITTI, Enrico, «Concretizzare ideali di norma, Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis», en D'AMICO, Giovanni (dir.), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milán, Giuffrè, 2017, p. 181 ss (antes también en *Giustizia civile*, 4, 2015, p. 685-721).

que el contenido de tales normas, integrado por tipos abstractos y generales de comportamiento, reenvía a valoraciones que no se limitan a una actividad meramente reconocitiva, sino que exige del juez un juicio de valor respecto del caso concreto que se traduce en una norma individual.³⁰⁴⁵

De acuerdo con esta teoría, el principio o cláusula general supone una directiva y una autorización impartida por el legislador a favor del juez que amplía el *officium iudicis*.³⁰⁴⁶

En la aplicación de la cláusula general o del principio en sentido lato, se priva al juez de un supuesto de hecho fijo y predeterminado y se le pone de presente el deber de elaborar, de la manera más racional y objetiva posible, mediante la valoración correspondiente, la regla que requiera la solución del caso concreto.³⁰⁴⁷

En los sistemas jurídicos actuales conviven, perfectamente integradas, tanto reglas como principios en sentido amplio, es decir, las cláusulas generales, los conceptos jurídicos indeterminados y las formulaciones normativas abiertas.³⁰⁴⁸

No basta, en efecto, con que los elementos del supuesto de hecho estén descritos con un grado más o menos notable de indeterminación normativa, sino que es necesario y hasta deseable que ciertas normas presenten una estructura abierta, como sucede con los principios *lato sensu*, en el sentido de que no efectúen ellas mismas la calificación jurídica del hecho, sino que delegue esta función al intérprete o aplicador jurídico.³⁰⁴⁹

No se trata, por tanto, de supuestos de hecho definidos previa y enteramente por el legislador, sino de supuestos de hecho cuya elaboración o construcción corresponda al juez a partir de las expresiones genéricas e indeterminadas utilizadas por aquél en la ley.³⁰⁵⁰

³⁰⁴⁵ SCODITTI, *Concretizzare ideali di norma*, *ob. cit.*, p. 181 ss.

³⁰⁴⁶ ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, *ob. cit.*, p. 57.

³⁰⁴⁷ TARUFFO, Michele, "La giustificazione delle decisioni fondate su standards", *Materiali per una storia de la cultura giuridica*, Anno XIX-1, 1989 (giugno), p. 151-173, también en COMANDUCCI, Paolo y GUASTINI, Riccardo, *L'analisi del ragionament giuridico, Materiali ad uso degli studenti*, t. II., Turín, Giappichelli, 1989, p. 311-44.

³⁰⁴⁸ FORCELLINI, Federica y IULIANI, Antonello, "Le clausole generali tra struttra e funzione", *Europa e diritto privato*, 2013, 2, p. 410 ss.

³⁰⁴⁹ FORCELLINI y IULIANI, *Le clausole generali tra struttra e funzione*, *ob. cit.*, p. 410 ss.

³⁰⁵⁰ FORCELLINI y IULIANI, *ob. cit.*, p. 410 ss.

128.bis. El principio de proporcionalidad como base de la fundamentación de las decisiones adoptadas en el marco del juicio de abusividad.³⁰⁵¹

A este respecto ha de tenerse en cuenta que la concreción o precisión de la prohibición de abuso y los resultados de tal proceso, en particular las normas derivadas que pueden ser adscritas interpretativamente al artículo 42 EC, serán reconocidos como actos correctos en la medida en que ofrezcan razones o argumentos acertados como sustento de la postura asumida por el juez (pretensión de validez), y estén respaldados por una fundamentación acertada,³⁰⁵² es decir, por un conjunto de argumentos organizados mediante un razonamiento jurídico riguroso, con apego a las reglas de la lógica, que ofrezca garantías de objetividad o racionalidad jurídicas.³⁰⁵³

Con este propósito, la dogmática y la metodología jurídicas han propuesto una gama de criterios estructurales que pueden ser seguidos por los jueces en los procesos de control material de las cláusulas o condiciones generales, bien como guías para definir el contenido normativo de la prohibición de abuso (como tal distintos de las reglas procesales sobre carga de la prueba, interpretación e integración normativa o contractual), o bien para fundamentar las decisiones que se adopten en el marco del juicio de abusividad.³⁰⁵⁴

³⁰⁵¹ TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standars*, ob. cit., p. 311-44; FETERIS, Eveline, *Fundamentos de la argumentación jurídica, Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales* (Alberto SUPELANO, trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007; KOCH y RÜBMAN, *Juristische Begründungslehre*, ob. cit., p. 126 ss; y MAC CORMICK, Neil, "La argumentación y la interpretación en el derecho", RVAP, 36, 1993, p. 201 ss.

³⁰⁵² TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standars*, ob. cit., p. 151-73; COHEN-ELIYA, Moshe y PORAT, Iddo, "Proportionality and Justification", University of Toronto Law Journal, 64 (3), 2014, p. 458-77.

³⁰⁵³ TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standars*, ob. cit., p. 151-73. Ahora bien, la corrección del acto mediante el cual se define la abusividad de la cláusula o condición en examen no se deriva del hecho de provenir de la instancia encargada de fijar el contenido vinculante de las normas legales de abusividad, sino más bien por tratarse de un acto jurisdiccional sustentado en una fundamentación correcta o suficiente.

La decisión con la que el juez define el contenido concreto de la prohibición de abuso será una decisión correcta en la medida en que la interpretación asumida por aquel se halle fundamentada en razones o argumentos suficientes y sea el resultado de un razonamiento jurídico riguroso.

Al respecto, ALEXY, Robert, «Law and Correctness», en FREEMAN, Michael (ed.), *Legal Theory at the End of the Millennium*, Current Legal Problems, 51, 1998, p. 205.

En este sentido, el principio de proporcionalidad no sólo opera como un límite a la facultad del predisponente de definir de manera unilateral el contenido del contrato, sino también como criterio que permite al juez estructurar el proceso de concreción normativa al que básicamente se reduce el juicio de abusividad. De esta manera, el principio de proporcionalidad opera como el criterio metodológico que, con mayores garantías de racionalidad y objetividad jurídicas, permite al juez definir la vinculación concreta del predisponente a la prohibición de abuso.

Sobre este particular, CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 88.

³⁰⁵⁴ KOCH y RÜBMAN, *Juristische Begründungslehre*, p. 126 ss; ALEXY, *Justification and Application of Norms*, ob. cit., p. 157; e *Id.*, *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen*, ob. cit., p. 13

128.bis.1. La corrección del acto de concreción normativa de la prohibición de abuso.³⁰⁵⁵

En el marco del juicio o test de abusividad, la principal función que cumple el principio de proporcionalidad es la de servir de criterio interpretativo en la determinación o concreción del contenido normativo de la prohibición de abuso, y de los derechos y posiciones que esta norma garantiza a favor de los consumidores. La determinación de tal contenido (concreción), está ligado al problema de la correcta fundamentación de las decisiones de control de abusividad de las cláusulas o condiciones mediante las cuales el predisponente interviene en la órbita de tales derechos.³⁰⁵⁶

Ahora bien, la concreción del contenido normativo de los derechos del consumidor, no es únicamente una decisión de autoridad de los jueces, sino que es ante todo un acto jurisdiccional que, como tal, supone una pretensión de corrección (*Richtigkeit*), lo que significa que toda concreción de los derechos del consumidor se erige a sí misma como una decisión correcta que pretende ser reconocida como tal, no sólo por las partes del contrato, sino por todos los terceros en éste, incluidos los poderes públicos, y no sólo por provenir del órgano legal o constitucionalmente competente, sino, ante todo, por constituir una decisión respaldada por una fundamentación correcta.³⁰⁵⁷

De la pretensión de corrección se deriva el deber judicial de fundamentar correctamente la concreción del contenido normativo de los derechos del

³⁰⁵⁵ ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, ob. cit., p. 57; SCODITTI, *Concretizzare ideali di norma*, ob. cit., p. 167-200; e ID., «*Interpretazione e clausole generali*», en DALFINO, Domenico, *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, Roma Tre Press, 2016, p. 555-65.

³⁰⁵⁶ Los derechos de los consumidores, en efecto, están dotados de validez jurídica, y uno de los efectos de tal validez es que el predisponente se halla vinculado por su contenido, vale decir, que las cláusulas o condiciones que éste en los contratos de adhesión, debe respetar el contenido de los derechos del consumidor, respeto que garantiza el sistema de control judicial de abusividad previsto en la ley, de manera que si un juez, al término de un procedimiento de control, concluye que una cláusula o condición vulnera algún derecho del consumidor, debe declarar su nulidad y excluirla del contenido del contrato.

Como quiera que la determinación del contenido normativo de todo enunciado jurídico es un presupuesto lógico de su aplicación, el control judicial de abusividad tropieza con graves dificultades cuando, como sucede con la prohibición de abuso, el contenido normativo de los derechos del consumidor no aparece determinado por completo en el texto de la ley (art. 42 EC), lo que suscita incertidumbres interpretativas que deben ser disipadas previamente por el juez cuando pretenda aplicar tales derechos a los casos concretos de abusividad que le corresponde resolver.

En síntesis, cada vez que el juez aplica los derechos del consumidor para resolver un caso de abusividad contractual cuya solución no emana directamente de la ley, debe determinar de antemano el contenido normativo de tales derechos. Este acto de determinación del contenido normativo de los derechos del consumidor es lo que se conoce con el nombre de “concreción”.

Al respecto, BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 76-7; y BUCHWALD, Delf, «*Rational legal justification: Coherence and concreteness*», en KOCH, Hans Joachim / NEUMANN, Ulrich (eds.), *Praktische Vernunft und Rechtsanwendung*, ARSP, Beiheft 53, 1994.

³⁰⁵⁷ Toda concreción de los derechos del consumidor, en otros términos, supone, en primer lugar, que ella se pretenda a sí misma como una decisión correcta; que pretenda ser reconocida y considerada en la práctica judicial como una decisión correcta; y, finalmente, que se pretenda a sí misma como una decisión susceptible de ser fundamentada. Sobre estos elementos de la pretensión de corrección.

Sobre este asunto, BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 78-9; ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, ob. cit., p. 41 ss; e Id., *Law and correctness*, ob. cit., p. 88.

consumidor, como quiera que toda concreción será reconocida con mayor facilidad como una decisión correcta,³⁰⁵⁸ y como una decisión susceptible de ser fundamentada, si en la práctica, esto es, en los fundamentos de la decisión se ofrecen argumentos interpretativos acertados o razones correctas como respaldo de la postura asumida por el juez que resuelve el caso concreto de abusividad contractual.³⁰⁵⁹

128.bis.2. Fundamentación interna y externa.

La fundamentación interna consiste en el tránsito de una norma general a una norma individual (el fallo de la sentencia con que se define la abusividad de la cláusula o condición en examen), y se estructura a partir de los tres siguientes elementos: una premisa mayor (la norma legal de abusividad, que puede ser una norma directamente estatuida o una norma adscrita), una premisa menor y una conclusión.³⁰⁶⁰

Premisa mayor: (1) (x) (Tx→ORx)

Premisa menor: (2) Ta

Conclusión: (3) Ora (1), (2).

³⁰⁵⁸ BUCHWALD, *Rational legal justification: Coherence and concreteness*, ob. cit., p. 88.

³⁰⁵⁹ Sobre este deber judicial de fundamentación, aunque referido al campo constitucional, v. BRÜGGEMANN, Jürgen, *Die richterliche Begründungspflicht: verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an die Begründung gerichtlicher Entscheidungen*, Berlín, Dunker und Humblot, 1971; y KOCH y RÜBMAN, *Juristische Begründungslehre*, ob. cit., p. 126 ss.

³⁰⁶⁰ WRÓBLEWSKI, Jerzy, "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", *Rechtstheorie*, 5, 1974, p. 33-46; ALEX, Robert, "Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse", *RJ*, vol. 5, 2, 1992, p. 143 ss; *Id.*, *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 214-23; y BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 92.

El control material de abusividad de las condiciones generales es un tipo específico de discurso jurídico, cuyo resultado es una decisión judicial (el fallo contenido en la sentencia), que como tal debe ser debidamente fundamentada. La fundamentación de las decisiones judiciales se proyecta en una dimensión interna y en una dimensión externa. La fundamentación interna es el razonamiento mediante el cual se infiere el fallo de las premisas que lo sustentan.

La fundamentación externa, por su parte, es el razonamiento mediante el cual se definen las premisas que conforman la fundamentación interna que sustenta la decisión contenida en el fallo. La fundamentación interna de toda decisión judicial consiste en el tránsito desde una norma general hasta una norma particular (el fallo), tránsito que básicamente reviste la estructura de un silogismo, conformado por una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión.

La premisa mayor es una norma general establecida por una disposición nacida de una de las fuentes del derecho. La premisa menor, por su parte, consiste en un juicio sobre el cumplimiento de las condiciones previstas en el supuesto de hecho de la norma general. La conclusión, finalmente, es la norma particular contenida en el fallo que se sigue de las premisas mayor y menor.

El concepto de fundamentación interna o de silogismo judicial explica la estructura general de la fundamentación contenida en las sentencias con que se define la abusividad de las condiciones generales de los contratos de consumo. La sujeción de las condiciones generales a la ley y la vinculación del predisponente como destinatario de la prohibición de abuso y de las prohibiciones especiales contenidas en la lista de cláusulas abusivas, imponen al mismo el deber de cumplir lo que tales normas prescriben, so pena de que se declare la nulidad de la cláusula o condición y su expulsión del contenido normativo del contrato.

Al respecto, ALEX, *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 88; y BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 87.

El punto de partida de la fundamentación interna lo constituye la norma legal de abusividad (1), bien se trate de una norma directamente estatuida (la prohibición de abuso, art. 42 EC), o de una norma adscrita.

La premisa menor (Ta) consiste en un juicio subsuntivo según el cual la cláusula o condición en examen (a), individuo del género cláusula o condición general (x) y objeto del control en el caso concreto, cumple las condiciones fijadas en el supuesto de hecho (Tx) de la norma legal de abusividad (1).

La conclusión de este silogismo lo conforma la norma individual ORa, es decir, el fallo de la sentencia con que se define la abusividad de la cláusula o condición en examen y que se sigue de las premisas (1) y (2).

Con esta norma particular el juez da cumplimiento a la prescripción legal que le ordena declarar la nulidad de la cláusula o condición abusiva (a), como quiera que la misma cumple las condiciones del supuesto de hecho (Tx).

La norma legal de abusividad (1) y la premisa menor (2) estructuran el núcleo de la fundamentación interna.

Tales elementos establecen lo siguiente:

1º Norma legal de abusividad (1) o premisa mayor. A toda cláusula o condición se aplica el siguiente enunciado: cuando una cláusula o condición (x) produzca un desequilibrio injustificado en el contenido del contrato (q), y, como consecuencia de ello, contravenga la prescripción del comportamiento contrario ($\neg q$), establecida por una norma legal de abusividad, el juez deberá declarar la nulidad de la cláusula o condición en examen (x); y

2º Premisa menor (2): la cláusula o condición (a), objeto del control en el caso concreto, cumple las condiciones del supuesto de hecho de la norma legal de abusividad (1), porque establece un desequilibrio injustificado en el contenido normativo del contrato (q), que contradice el comportamiento ($\neg q$) previsto por la norma legal de abusividad (1).

De esta manera, el principal problema metodológico que comporta el control material de abusividad es establecer si, en un caso concreto, lo previsto en la cláusula o condición en examen (a) contradice lo prescrito por la norma de abusividad (1).

En los casos concretos, en consecuencia, el juez deberá establecer, en primer lugar, lo que prescribe la norma de abusividad (1), es decir, el comportamiento que ella ordena, permite o prohíbe.

En segundo lugar, el juez deberá examinar el contenido de la cláusula o condición bajo control (a), así como establecer si dicho contenido es contrario a la norma de abusividad (1).

Esto último es una cuestión puramente lógica, pues su respuesta dependerá de la aplicación al caso concreto de relaciones de oposición, contradicción y correlatividad entre las diversas modalidades deónticas contenidas en las normas jurídicas.³⁰⁶¹

Con base en dichas relaciones lógicas, el juez podrá establecer si el contenido de la norma de abusividad y el de la cláusula o condición en examen son incompatibles entre sí.³⁰⁶²

Lo que prescribe la norma de abusividad (1), así como el examen de la cláusula o condición bajo control constituye el objeto, como premisas mayor y menor del silogismo, de la fundamentación externa de la sentencia.

En esta fundamentación deben ofrecerse las razones o los argumentos que permitan definir el contenido de la cláusula o condición en examen y si el juez, tras la interpretación del contrato, concluye que tal cláusula o condición contradice lo prescrito por la norma de abusividad, debe entonces formular y fundamentar un enunciado subsuntivo en el que se afirme que la cláusula o condición cumple las condiciones establecidas en el supuesto de hecho de la norma de abusividad (1), haciendo explícitas las razones que lo llevan a esa conclusión.

En síntesis, la fundamentación externa de la premisa menor consiste básicamente en una interpretación del contrato y en un enunciado acerca de la subsunción de la cláusula o condición bajo el supuesto de hecho de la norma de abusividad aplicable al caso.

Respecto de la fundamentación externa de la premisa mayor, el juez deberá determinar el contenido prescriptivo de la norma de abusividad (1), es decir, lo que ella ordena, permite o prohíbe al predisponente, así como hacer explícitos los argumentos que respaldan su interpretación.

Los argumentos mediante los cuales se construye la fundamentación externa de las premisas mayor y menor, que sustentan la sentencia que define la abusividad de la cláusula o condición en examen, pueden ser juicios acerca del significado de las disposiciones legales sobre abusividad contractual o de otras disposiciones del derecho positivo, enunciados relativos a hechos, precedentes jurisprudenciales o conceptos elaborados por la dogmática jurídica.³⁰⁶³

Según la tesis propuesta en este trabajo, el principio de proporcionalidad estructuraría la fundamentación externa del juicio de abusividad, en especial el proceso de concreción o especificación normativa de la prohibición de abuso y la

³⁰⁶¹ KOCH y RÜBMAN, *Juristische Begründungslehre*, p. 126 ss.

³⁰⁶² BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 94.

³⁰⁶³ BERNAL, ob. cit., p. 95; y ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 214 ss.

norma adscrita que sirve de premisa mayor en la fundamentación interna del fallo con que se define la abusividad de la cláusula o condición en examen.³⁰⁶⁴

129. El principio de proporcionalidad como criterio estructural de concreción normativa de la prohibición de abuso.³⁰⁶⁵

La aplicación judicial de la prohibición de abuso es una operación compleja en la que el juez, dado el carácter de principio de aquélla y la especial estructura del supuesto de hecho,³⁰⁶⁶ concurre en la elaboración de la regla a aplicar.³⁰⁶⁷

La ambigüedad, indeterminación y polisemia de las expresiones empleadas por el legislador en la formulación legal de dicha norma (“desequilibrio” y “desequilibrio injustificado”), remiten a valoraciones que el juez debe especificar en cada caso concreto.³⁰⁶⁸

³⁰⁶⁴ BUCHWALD, Delf, *Der Begriff der rationalen juristischen Begründung, Zur Theorie der juristischen Vernunft (Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie)*, Baden-Baden, Nomos, 1990.

³⁰⁶⁵ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 97 ss; D’AMICO, Giovanni, “*Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*”, *Giustizia civile*, 2015; *Id.*, “*Problemi (e limiti) dell’applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*”, *Giustizia civile*, 3, 2016, p. 443 ss; FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, ob. cit., p. 1-20, también en *Id.*, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milán, Giuffrè, 1999, p. 367 ss., y en AA.VV., *La sentenza in Europa, Metodo, técnica e stile, Atti del Convegno internazionale per l’inaugurazione della nuova sede della facoltà (Ferrara, 10-12 ott. 1985)*, Padua, Cedam, 1988, p. 101 ss; MIQUEL GONZÁLEZ, José María, “*Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho*”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997, I (*Vinculación del juez a la ley*), p. 297-326; y TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondata su standars*, ob. cit., p. 151-73.

³⁰⁶⁶ En normas como la prohibición de abuso, en efecto, ni se enumeran cerradamente sus requisitos, ni se establecen de manera cierta sus consecuencias. En ellas no importa tanto que los elementos del supuestos de hecho estén formulados con un grado o menos notable de indeterminación, sino más bien que la norma presente una estructura abierta, en el sentido de que no sea ella misma la que efectúe la calificación jurídica del hecho, ya definido por el legislador aunque de manera genérica e indeterminada, sino el juez, a quien, por lo mismo, corresponde “construir” o especificar la norma a aplicar, según las circunstancias particulares del caso concreto.

La prohibición de abuso, no opera por sí misma la calificación del hecho al que pueda aplicarse, sino que delega esta función al juez, al que corresponde construir o individualizar, sin la mediación de una norma legislativa, la regla a aplicar al supuesto que juzga o conoce.

Al respecto, D’AMICO, Giovanni, “*Note in tema di clausole generali*”, *In iure praesentia*, 1989, p. 427-61; e *Id.*, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi e limite (nella loro applicazione nell diritto privato in particolare nei rapporti contrattuali)*, ob. cit., p. 72.

³⁰⁶⁷ TASSONE, Bruno, “*Unconscionability” e abuso di dependencia economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*”, *Europa e diritto privato*, 1999, p. 1179 ss; y OCCELLI, Federico, “*L’abuso di dipendenza economica como clausole generale?*”, *Giurisprudenza italiana*, 2015, p. 2666 ss.

Sobre este aspecto, v., también, IRTI, Natalino, “*La crisi della fattispecie*”, *Rivista di diritto processuale*, vol. 69, núm. 1, 2014, p. 36-44.

³⁰⁶⁸ FORCELLINI, Federica y IULLIANI, Antonello, “*Le clausole generali tra struttura e funzione*”, *Europa e diritto privato*, 2013, p. 395 ss. En la conformación actual de los sistemas jurídicos conviven, en efecto, dos modelos de actividad legislativa destinados a integrarse mutuamente: la legislación causística o por reglas (*Kasuistische Gesetzgebung*) y la legislación por principios. Al no poder basarse únicamente en reglas, el legislador también es consciente de la imposibilidad de basarse exclusivamente en principios o normas indeterminadas y abiertas.

Puede decirse, en efecto, que los principios constituyen una técnica legislativa concientemente empleada para que, una vez superada su indeterminación y vaguedad, se hagan operativas mediante una decisión reguladora del caso, o una regla concreta que surge de un proceso de especificación o individualización de una norma que no responde al esquema ordinario de un supuesto de hecho específico, fijo y ya preparado, al que corresponde una consecuencia jurídica también determinada.

En otros términos, el juez, con la ayuda de criterios auxiliares de ponderación, como el principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta las particularidades del caso y a través de una regla de decisión concreta (la norma adscrita de abusividad), deberá especificar los conceptos de desequilibrio y de desequilibrio injustificado, formulados de manera genérica e indeterminada en la disposición legal correspondiente.³⁰⁶⁹

En la aplicación judicial de los principios y, como tal de la prohibición de abuso, el juez recibe un poder creativo ciertamente superador de la mera operación silogística, propia de la aplicación judicial de las reglas. Dicho poder, sin embargo, no puede ser ejercitado de modo arbitrario, sino de manera racional, justificada y controlable.

El poder creativo del juez que se deriva de la aplicación de los principios sólo es aceptable en la medida en que se halle respaldado por razones suficientes según el contexto de la decisión.³⁰⁷⁰

Principios como la prohibición de abuso contienen una indeterminación concientemente impresa en ellos por el legislador, quien delega en el juez el poder integrativo o de concreción normativa que caracteriza la aplicación de aquella clase de normas. La aplicación de los principios, en efecto, no se agota en una actividad meramente reconocitiva o de subsumción, como ocurre con la aplicación de las reglas, sino que requiere una valoración referida al caso concreto que se traduce en una individual.

Los principios, en otras palabras, suponen, por una parte, una directiva y, a la vez, por la otra, una delegación u autorización impartida al juez para que, en vista de la situación puesta bajo su conocimiento y jurisdicción, especifique dicha directiva general a través de una regla de decisión concreta. En razón de su incompletud y de su indeterminación normativa, los principios necesitan, para trascender jurídicamente, ser modalizados a través de la norma concreta que los haga efectivamente operativos.

Al respecto, MENGONI, Luigi, *Ermeneutica e dogmatica giuridica, Saggi*, Milán, Giuffrè, 1996, p. 98 ss; y ASTONE, Francesco, "Le clausole generali tra diritto civile e filosofia analitica", *Giurisprudenza italiana*, 2011, p. 1713 ss. Sobre la "delegación" o "transferencia" de la que el legislador inviste al juez para apreciar la situación de hecho y concretar las normas abiertamente formuladas, v. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, ob. cit., p. 261 ss; SCODITTI, *Concretizzare ideali di norma*, ob. cit., p. 181 ss; y CAIANI, Luigi, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padua, Cedam, 1954.

v., también, ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, ob. cit., p. 57 ss; y ARA PINILLA, Ignacio, "Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados", *Anuario de filosofía del derecho*, 21, 2004, p. 107-24.

³⁰⁶⁹ Hay indeterminación normativa cuando los criterios de aplicación de una disposición legal no son determinables sino mediante el recurso a parámetros de juicio concurrentes, adicionales o complementarios (VELUZZI, Vito, *Le clausole generali: semantica e politica del diritto*, Milán, Giuffrè, 2010, p. 34 ss).

Respecto del ámbito indeterminado de la prohibición de abuso (los conceptos de desequilibrio y desequilibrio injustificado), el legislador "delega" en el juez para que, con la ayuda de parámetros como el principio de proporcionalidad, efectúe la calificación especificadora de tal ámbito y construya la regla que reclama la solución del caso o conflicto concreto de intereses sometido a su enjuiciamiento.

Puede decirse que la prohibición de abuso, por su estructura de principio, estando necesitada de concreción o especificación normativa, da lugar a una técnica casuística de formación judicial de reglas jurídicas, como quiera que los principios son aplicables mediante reenvío a un criterio concurrente, adicional o complementario de concreción que, en determinadas circunstancias, por obra de la actividad del juez, integra tipos abstractos y generales de comportamiento.

En otras palabras, los principios suponen una técnica de formación judicial de las reglas a aplicar al caso concreto, sin un modelo de decisión preconstituida por un supuesto de hecho absoluto. En este sentido puede afirmarse que los principios, si bien no contienen normas particulares y concretas, constituyen fuentes mediatas de éstas, comoquiera que indirectamente las producen.

Al respecto, v. SCODITTI, *Concretizzare ideali di norme*, ob. cit., p. 170 ss; y MENGONI, Luigi, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, Milán, Giuffrè, 1987, p. 9.

129.1. Las normas adscritas de abusividad.

Teniendo en cuenta que las normas de abusividad directamente estatuidas, en especial la prohibición de abuso, no permiten su aplicación directa mediante subsunción al caso concreto, el juez se ve en la necesidad de deducir de ellas una norma adscrita que sirva de premisa mayor del fallo mediante el cual se define la abusividad de la cláusula o condición en examen.³⁰⁷¹

En otras palabras, la prohibición de abuso no permite establecer los presupuestos lógicos de su aplicación, ya que no ofrece criterios que permitan saber cuándo existe un desequilibrio en el contrato, ni cuándo una razón es suficiente para justificar tal desequilibrio en perjuicio de los consumidores. Tampoco permite establecer la manera como éstos han de ser indemnizados o reparados de los daños inferidos por el predisponente.

En consecuencia, en los casos en que se deba definir la abusividad de una cláusula o condición concreta, el juez deberá concretar una norma de decisión que sirva de premisa mayor en la fundamentación interna del fallo.

Tal norma adscrita será el resultado de ponderar, dentro de la etapa discursiva del juicio de abusividad, la prohibición de abuso (P₁), por una parte, y el principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen (P₂), por la otra.

A diferencia de las normas de abusividad directamente estatuidas, las adscritas solo de manera indirecta se relacionan con las disposiciones legales de abusividad, pues son el resultado del proceso de concreción normativa en el básicamente consiste el juicio de abusividad.

Ahora bien, el carácter jurídico de este tipo de normas se deriva del hecho de provenir de dos fuentes reconocidas de producción del derecho: la ley y, concretamente, las disposiciones legales de abusividad; así como de la jurisprudencia (creación judicial del derecho).³⁰⁷²

Por otra parte, las normas adscritas se fundamentan a partir de las normas de abusividad directamente estatuidas (señaladamente de la prohibición de abuso y del mandato de ponderación contenido en ésta), normas generales de las que, por cierto, constituyen el resultado del proceso de su concreción normativa.

Sin embargo, dicha relación de fundamentación es indirecta, ya que la validez de las normas de abusividad adscritas se basa primariamente en las razones que

³⁰⁷⁰ TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, ob. cit., p. 153; y BUCHWALD, *Der Begriff der rationalen juristischen Begründung*, ob. cit., p. 311 ss.

³⁰⁷¹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 97 ss.

³⁰⁷² ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, ob. cit., p. 44 ss; y BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 120.

justifican la imposición de la cláusula o condición en perjuicio del consumidor, cuya suficiencia es valorada en la etapa discursiva del juicio de abusividad, con la ayuda del principio de proporcionalidad como criterio metodológico de concreción normativa, del cual se sirve el juez para valorar la suficiencia de las razones que justifican la imposición de la cláusula o condición impuesta por el predisponente y, a partir de allí, definir su abusividad teniendo en cuenta las condiciones específicas del caso concreto.

Las normas de abusividad adscritas sirven de premisa mayor en la fundamentación interna del fallo mediante el cual el juez del caso define la abusividad de la cláusula o condición impuesta por el predisponente en perjuicio del consumidor.

Como fue dicho, el fallo de abusividad es la conclusión o el resultado de un juicio de subsunción de la premisa menor (**n**), esto es, la cláusula o condición en examen, dentro del supuesto de hecho de la premisa mayor (**N**), es decir, la norma adscrita definida en la etapa discursiva del juicio de abusividad.

La coherencia del fallo en relación con sus premisas se denomina “fundamentación interna”.³⁰⁷³

De acuerdo con la “ley de colisión” (ALEXY), la norma que surja de la etapa discursiva debe ser adscrita al contenido normativo del principio que tenga prioridad en la ponderación.

De esta manera, en los casos en que la prohibición de abuso (P_1), predomine o preceda sobre el principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen (P_2), es decir, cuando el juez declare la nulidad de la cláusula o condición en examen, $C_1 (P_1 \mathbf{P} P_2)$, la premisa mayor de la fundamentación interna del fallo será una norma de abusividad adscrita al contenido prescriptivo de la disposición legal correspondiente (art. 42 EC) y, más exactamente, desde la perspectiva de P_1 , una prohibición de abuso en las condiciones C_1 .³⁰⁷⁴

Por el contrario, en los casos en que el principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en perjuicio del consumidor (P_2), prime o desplace a la prohibición de abuso (P_1), vale decir, cuando el juez declare la legitimidad de la cláusula o condición en examen, $C_2 (P_2 \mathbf{P} P_1)$, la premisa mayor del fallo será una norma adscrita a la disposición que establezca el principio dominante en la ponderación.

Desde la perspectiva de la prohibición de abuso (P_1), dicha norma representa una excepción o una restricción de esta, pues en las condiciones C_2 , al predisponente le estará permitido imponer unilateralmente al consumidor la cláusula o condición

³⁰⁷³ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 88.

³⁰⁷⁴ CRIADO-CASTILLA, *El juicio de abusividad*, ob. cit., p. 16.

en examen, no obstante el desequilibrio contractual que gravita o pesa sobre éste.³⁰⁷⁵

Las normas adscritas que surgen de la ponderación propia de la etapa discursiva del juicio de abusividad ostentan el carácter de reglas, lo que equivale a decir que son determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.

Como fue visto, el juicio de abusividad supone una colisión entre la prohibición de abuso (P₁), por una parte, y el principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en perjuicio del consumidor (P₂), por la otra, cuya resolución exige que el juez establezca una relación de precedencia condicionada de las posibilidades fácticas y jurídicas de realización de los principios relevantes.³⁰⁷⁶

Las posibilidades fácticas de realización tanto de la prohibición de abuso, como del principio que fundamenta la imposición unilateral de la cláusula o condición en examen (P₁ y P₂), son definidas mediante la aplicación de los sub-principios de idoneidad y necesidad. Las posibilidades jurídicas, por su parte, son definidas mediante la aplicación del sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto.

El supuesto de hecho de la norma adscrita que sirve de premisa mayor en la fundamentación interna del fallo lo constituyen las condiciones fácticas y jurídicas en las que uno de los principios relevantes en la ponderación tiene prioridad sobre el otro.

La consecuencia jurídica de aquella norma será, por su parte, la prevista en el principio que prime o prevalezca en la ponderación.

Si en unas condiciones determinadas la prohibición de abuso prevalece sobre el principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen, es decir, C₁ (P₁ **P** P₂), el juez deberá entonces declarar la nulidad de esta y ordenar la reparación de los daños causados al consumidor afectado.

Por el contrario, si bajo unas condiciones distintas, el principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen prima sobre la prohibición de abuso, es decir, C₂ (P₂ **P** P₁), el juez deberá entonces declarar la validez de la cláusula o condición impuesta por el predisponente, a pesar del desequilibrio contractual que esta causa en perjuicio del consumidor adherente.

De esta manera, la realización por parte del predisponente del supuesto de hecho previsto en la norma adscrita, es decir, la subsunción de la premisa menor en la premisa mayor, apareja la consecuencia jurídica prevista en el principio que tenga prioridad en la ponderación.

³⁰⁷⁵ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 16.

³⁰⁷⁶ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 87; e *Id.*, *Zur Struktur der Rechtsprinzipien*, *ob. cit.*, p. 99-100.

La fundamentación interna del fallo consiste, precisamente, en este juicio de adecuación.

En otras palabras, el nexo de contradicción o de identidad entre la norma adscrita y el objeto concreto de control del juicio de abusividad (la cláusula o condición en examen), determina la validez de esta como contenido del contrato.

Si el supuesto de hecho de la premisa mayor (**N**) lo constituyen las condiciones en las que la prohibición de abuso tiene prioridad sobre el principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen, $C_1 (P_1 \mathbf{P} P_2)$, la realización de dicho supuesto por parte del predisponente (la cláusula o condición **n** que produce en perjuicio del consumidor un desequilibrio del contrato), apareja que el juez deba declarar su nulidad y su consecencial exclusión como contenido del contrato, así como ordenar el restablecimiento o la reparación de los daños que cláusula abusiva produce, es decir, $C_1 \rightarrow R_1$.

Por el contrario, si el supuesto de hecho de la premisa mayor (**N**) lo constituyen las condiciones en las que el principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición prima o prevalece sobre la prohibición de abuso, esto es, $C_1 (P_2 \mathbf{P} P_1)$, la realización por parte del predisponente de dicho supuesto mediante la cláusula o condición que introduce un desequilibrio en el contrato (**n**), es decir, las condiciones en que dicho desequilibrio se encuentra justificado, apareja la declaratoria judicial de su validez como contenido normativo del contrato, es decir, $C_2 \rightarrow R_2$.

129.1.1. La especificación o concreción normativa y la legitimidad de la adscripción judicial de normas de abusividad contractual.³⁰⁷⁷

La adscripción de normas en el marco del juicio de abusividad suscita problemas en cuanto al carácter declarativo o constitutivo de la propia actividad de concreción normativa por parte de los jueces de conocimiento, así como respecto de los riesgos que para la seguridad jurídica supone tal definición del contenido de las normas legales de abusividad.³⁰⁷⁸

El primer problema se relaciona con el *status* de las normas adscritas y la legitimidad de los jueces para concretar tal tipo de normas en el marco del juicio de abusividad.

La segunda cuestión se refiere, por su parte, al grado de racionalidad u objetividad que las decisiones de los jueces pueden alcanzar cuando concretizan las normas adscritas, es decir, el riesgo que para la seguridad jurídica puede suponer el

³⁰⁷⁷ PATTI, *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, ob. cit., p. 171 ss.

³⁰⁷⁸ PATTI, ob. cit., p. 171 ss.

“decisionismo” o la discrecionalidad incontrolada del juez de conocimiento cuando define el contenido de normas como la prohibición de abuso.³⁰⁷⁹

En primer lugar, dentro del juicio de abusividad, las normas adscritas son el resultado, como fue dicho, de un proceso de concreción mediante el cual el juez establece, con el propósito de definir la abusividad de la cláusula o condición en examen, el contenido concreto de la norma directamente estatuida por el artículo 42 EC.

De esta manera, el resultado de la concreción es un acto declarativo de “aseveración de normas”, fruto de la competencia de los jueces como intérpretes de las disposiciones legales de abusividad contractual.³⁰⁸⁰

Dicho de otra forma, las normas adscritas que los jueces definen para hacer posible la aplicación de las normas directamente estatuidas a los casos concretos de imposición de las cláusulas o condiciones en los contratos de adhesión, no son el fruto de un proceso materialmente creativo o constitutivo de normas legales, ni suponen el ejercicio, por parte de los jueces, de una competencia reservada exclusivamente por el constituyente al legislador, ordinario o extraordinario.

Las normas adscritas que en estos casos los jueces deducen como resultado de este proceso de concreción o precisión normativa representan actos declarativos de aseveración de normas, esto es, de un proceso interpretativo de asignación de sentido o significado a las disposiciones legales de abusividad contractual.

Tales normas constituyen una parte del significado normativo, junto a las normas directamente estatuidas por el artículo 42 EC, que prescriben parte de lo que dicha disposición legal ordena, prohíbe o permite al predisponente desde el punto de vista de la prohibición de abuso.

A pesar de que las normas adscritas son estatuidas indirectamente por las disposiciones legales de abusividad, forman parte del contenido normativo prima facie de tales disposiciones.

129.1.2. Integración y creación judicial del derecho.

Los ordenamientos jurídicos modernos establecen que el juez, a falta de ley aplicable, ha de integrar o crear la norma jurídica aplicable al caso concreto que debe resolver.³⁰⁸¹

³⁰⁷⁹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 88.

³⁰⁸⁰ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 16.

³⁰⁸¹ Sobre esta integración creativa del juez, v. BELVEDERE, Andrea, “*Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*”, *Politica del diritto*, 1988, p. 631 ss.

A falta de norma, los jueces son legisladores de casos particulares. En los casos en que el legislador ha callado, o simplemente formula la norma en términos muy generales, y se presentan casos excepcionales no previstos, la insuficiencia de la ley debe ser suplida creando una regla para el caso concreto.³⁰⁸²

Sin embargo, la creación judicial del derecho tiene sus límites en los principios generales del ordenamiento jurídico.³⁰⁸³ En el caso colombiano, cuando no haya una norma exactamente aplicable al caso concreto, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes (analogía), las costumbres, en tanto sean conformes a la moral general o social (*secundum legem*), o los principios generales del derecho (Ley 153 de 1887, arts. 8º y 13).³⁰⁸⁴

³⁰⁸² BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, ob. cit., p. 631 ss.

³⁰⁸³ ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, ob. cit., p. 19.

³⁰⁸⁴ SSCC C-224 del 5 de mayo de 1994, C-083 del 1º de marzo de 1995 y C-836 del 5 de mayo de 1994.

TÍTULO DÉCIMO SUPUESTOS DE DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL

130. Introducción.

Aunque la definición general de cláusula abusiva del artículo 42 EC, formulada en torno del concepto de desequilibrio injustificado y la necesidad de valoración circunstanciada del contrato, es por sí sola suficiente, el legislador colombiano, siguiendo la regulación alemana de 1976 y la española de 2007, ha establecido un listado o relación de supuestos que oscila entre las llamadas listas grises, en las que se comprenden cláusulas potencial o *prima facie* abusivas, pero cuya abusividad debe ser después enjuiciada en concreto, y las llamadas listas negras, en las que se opta por la nulidad de determinadas cláusulas, sin ningún otro enjuiciamiento de las mismas.³⁰⁸⁵

Conforme a estas premisas, forman parte de la “lista negra” del artículo 43 EC, las cláusulas descritas en los siguientes capítulos.

130.1. Plan de exposición.

A continuación (Caps. XXVI-XIX), exponemos los supuestos que, según la práctica contractual, frecuentemente producen desequilibrios contractuales y conforman, tanto en España como en Colombia, conforman las listas o catálogos de cláusulas presunta o *prima facie* abusivas.

Como sabemos, de acuerdo con la noción de cláusula abusiva prohijada en este trabajo y la validez *prima facie* de la prohibición de abuso, el desequilibrio contractual no basta, por sí solo, para declarar abusiva la cláusula que lo produce; se requiere que tal desequilibrio sea, además, injustificado, de acuerdo con un criterio de valoración como el principio de proporcionalidad.

³⁰⁸⁵ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 466. La Directiva 93/13 optó por la fórmula de la lista gris, es decir, por un elenco indicativo y no exhaustivo de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas. El legislador español, en cambio, movido seguramente por el designio de una mayor protección de los consumidores, optó por la variante de las listas negras, esto es, por una larga enumeración de cláusulas que sin paliativos tendrán el carácter de abusivas, al lado de otras que pueden serlo con arreglo a la prohibición general de abuso.

CAPÍTULO XXVI

DESEQUILIBRIOS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

131. Cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad contractual del profesional predisponente.

Se consideran *prima facie* abusivas las cláusulas que supongan la exclusión o limitación de responsabilidad del empresario o profesional en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor con una acción u omisión de aquél.

La prohibición se refiere a la responsabilidad del empresario o profesional por los daños causados por su propio incumplimiento y, por consiguiente, la indemnización a que el consumidor puede tener derecho por tal motivo.

En términos generales se trata de la reparación de los daños inferidos a bienes de la personalidad o bienes patrimoniales distintos del interés contractual, cualesquiera que aquellos sean.

La regla habla de daños que sean causados por una acción u omisión del profesional, entre los que se cuentan los daños imputables directamente a este o de que este deba responder, como los causados por sus auxiliares.

El num. 1 del artículo 43 EC sanciona con la ineficacia de pleno derecho a las cláusulas que limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley le corresponden.

En conexión con lo anterior, el num. 4 del artículo 43 EC también considera abusivas las cláusulas que trasladen al consumidor o a un tercero, que no sea parte en el contrato, la responsabilidad del productor o proveedor.

También suelen ser abusivas las cláusulas en las que el predisponente se libera de su responsabilidad por cesión del contrato a un tercero sin consentimiento del deudor, especialmente cuando pueda producir merma de las garantías de este.

De la misma manera, la legislación española prohíbe cualquier cesión de contratos no consentida por el consumidor que pueda suponer merma de las garantías legales o de los derechos de éste.³⁰⁸⁶

Mediante las cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad, el deudor se exonera o reduce su obligación de reparar los daños que la inejecución o la ejecución imperfecta de la prestación pudiera causar a la persona, a los bienes o a los intereses patrimoniales del acreedor.³⁰⁸⁷

³⁰⁸⁶ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 473-4.

³⁰⁸⁷ REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predispuestas*, ob. cit., p. 496.

Tales cláusulas están dirigidas a evitar o reducir las consecuencias previstas en el ordenamiento para los eventos en que el predisponente incumpla las obligaciones a su cargo previstas en la ley o en el contrato.

Pueden, por tanto, excluir por completo la responsabilidad de una de las partes o limitarla a determinados eventos o a una cuantía indemnizatoria específica. Las reglas sobre responsabilidad contractual, en principio de carácter dispositivo, pueden ser modificadas por las partes, bien para agravar o bien para atenuar dicho régimen.

Tal autonomía, sin embargo, está limitada por normas imperativas de orden público, la moral y las buenas costumbres, así como por principios como el de buena fe.³⁰⁸⁸

En los contratos de adhesión entre empresarios las partes pueden, en ejercicio de su autonomía privada, pactar cláusulas que modifiquen su responsabilidad respecto del incumplimiento de las obligaciones que contraigan, sea excluyendo o limitando la misma (arts.1604 y 1616 c.c.col.).³⁰⁸⁹

En los contratos de adhesión celebrados con consumidores, normas imperativas como los artículos 20 y 43,1 EC, consideran *prima facie* abusivos los contenidos predispuestos que exoneren o limiten la responsabilidad del predisponente respecto del incumplimiento de obligaciones derivadas de la ley o del contrato, de acuerdo con las condiciones particulares de la transacción de que se trate (art. 42 EC), es decir, atendiendo las particularidades del caso concreto y valorando la cláusula en examen teniendo en cuenta el contrato en su integridad.³⁰⁹⁰

³⁰⁸⁸ DÍAZ LINDAO, Indira, “*Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos*”, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, 23, 2012, p. 140.

³⁰⁸⁹ Los problemas que suscita la noción de consumidor son, en primer lugar, los que se relacionan con la afectación relevante de los bienes y servicios a actividades negociales que determina la inclusión o exclusión de una protección específica, o con la asimilación, para efectos de su protección, de los denominados empresarios o profesionales débiles, es decir, de aquellos que aunque integren los bienes o servicios en su propia actividad negocial, no gozan materialmente de una situación de igualdad frente a su contraparte, pues desde el punto de vista del principio de legalidad no merecen la calificación de consumidores, ni, en razón de la naturaleza especial de las normas de consumo, cabe extender analógicamente a ellos la protección que las mismas depararan a los consumidores en sentido estricto.

Al respecto, ROPPO, *Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos*, ob.cit., p. 184.

³⁰⁹⁰ Para POSADA TORRES, las cláusulas de irresponsabilidad absolutamente prohibidas en el derecho civil colombiano serían las que implican una condonación del dolo futuro. Para este autor, en los contratos de adhesión celebrados con consumidores, la ley “*excluye toda posibilidad de incluir en los contenidos predispuestos cláusulas que exoneren o limiten la responsabilidad del predisponente respecto de las obligaciones que le impone la ley en relación con la calidad, idoneidad y seguridad de los productos que ofrece en el mercado*”.

Además de su contrariedad al orden público y al principio de buena fe, la razón de esta prohibición absoluta se hallaría en que dichas cláusulas entrañan “*de suyo un desequilibrio jurídico del contrato, injusto e injustificado, que impide al consumidor ejercer el derecho a obtener una indemnización que repare los perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento de alguna de las obligaciones que la ley o el contrato le imponen, colocándolo en una situación de desigualdad e inferioridad mayor a aquella prevista y permitida por el legislador para este tipo de contratación*” (POSADA TORRES, *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano*, ob. cit., p. 164-5).

132. La modificación convencional del régimen común de responsabilidad del deudor.

Las cláusulas que contienen una exoneración absoluta de responsabilidad representan una contradicción en sí mismas, pues repugna en un contrato que las partes no se obliguen.

Las cláusulas de exoneración de responsabilidad tienen lugar cuando el deudor se obliga, pero seguidamente advierte que, en caso de defectuosa ejecución de la obligación, no compromete su responsabilidad.

También tienen lugar cuando el deudor contrae las obligaciones propias y esenciales del contrato, pero se exonera de algunas obligaciones accesorias que normalmente le son propias.

132.1. Cláusulas de exoneración de responsabilidad.

Las cláusulas de la primera clase suelen darse en la obligación de entrega de cosas.

Estas cláusulas no exoneran al deudor del cumplimiento de sus obligaciones principales, sino de la defectuosa ejecución de ellas.

132.1.1. Cláusulas de exoneración de obligaciones accesorias.

Las cláusulas de la segunda clase hacen referencia a obligaciones accesorias, como la de asumir los costos para poner la cosa en disposición de entregarla (art. 1881 c.c.col.). Esta obligación es accesoria a la obligación esencial o principal del contrato.

132.1.2. Prohibición de cláusulas de exoneración del orden público o las buenas costumbres.

Están prohibidas las cláusulas de exoneración lesivas del orden público o las buenas costumbres y, en consecuencia, en caso de ser pactadas, se miran como no escritas (art. 16 c.c.col.).

Son cláusulas de exoneración contrarias al orden público o a las buenas costumbres, las siguientes:

1º La condonación del dolo futuro (art. 1522 c.c.col.). Las cláusulas de exoneración de responsabilidad no pueden emplearse para purgar el dolo o la culpa grave que el deudor pueda cometer en la ejecución del contrato.

2º La exoneración de responsabilidad en razón de daños causados a cualquiera de los derechos de la personalidad. Tales derechos se hallan fuera del comercio y no pueden ser objeto de negociabilidad alguna.

En consecuencia, la cláusula mediante la cual el transportador anuncia que no responde de los daños que el pasajero sufra en sus derechos fundamentales, especialmente los derechos a la vida, a la salud y a la integridad corporal, carece de toda eficacia.

Por iguales razones, son inválidas las cláusulas de irresponsabilidad en relación con las operaciones que el médico debe practicar a sus pacientes. En general, la validez de una cláusula de irresponsabilidad debe condicionarse a que recaiga únicamente sobre el cumplimiento de derechos patrimoniales y a que no elimine una de las obligaciones esenciales del contrato, pues no se concibe que una persona se obligue a cumplir una obligación y al mismo tiempo no se responsabilice o se exima del cumplimiento de esta.

En la venta es válida la cláusula de exoneración de responsabilidad por razón del saneamiento por evicción, pero es inválida en cuanto al dolo o mala fe que haya habido por parte del vendedor (art. 1898 c.c.col.).

Lo mismo ocurre en cuanto a la garantía de que la cosa sirva para su destino natural (saneamiento de vicios redhibitorios), excepción hecha cuando el vendedor ha obrado de mala fe (art. 1916 c.c.col.).

132.1.3. Las cláusulas de exoneración de responsabilidad en los contratos de adhesión.

En general, existe una tendencia a restringir las cláusulas de exoneración en los contratos de adhesión, mediante las cuales las empresas que monopolizan determinados renglones de la actividad económica no se responsabilizan de la mala ejecución de las obligaciones contraídas o de los daños causados en su ejecución.

La razón principal de tal restricción radica en el hecho de que estas cláusulas no son discutidas libremente entre los contratantes, sino impuestas por uno de ellos al otro, quien no tiene más alternativa que aceptarlas.

132.1.4. Orden público u orden privado.

Las cláusulas de exoneración de responsabilidad no autorizan a cometer culpa impunemente, pero sí autorizan para descargarse de responsabilidad si la víctima no prueba una culpa en la mala ejecución de la obligación.

Para algunos autores, las reglas de responsabilidad contractual son de orden privado y, por lo tanto, pueden descartarse mediante cláusulas de irresponsabilidad.

En cambio, las reglas de la responsabilidad extracontractual son de orden público y no pueden descartarse mediante convenio privado.³⁰⁹¹

En consecuencia, la cláusula de irresponsabilidad exonera de cualquier responsabilidad que se derive del contrato, pero el deudor que ha cometido una culpa en la defectuosa ejecución de sus obligaciones, dicha culpa es aquiliana y como tal puede hacerse valer, ya que de esta culpa, por ser de orden público, no se exonera al contratante.

En síntesis, la culpa contractual no requiere ser probada, puesto que se presume. La culpa extracontractual o aquiliana, en cambio, si se trata de una responsabilidad subjetiva, requiere ser probada.

La cláusula de exoneración de responsabilidad se limita a invertir la carga de la prueba. Sería contrario a las buenas costumbres que una cláusula de irresponsabilidad autorizara al deudor para cometer toda clase de culpas. Por lo tanto, si el acreedor prueba una culpa concreta en el deudor, la responsabilidad de este se compromete a pesar de la cláusula de irresponsabilidad.

En los contratos de adhesión, la cláusula de irresponsabilidad se limita a exonerar al deudor de la prueba de la culpa, pero no de las culpas que realmente se cometan.³⁰⁹²

Los pactos que modifican el régimen de la responsabilidad legalmente establecido son *prima facie* válidos al amparo del principio de autonomía de la voluntad, siempre que respeten la ley, la moral y el orden público (art. 1255 c.c.esp.).

Por lo que respecta al límite legal de tales pactos (normas imperativas), la ley (art. 1102 c.c.esp.) establece la nulidad de la renuncia preventiva a la acción para exigir la responsabilidad por dolo (condonación anticipada de dolo futuro), previsión que no se hace con tanta rotundidad acerca de la acción para exigir la responsabilidad por culpa (art. 1103 c.c.esp.). Además, autoriza a los jueces para moderar dicha responsabilidad culposa según los casos concretos.

En resumen, las estipulaciones de las partes sobre la culpa y sus consecuencias son, en principio, válidas y eficaces, siempre que superen también su contraste con la moral y el orden público. De ahí que las cláusulas que supongan la renuncia a exigir en todo caso la responsabilidad por culpa, deban estimarse nulas por inmorales o ilegales, pues el cumplimiento de la obligación quedaría a voluntad del obligado (art. 1256 c.c.esp.).

³⁰⁹¹ No es cierto, sin embargo, que las reglas de la responsabilidad contractual sean de orden privado y las de responsabilidad extracontractual sean de orden público en forma exclusiva.

Al respecto, VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil, ob. cit.*, t. III, p. 16.

³⁰⁹² VALENCIA ZEA/ORTIZ MONSALVE, *ob. cit.*, p. 16.

Como quiera que la responsabilidad contractual por culpa se traduce en una indemnización de daños, tampoco deben ser válidas las estipulaciones por las que el responsable sólo quede obligado al pago de una cantidad ridícula o desproporcionada a la real (por ejemplo, la establecida en la cláusula penal), lo que equivaldría a un fraude a la ley, pues si respeta el juego de las normas sobre responsabilidad, no hay renuncia a ninguna acción, pero de hecho se deja reducido a la nada.

Lo propio ocurre con las estipulaciones en que se especifica el grado de diligencia exigible al deudor (art. 1104 c.c.esp.); la agravación de su responsabilidad, haciéndole responder de lo que el régimen legal le exime, como del caso fortuito o fuerza mayor (art. 1105 c.c.esp.); así como los pactos que amplían la facultad de “agresión” del acreedor sobre los bienes del deudor por fuera de los supuestos legalmente permitidos (art. 1911 c.c.esp.), pactos que también deben ser evaluados en función de la moral y el orden público (art. 1255 c.c.esp.).

En resumen, habría que estimar nulos los pactos que en la práctica condujesen a una exención de responsabilidades del deudor o la dejarasen reducida a límites intolerables.³⁰⁹³

132.2. Estipulaciones que varían la imputabilidad.

Las reglas que gobiernan la responsabilidad del deudor y la consiguiente indemnización de perjuicios al acreedor por el incumplimiento de las obligaciones de aquel, pueden ser modificadas convencionalmente, de tal manera que dicha responsabilidad resulte agravada o atenuada (art. 1604 c.c.col.).

Salvo algunas excepciones, como la que prohíbe la condonación anticipada del dolo, las normas sobre responsabilidad contractual y, en general, las que rigen los actos jurídicos, como quiera que no son de orden público, pueden ser modificadas por las partes mediante convenios expresos.

La agravación convencional de la responsabilidad del deudor sucede cuando este asume el caso fortuito o alguno en especial (art. 1732 c.c.col.). En este caso la responsabilidad se agrava hasta el máximo grado, pues el deudor responde de la inejecución o de la ejecución defectuosa o retardada de la prestación debida, independientemente de la causa que dé lugar a ellas.

También es una situación de agravación cuando el deudor se obliga a emplear un grado mayor de diligencia y cuidado que el debido, como cuando estando obligado a un grado de diligencia grave, se hace responsable de la culpa leve o levísima.

³⁰⁹³ En materia de seguros, las condiciones generales no podrán ser lesivas en ningún caso para los asegurados, en especial las cláusulas limitativas de los derechos de éstos, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito (art. 3º de la Ley de 8 de octubre de 1980, reguladora del contrato de seguro).

Al respecto, DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de derecho civil, ob. cit.*, v. II, p. 206-7.

En principio también son lícitas las estipulaciones atenuantes de la responsabilidad del deudor, como cuando se pacta que este responda de la culpa grave, estando sólo obligado a responder de la leve o levísima.

Sin embargo, está prohibida la condonación de dolo futuro o de la culpa grave, pues repugna a la buena fe contractual el permitir que el deudor incumpla su obligación intencionada o maliciosamente (*malitiis non est indulgendum*) [art. 1522 c.c.col.].³⁰⁹⁴

132.3. Estipulación sobre perjuicios.

Así como las partes pueden modificar las reglas generales sobre imputabilidad del incumplimiento y efectividad del caso fortuito, agravando o atenuando la responsabilidad del deudor, también pueden ellas variar convencionalmente las reglas pertinentes a los perjuicios y al monto de su indemnización (art. 1616 c.c.col.).

De esta manera, el deudor puede asumir la indemnización de los perjuicios indirectos o los imprevisibles o, por el contrario, asumir la indemnización de los morales o de algunos de los materiales, o limitar el monto de los perjuicios a una determinada suma.

Sin embargo, la atenuación de la responsabilidad del deudor solo es válida cuando los perjuicios se deban a su culpa leve o levísima, pues está vedada la condonación del dolo o la culpa grave.³⁰⁹⁵

132.4. Cláusulas de exoneración y seguro de perjuicios.

Debe distinguirse entre las cláusulas de exoneración de responsabilidad y los seguros de perjuicios.³⁰⁹⁶ En éstos, un tercero (asegurador) se compromete a reparar determinados daños que una persona cause a otro. Estos contratos son válidos y se celebran precisamente para solucionar los problemas de responsabilidad contractual.

Por el contrario, son cláusulas de exoneración de responsabilidad las estipulaciones en las que el deudor elimina la responsabilidad subsiguiente por la no ejecución o la mala ejecución del contrato.

³⁰⁹⁴ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, *Régimen general de las obligaciones*, Bogotá, Temis, 2008, p. 116. Para algunos (ALESSANDRI RODRÍGUEZ/SOMARRIVA UNDURRAGA), la exoneración del deudor hasta de la culpa grave equivale en la práctica a convertir la obligación en meramente potestativa (*si volueris*) y, en consecuencia, inválida conforme a la ley (art. 1535 c.c.col.).

Para otros (CLARO SOLAR, por ejemplo), tal estipulación es válida, pues no supone que el deudor quede absolutamente libre de su obligación, ya que, liberándose de responsabilidad por toda culpa, siempre tendría que responder del dolo, es decir, del incumplimiento de mala fe. La tendencia legislativa contemporánea es la de prohibir tales estipulaciones, haciéndolas extensivas a los contratos por adhesión, en las cuales las cláusulas en tal sentido se reputan leoninas para el adherente.

Al respecto, OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, *ob. cit.*, p.117.

³⁰⁹⁵ OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 128.

³⁰⁹⁶ BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 1073.

En los contratos de seguros de mercancías no se elimina la responsabilidad, sino más bien se asegura. El acreedor a quien se incumple recibe la indemnización de perjuicios, aunque la reciba de un extraño (el asegurador).³⁰⁹⁷

133. Cláusulas que limitan la responsabilidad del productor o proveedor en materia de consumo.

El num. 1 del artículo 43 EC considera abusivas y, por tanto, ineficaces de pleno derecho, las cláusulas que limiten la responsabilidad del productor o proveedor que por ley les corresponda.

Igualmente, el num. 4 de la misma disposición considera abusivas las cláusulas que trasladen al consumidor o a un tercero que no sea parte del contrato, la responsabilidad del productor o proveedor.

133.1. Limitación de la responsabilidad del predisponente.

La prohibición se refiere, por una parte, a las cláusulas que limiten a favor del productor o proveedor la responsabilidad que por ley les corresponde por el incumplimiento del contrato y, por consiguiente, el derecho de indemnización que el consumidor puede tener por tal motivo.

En términos generales, se trata de daños de cualquier tipo, referidos a bienes de la personalidad o bienes patrimoniales distintos del interés contractual, cualesquiera que aquellos sean: la muerte o lesiones causados al consumidor o en general daños debidos a una acción u omisión de aquel.

Tales daños han de ser causados por la acción o la omisión del profesional, entre los que se cuentan los daños imputables directamente a éste, o de que éste deba responder, como los causados por sus auxiliares.³⁰⁹⁸

De manera más general el derecho comparado considera abusivas las cláusulas que de modo directo o indirecto establecen la exclusión o limitación de la responsabilidad del contratante predisponente (empresario o profesional).³⁰⁹⁹

Esta cláusula supondría que el cumplimiento del contrato quedara vinculado a la voluntad del profesional, lo que contradiría la norma que prohíbe que la validez y el

³⁰⁹⁷ VILLEGAS, Laurent, *Les clauses abusives dans le contrat d'assurance*, Marsella, Université Aix en Provence, 1998.

³⁰⁹⁸ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 473-4.

³⁰⁹⁹ En el anexo a) de la Directiva 93/13 CEE, de 5 de abril de 1993, se dice que son abusivas las cláusulas que tengan por objeto o por efecto, "excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional".

Igualmente, el numeral 2 del artículo 86 del TRLGDCU (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) establece que, en cualquier caso, serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor o usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean "la exclusión o limitación de la responsabilidad del empresario en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o por las lesiones causadas al consumidor o usuario por una acción u omisión de aquél".

cumplimiento de los contratos se deje al arbitrio de uno de los contratantes (art.1256 c.c.esp.).³¹⁰⁰

El sujeto que trata de eludir su responsabilidad por medio de la cláusula de exoneración es el contratante profesional. Los daños han de ser causados por la acción u omisión del profesional en el marco de la relación contractual entre este y el consumidor. Basta que el daño sea causado por la conducta del profesional, aunque la misma no merezca el reproche de culpabilidad.

En otros términos, para efectos de la abusividad de la conducta, resulta abusivo excluir tanto la responsabilidad basada en la culpa como la responsabilidad objetiva.

133.2. Imputación de la acción o la omisión dañina al predisponente.

Respecto del criterio de imputación de la responsabilidad, los daños han de corresponder a una acción u omisión del predisponente (productor o proveedor), dentro de los cuales deben entenderse incluidos los causados por la actuación, positiva o negativa, de sus representantes y auxiliares y, en general, por las personas por las que debe responder.

No se incluyen, en cambio, los daños provocados por actos de terceros o por otros acontecimientos. Cuando el profesional o contratante deba asumir tal riesgo, puede exonerarse de acuerdo a las reglas generales.

133.3. Extensión de la responsabilidad a auxiliares y representantes.

La prohibición, por otra parte, se extiende a la responsabilidad que el derecho impute también al profesional por actos u omisiones de sus representantes y auxiliares, pues éstos no son considerados como terceros, sino como los sujetos que utiliza el predisponente en su actividad empresarial o profesional.

Para que el vendedor no pueda exonerarse es preciso que por su parte haya existido alguna omisión de la conducta que le es exigible, que permita entender que el daño fue causado por su acción u omisión.

133.4. Responsabilidad contractual o extracontractual.

Tampoco importa que la naturaleza, contractual o extracontractual, de la responsabilidad del profesional, pertenezca a un tercer género o esté específicamente tipificada por la ley para un supuesto concreto.

La responsabilidad cuya exclusión se considera abusiva puede provenir tanto de una norma dispositiva como de una imperativa, la que, como es natural, no puede ser excluida por voluntad de las partes.

³¹⁰⁰ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión, ob. cit.*, p. 1647.

Por lo demás, tal responsabilidad se refiere tanto a la establecida directamente por la ley, como a la que, más allá de ésta, ha sido desarrollada por la jurisprudencia.

133.5. Tipo de daño.

La norma, por otra parte, se refiere de manera incondicionada a la exclusión de responsabilidad por cualquier clase de daños, en general, causados al consumidor. Comprende, por tanto, no sólo los daños causados a bienes personales, sino también los daños causados a bienes de naturaleza patrimonial.

Se refiere tanto a los daños causados a los bienes del consumidor, como también al daño que supone el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, consistente en la insatisfacción del interés que el consumidor pretendía satisfacer a través del contrato.

El daño en este caso estaría conectado con el interés en el cumplimiento del contrato, mientras que en aquel sería el correspondiente al interés en la conservación de la integridad del resto de los bienes del consumidor, personales o patrimoniales.

Ahora bien, los daños a que se refiere la prohibición son los causados al consumidor que contrata, no los que puedan producirse a terceros que no sean parte de la relación contractual, a no ser los que reviertan al consumidor por estar este obligado a repararlos (daños a los invitados que consumen el producto, por ejemplo).

133.6. Conexidad con la relación contractual.

La responsabilidad cuya exclusión o limitación prohíbe la norma, debe estar en conexión con la relación contractual establecida entre el profesional predisponente y el consumidor.

Los actos u omisiones del profesional que generan el daño y la consiguiente responsabilidad que no admite exoneración, corresponden a los producidos en el marco de aquella relación y comprende la responsabilidad por daños causados al consumidor por el bien que se transmite (producto defectuoso), o por el servicio que se presta, o por el defectuoso cumplimiento de los deberes de cuidado en el marco de la relación contractual.

La norma no toma en cuenta la naturaleza de la responsabilidad cuya exclusión o limitación prohíbe, sea contractual, extracontractual o correspondiente a un tercer género.

Empero, el que el daño se produzca en el marco del cumplimiento del contrato, no implica necesariamente una conexión con la responsabilidad contractual.

Por último, resulta abusivo excluir tanto la responsabilidad basada en la culpa como la responsabilidad objetiva.³¹⁰¹

³¹⁰¹ MORALES MORENO, Manuel Antonio, «Artículo 11 b», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ/DIEZ-PICAZO, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, ob. cit., p. 1151-6.

CAPÍTULO XXVII

DESEQUILIBRIOS EN MATERIA DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

134. Cláusulas que limitan o excluyen la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional.

Entre las facultades que tiene el acreedor en las obligaciones sinalagmáticas, en caso de incumplimiento del deudor, se halla la de resolver el contrato (art. 1546 c.c.col.).

En el derecho comparado se considera abusiva la cláusula que limite o excluya la facultad resolutoria del consumidor en caso de incumplimiento del contratante profesional.³¹⁰²

El num. 8 del artículo 43 EC, como concreción de la regla general contenida en el artículo 42 del mismo estatuto, según el cual son abusivas las estipulaciones que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, igualmente considera abusivas las cláusulas que impidan al consumidor resolver el contrato en caso de que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero.

De acuerdo con lo anterior, la limitación o exclusión de la facultad resolutoria no está en sí misma prohibida y puede en algunos casos estar justificada.³¹⁰³

Por otra parte, lo que en determinados casos permite acudir a argumentos analógicos, el supuesto del num. 8 EC se relaciona estrechamente con el previsto en el numeral 6 de la misma disposición, que considera abusivas las cláusulas que vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla con sus obligaciones; así como con el previsto en el num. 7, según el cual son abusivas las estipulaciones que concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo.

Ahora bien, existen varios criterios para determinar cuándo una limitación o exclusión de la facultad resolutoria es injustificada: el que tiene en cuenta, por ejemplo, la función que cumple la resolución por incumplimiento para determinar cuándo la exclusión o limitación de la misma es o no abusiva; y el que, por vía analógica, extrae de otras normas de protección de los consumidores, las razones que pueden justificar en un caso concreto la exclusión o limitación de la facultad resolutoria por parte del profesional o empresario.³¹⁰⁴

³¹⁰² El artículo 86, por ejemplo, del TRLGDCU (cláusulas abusivas por limitar derechos básicos del consumidor y usuario), establece que, en cualquier caso, serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario (1); o la limitación o exclusión de la facultad del consumidor y usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario (5).

³¹⁰³ MORALES MORENO, *Artículo 11 b*, *ob. cit.*, p. 1168.

135. Exclusión de la facultad resolutoria.

En los contratos sinalagmáticos la resolución ofrece al contratista insatisfecho por el incumplimiento significativo del otro contratante una salida que le permite poner fin a la vinculación contractual.

Aquél deja de estar obligado a cumplir su prestación, o si ya ha cumplido, puede exigir la restitución de su prestación. La resolución se integra, como uno más, en el conjunto de remedios de que dispone el acreedor en caso de incumplimiento, resultando compatibles con algunos de ellos y con otros no.

Es por ejemplo incompatible con los remedios orientados a obtener la satisfacción *in natura* del interés contractual; o con los remedios que se orientan al reajuste de la equivalencia entre las prestaciones, adecuados en los casos en que el incumplimiento reviste la modalidad de cumplimiento defectuoso, como sucede con la *actio quanti minoris* en la compraventa, en caso de vicios ocultos.

La razón de esta incompatibilidad se funda en que estos remedios ofrecen al contratante insatisfecho un cauce adecuado para satisfacer su interés, sin necesidad de acudir a la desvinculación contractual, bien a través de la satisfacción directa de su interés, bien por medio del reajuste de la relación de equivalencia de prestaciones. Por el contrario, la resolución es compatible con la indemnización de daños.³¹⁰⁵

En los contratos de consumo, un derecho básico de los consumidores es la protección de sus legítimos intereses económicos [art. 3º, num. 1 (1.1 y 1.2) EC], y la satisfacción de tal interés lo logra el consumidor por medio del cumplimiento del contrato por el otro contratante, en el plazo oportuno, o a través de la acción de cumplimiento.

En caso de no lograrse tal satisfacción, la resolución permite al consumidor recuperar los recursos económicos empleados en la operación de consumo insatisfactoria para poder reasignar su utilización.

Cuando se excluye o restringe la facultad resolutoria del consumidor, la estipulación que así lo establece está justificada, no siendo, por tanto, abusiva, cuando a aquél se le garantice, por otro medio alternativo a la resolución, la satisfacción de su interés en el cumplimiento del contrato.³¹⁰⁶

Por el contrario, la privación o limitación de la facultad resolutoria del consumidor no está justificada si no se le garantiza obtener efectivamente el adecuado

³¹⁰⁴ MORALES MORENO, *ob. cit.*, p. 1169 -70.

³¹⁰⁵ *ob. cit.*, p. 1170.

³¹⁰⁶ Para PERTÍÑEZ VILCHEZ, cualquier restricción o exclusión del derecho del consumidor a resolver el contrato cuando haya habido un incumplimiento grave y definitivo por parte del empresario, es inadecuada y, por lo tanto, abusiva, sin posibilidad alguna de justificación (PERTÍÑEZ VILCHEZ, *Los contratos de adhesión*, *ob. cit.*, p.1647, nota 123).

cumplimiento del contrato, bien mediante el cumplimiento del mismo, o bien mediante la recuperación de los recursos económicos utilizados en la operación de consumo.

A un resultado parecido se puede llegar mediante la utilización analógica que se da en otras normas a la resolución, o a la acción redhibitoria, como las que consideran abusivas a las cláusulas que modifican, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos, en las que, como excepción, se permite reemplazar la obligación de saneamiento por la de reparación o sustitución de la cosa objeto del contrato, siempre que las mismas no conlleven para el consumidor gasto alguno y no excluyan o limiten los derechos de éste a la indemnización de los daños y perjuicios en caso de que la reparación o sustitución no fueren posibles o resultasen insatisfactorias.

Bajo esas condiciones más o menos equivalentes, ha de considerarse justificada la exclusión de la facultad resolutoria por incumplimiento.³¹⁰⁷

La función de la resolución, como cauce para garantizar los intereses económicos de los consumidores, impide que la misma pueda excluirse sin garantizar al consumidor la utilización de otros cauces idóneos para satisfacer su interés.

En consecuencia, no sería abusiva la cláusula o condición que antepusiera al ejercicio de la facultad resolutoria otros remedios. De esta manera, el ejercicio de la facultad resolutoria se podría condicionar al intento previo de conseguir la satisfacción del consumidor a través de la pretensión de cumplimiento del contrato, o la subsanación del cumplimiento defectuoso.

No se priva al consumidor de sus derechos básicos si se orienta su reclamación hacia una satisfacción *in natura* de su interés, lo que además permite conciliar tal interés de obtener el cumplimiento del contrato con el interés del contratante profesional de poder corregir el cumplimiento defectuoso.

Sin embargo, el reemplazo de la resolución por el cumplimiento del contrato sería justificada (idónea o adecuada) si efectivamente se alcanza la satisfacción del interés del consumidor, sin que se empeore su situación respecto de la que habría tenido lugar de haberse cumplido normalmente el contrato, lo que exige que no se le impongan gastos añadidos y que se le indemnicen los daños que la subsanación del incumplimiento no pueda reparar.

El consumidor conserva en todo caso la posibilidad de ejercitar la resolución cuando no llegue a alcanzarse un adecuado cumplimiento del contrato, o cuando las circunstancias hagan prever que razonablemente dicho cumplimiento no se alcanzará.

³¹⁰⁷ MORALES MORENO, *Artículo 11 b, ob. cit.*, p. 1171-2.

En general no es posible sustituir la resolución por una reducción de la contraprestación (rebaja del precio) o una indemnización, pues esto supone obligar al consumidor a mantener un contrato que no le proporciona la satisfacción de su interés.

En el caso de la indemnización, esta se orienta a reparar el daño producido por el incumplimiento y a satisfacer, de modo indirecto, el interés contractual. La indemnización es un paliativo que no procura una satisfacción directa del interés del consumidor.³¹⁰⁸

136. Limitación del ejercicio de la facultad resolutoria.

La limitación de la facultad resolutoria puede tener diferentes manifestaciones. Se puede restringir la facultad resolutoria excluyéndola en algunos casos en los que la ley la reconoce; o bien se pueden introducir requisitos en su ejercicio no impuestos por la ley; o puede limitarse su duración o el tiempo de su ejercicio.

Nuevamente, la dificultad radica en saber cuándo y con fundamento en qué criterios, una cláusula o condición que restringe de cualquiera de esos modos la facultad de resolución es o no admisible, adecuada o justificada.

En principio, como criterio general, vale decir que no se puede privar al consumidor de la facultad resolutoria en los supuestos en que la ley se la atribuye, a menos que los demás remedios contractuales se orienten hacia la efectiva satisfacción del consumidor, en los casos en que esta sea posible.

Igualmente, la introducción de requisitos no previstos en la ley como forma de limitar la facultad resolutoria podrían estar justificados si los mismos resultan razonables y no supongan gastos sobreañadidos o inconvenientes para el consumidor.

El deber de colaboración entre los contratantes y ofrecer al profesional la posibilidad de corregir el defectuoso cumplimiento, puede justificar la imposición al consumidor del deber de comunicar al productor o proveedor el defectuoso cumplimiento, una vez que éste se manifiesta, dentro de un término razonable, antes de poder ejercer la facultad resolutoria, pero dicha cláusula no está justificada si el profesional conoce o debe conocer el hecho que el consumidor tiene que denunciar.

Igualmente, la reducción de plazos para el ejercicio de la facultad resolutoria será adecuada sino priva al consumidor de una efectiva protección de sus intereses por medio de la resolución.³¹⁰⁹

³¹⁰⁸ MORALES MORENO, *ob. cit.*, p. 1173 -5.

³¹⁰⁹ *ob. cit.*, p. 1175-6.

CAPÍTULO XXVIII

DESEQUILIBRIOS OCASIONADOS POR LA MODIFICACION CONTRACTUAL CLÁUSULAS DE RESERVA DE LAS FACULTADES DE MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO

137. Cláusulas que reservan a favor del profesional la facultad de interpretación y modificación.

Tales supuestos de cláusulas abusivas se fundamentan en el hecho de permitir al profesional replantear de modo unilateral el alcance de su vinculación al contrato con posterioridad a su celebración.³¹¹⁰

El primer supuesto, que atribuye el carácter de abusiva a la cláusula o condición por medio de la cual el profesional se reserva la facultad de interpretación del contrato, contraviene el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 1256 c.c. esp.) y las disposiciones legales sobre interpretación de los contratos, en especial las reglas *contra proferentem* (art. 1288 c.c. esp.) y prevalencia (art. 34 EC).³¹¹¹

La actividad de interpretación del contrato, tanto si se dirige a averiguar, fijar o reconstruir el significado de las reglas acordadas, como a integrar las lagunas de aquél atendiendo al conjunto del clausulado, no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes porque ello le permitiría redefinir *ex post*, de modo unilateral, el alcance de sus propias obligaciones o las del adherente, y seleccionar acomodaticiamente el entendimiento de los términos contractuales que le resulte más beneficioso.³¹¹²

En otros términos, la reserva de la facultad de interpretación facilita que el predisponente se apropie de la fracción del beneficio contractual que se halle en disputa por razón de la duda o laguna interpretativa, al poder resolverla dándole un sentido que alivie su coste de cumplimiento o agrave el del adherente; así como poner a cargo de este la eventual pérdida de valor del contrato que se derive de la aparición de un evento imprevisto, interpretando que el riesgo en cuestión había sido asumido por el consumidor.³¹¹³

³¹¹⁰ La ley española (art. 85, 3 TRLGDCU, en consonancia con lo ordenado en las letras *j.* a *m.* del anexo de la Directiva 93/13/CEE) prohíbe dos tipos de cláusulas que, al otorgar al predisponente la facultad de interpretar unilateralmente el contrato o de modificar su contenido, claramente contravienen el principio de interdicción de la arbitrariedad en la conformación y cumplimiento del proyecto contractual.

Al respecto, CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, ob. cit., p. 131.

³¹¹¹ El principio de igualdad de las partes contratantes, que las cláusulas y condiciones de los contratos de adhesión no pueden romper sin una razón que de manera suficiente lo justifique, exige que cualquier duda sobre el significado y alcance de los términos del contrato sea resuelta, por regla general, por los propios contratantes, y sólo de manera excepcional, cuando éstos no han alcanzado un acuerdo al respecto, por un tercero imparcial (un árbitro, por ejemplo) y, en última instancia, por el juez, quien para el efecto deberá sujetarse a las reglas de interpretación contractual establecidas en el código civil (arts. 1281 ss.).

³¹¹² FERRER RIBA, Josep, «Comentario al art. 6º LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ/DIEZ-PICAZO, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, ob. cit., p. 992; y CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 132.

La equiparación de los contratantes en su sujeción al contrato (principio de igualdad de las partes) determina que las discrepancias que genere su ejecución hayan de ser resueltas mediante un acuerdo entre ellas (interpretación auténtica), el arbitrio de un tercero, un laudo arbitral o una resolución judicial.

La interdicción de la facultad de interpretar unilateralmente el contrato impide al profesional formular juicios vinculantes o con valor de presunción sobre el significado de los términos contenidos en las cláusulas o estipulaciones del contrato, y con mayor razón, que pueda colmar las lagunas de este mediante actos de interpretación integradora.

Igualmente le impide fijar y dar por probados los hechos y actos normativamente relevantes en la ejecución del contrato, calificarlos y enjuiciar su adecuación al contenido de la reglamentación contractual y de la ley.³¹¹⁴

En particular, el profesional no puede determinar unilateralmente si se han cumplido las condiciones pactadas de las que dependa algún aspecto de la eficacia contractual o si las prestaciones, la suya propia o la del consumidor, se ajustan a lo estipulado en el contrato (art. 43, num. 7 EC).

La misma razón que fundamenta la prohibición contenida en el artículo 85, 3 del texto refundido, legitima también la interpretación extensiva de ésta, de modo que pueda predicarse la abusividad *prima facie* de las cláusulas por las que el empresario se reserva la facultad de designar unilateralmente al tercero intérprete, las que modulen a favor de aquél los criterios hermenéuticos o de integración contractual establecidos imperativamente en el código civil, o las que fijen *a priori* el sentido que haya de darse a un término determinante del desarrollo del contrato.

En particular han de entenderse prohibidas las cláusulas mediante las cuales el profesional se reserva la facultad de decidir qué actos, propios o del consumidor, se adecúan al proyecto contractual, es decir, las que supongan la concesión al empresario del derecho a decidir si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato (art. 85.11 TRLGDCU), así como las que conceden al mismo la facultad de valorar la conducta contractual de la contraparte, lo que en muchas ocasiones se traduciría en la pura exoneración de aquél, o en el cobro de prestaciones defectuosamente ejecutadas, mediante la imputación al consumidor de la frustración del fin del contrato.

En este sentido, serían *prima facie* abusivas por contravenir el principio de interdicción de la arbitrariedad, las cláusulas que atribuyen al empresario la facultad de fijar cuándo el resultado pactado se ha obtenido, cuándo el producto es conforme o el defecto aparente, cuándo se ha entregado un bien en tiempo y forma, así como

³¹¹³ FERRER RIBA, *Comentario al art. 6º LCGC*, ob. cit., p. 990-1.

³¹¹⁴ FERRER RIBA, ob. cit., p. 992.

cualquiera otra que le permita valorar la ecuación prestación debida (Pd) igual a la prestación ejecutada (Pe) [Pd=Pe], pues en estos casos tales cláusulas equivalen a dejar la suerte del contrato al entero arbitrio del empresario y a erigir a éste en el supremo juez de su ejecución.

También se contraviene el principio de interdicción de la arbitrariedad cuando se erige al empresario en árbitro supremo de su propio cumplimiento.³¹¹⁵

El rechazo de tales cláusulas se fundamenta en su contradicción con normas imperativas (arts. 1091 y 1256 c.c. esp.) y a las reglas de interpretación de los contratos (arts. 1618-1624 c.c. col.).³¹¹⁶

El carácter abusivo de la cláusula que reserva la facultad de interpretación del contrato a favor del empresario o profesional, puede ser exceptuado, sin embargo, por motivos válidos especificados en el propio contrato.³¹¹⁷

138. Reserva de las facultades de modificación unilateral del contrato.

En segundo lugar, se consideran abusivas las cláusulas por medio de las cuales el profesional o empresario se reserva la facultad de modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo.

Esta prohibición, al igual que la anterior, se fundamenta en la interdicción de la arbitrariedad (art. 1256 c.c. esp.), y con ella se pretende evitar que el predisponente pueda, durante la vigencia del contrato, alterar a su discreción, presumiblemente a la baja, el valor del intercambio en contra del consumidor.³¹¹⁸

En particular, la facultad de modificación favorece que se produzcan comportamientos oportunistas del predisponente, especialmente si después de celebrado el contrato se materializan riesgos adversos que impidan al profesional cumplirlo en los términos pactados o que eleven sensiblemente para él el costo de tal cumplimiento.

Configuran el supuesto prohibido las cláusulas en las que el empresario o profesional se reserva un derecho potestativo de configuración del contenido del contrato, que puede ser activado mediante una declaración de voluntad *ad hoc*, o directamente mediante un acto de ejecución contractual que se aparte de lo inicialmente pactado.

³¹¹⁵ CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor*, ob. cit., p. 132-3.

³¹¹⁶ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1646.

³¹¹⁷ Para algunos, sin embargo, tratándose de una prerrogativa contraria a normas imperativas, no existe ninguna razón que pueda justificar que una parte se atribuya la facultad de imponer a la otra su particular entendimiento de los pactos y condiciones del contrato.

Al respecto, FERRER RIBA, *Comentario al art. 6º LCGC*, ob. cit., p. 993.

³¹¹⁸ FERRER RIBA, ob. cit., p. 993-4.

Quedan fuera del mismo, en cambio, las cláusulas en que la facultad de modificación del contrato dependa automáticamente de algún hecho o circunstancia ajena a la voluntad del predisponente.

Mediante la reserva de la facultad de modificación unilateral a favor del profesional, éste puede asignar *ex post* dichos riesgos al consumidor, sea incrementando la onerosidad de su obligación, imponiéndole la carga de recibir en pago una prestación parcial o totalmente distinta, o alterando de cualquier otro modo, en perjuicio del adherente, las reglas de cumplimiento preestablecidas en el contrato, quedando éste a merced del predisponente y en serio peligro de ser sustancialmente trastornado el equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes en la relación contractual.

En efecto, el consumidor queda vinculado a un contrato que puede ser para él mucho más oneroso o menos ventajoso que el pactado originalmente, cuya ejecución lo deje en una posición peor que aquella en la que se hallaría si el contrato hubiese sido resuelto.³¹¹⁹

139. Objeto de la modificación.

La facultad de modificación que se reserva el predisponente puede afectar cualquier aspecto del contenido del contrato: las prestaciones de las partes, las circunstancias de la obligación o su modo de cumplimiento, o los sujetos de la relación.

139.1. Modificación de las prestaciones.

Pueden ser afectadas por este tipo de cláusulas las prestaciones objeto de la obligación, las cuales pueden ser cambiadas por otras distintas, como las que facultan al predisponente para entregar un producto de valor similar; las características y calidades de las cosas y servicios objeto del contrato, como las que permiten variar la composición, el diseño o las especificaciones técnicas del producto, o las que permiten suministrar un modelo distinto del acordado; la cantidad o calidad de tales bienes, como las que establecen que el número de unidades, el peso o la medida pactados son aproximados, o las que autorizan a entregar una cantidad inferior a la pactada, aunque vayan acompañadas de una previsión de reducción de precio.

También corresponden a este tipo de cláusulas las modificaciones relacionadas con la persona que ha de realizar la obra o prestar el servicio por cuenta del predisponente, si la identidad de la misma es relevante y fue tenida en cuenta al contratar.

³¹¹⁹ *ob. cit.*, p. 994.

Las cláusulas de modificación unilateral de las prestaciones o de las características del bien o servicio objeto del contrato son usuales en algunas modalidades del contrato de obra, a fin de que el contratista pueda, dentro de ciertos límites prefijados, introducir variaciones ante la aparición de dificultades imprevistas o cambios tecnológicos, sin tener que renegociar con el comitente.

Fuera de estos casos, estas cláusulas pueden ser abusivas y, por tanto, nulas, especialmente si incluyen también la facultad de incrementar el precio, salvo que concurren motivos válidos especificados o no en el propio contrato.

Otro sector económico en el que es típico contratar bajo reserva a favor del profesional de las facultades de modificación unilateral de las prestaciones es el de servicios turísticos, en el que se reconoce al organizador de viajes, vacaciones o circuitos combinados, facultades de modificación unilateral del contrato, antes de la salida o después de ella.

La ley, sin embargo, con carácter imperativo, ha dispuesto que si se usa tal facultad se permita al consumidor optar por resolver el contrato o poner fin al viaje ya iniciado, especialmente cuando las soluciones propuestas por el organizador son inviables o concurren motivos razonables para rechazar la modificación, además de poder exigir la indemnización de daños si el incumplimiento de lo pactado no se deba a fuerza mayor.³¹²⁰

139.2. Modificación de las circunstancias de la obligación o su modo de cumplimiento.

También pueden ser abusivas las cláusulas o condiciones que permitan al predisponente modificar unilateralmente el lugar de cumplimiento de las obligaciones, su término inicial o final o sus plazos de ejecución, la periodicidad de las prestaciones, las condiciones de las que dependa la eficacia de las obligaciones, su resolución o cumplimiento por partes.

Dentro de este tipo de cláusulas destacan las que facultan al predisponente para provocar el vencimiento anticipado de la deuda (en los contratos de préstamo, venta a plazos y arrendamiento financiero), especialmente si el ejercicio de tal facultad queda al mero arbitrio del predisponente.

139.3. Modificación del sujeto de la relación.

Se trata de cláusulas que facultan al profesional para hacerse sustituir por un tercero, sea en su condición de deudor o de acreedor. En los casos en que por la naturaleza de la prestación o de las circunstancias del contrato se desprende que es relevante para el consumidor la condición personal del deudor, las cláusulas que autorizan a éste a ceder el contrato o a transmitir su obligación, se consideran en principio abusivas.

³¹²⁰ *ob. cit.*, p. 997.

Tal regla normalmente se solapa con la que prohíbe la cesión del contrato con efectos liberatorios para el cedente si tal cesión produce la merma de las garantías del consumidor cedido, la que puede extenderse analógicamente a las cláusulas que facultan al profesional para delegar el cumplimiento de su obligación en un tercero con efectos liberatorios para aquél.³¹²¹

La cláusula por la que el profesional se reserva la facultad de ceder a un tercero su posición de acreedor frente al consumidor no es en sí misma abusiva, pues la cesión del crédito no requiere el consentimiento de éste para su validez y eficacia.

Sin embargo, su incorporación al contrato no puede entenderse como que el consumidor consiente por anticipado la cesión y que renuncia por ello a la facultad de oponer al cesionario las excepciones que hubiera tenido contra el cedente.

Por otra parte, la idea de merma de garantías comprende no sólo la solvencia para responder de la indemnización de daños o para restituir las cantidades abonadas por el consumidor, sino también para llevar a cabo la prestación convenida con el consumidor a plena satisfacción de éste.

140. Justificación de la reserva de la facultad de modificación unilateral del contrato.

Las estipulaciones sobre modificación unilateral del contrato, así figuren en un listado de cláusulas abusivas (lista negra), son susceptibles de valoración o juicio de abusividad, y pueden no ser abusivas según los motivos o las condiciones particulares del contrato.

Son abusivas, por tanto, las cláusulas de modificación que carecen de motivo o de razones suficientes para que el predisponente se reserve tal facultad, y simplemente se limita a imponer al adherente las modificaciones del contrato que aquél decida en el curso de su ejecución.

También son ineficaces las reservas de modificación unilateral fundadas en razones indeterminadas o formuladas con extrema vaguedad, como la concurrencia de motivos graves, circunstancias sobrevinientes, imprevistos, impedimentos, o otras razones expresadas de modo similar, cuya definición o concreción corresponda hacerla únicamente al predisponente.³¹²²

La facultad de modificación unilateral del contrato, como remedio general frente a la imposibilidad o la mayor onerosidad del cumplimiento, requiere un cierto grado de precisión en las causas que la justifican, grado que depende de las particulares de cada sector del tráfico, salvo los casos en que sea razonable modificar unilateralmente el contrato por motivos que no podían preverse en el momento de

³¹²¹ *ob. cit.*, p. 997-1000.

³¹²² *ob. cit.*, p. 1000-1.

su perfección, como ocurre con frecuencia en los contratos de larga duración, en los que la capacidad de prever futuras eventualidades que alteren las condiciones iniciales de celebración suele ser muy limitada.³¹²³

140.1. Suficiencia de las razones que fundamentan la modificación unilateral.

Los motivos aducidos por el predisponente para modificar válidamente el contrato, además de estar claramente especificados, han de ser suficientes para justificar el desequilibrio que en contra del consumidor tal modificación puede producir en el contrato.

La suficiencia de los motivos hace alusión al peso específico que han de tener las razones que fundamentan la modificación y que las hace atendibles a los ojos de quien juzga su abusividad.

La indeterminación del anterior estándar va a requerir del operador llamado a valorar si la cláusula que contiene la modificación es o no abusiva, un juicio casuístico de los motivos aducidos por el predisponente, en el que habrá de tomar como guía los criterios que resulten del derecho dispositivo, los usos del tráfico y las exigencias de la buena fe.

Aunque no es fácil generalizar acerca de las razones que puedan justificar la revisión unilateral del contrato, la exigencia de motivos suficientes que puedan justificar dicha facultad se relaciona con los siguientes requisitos:

1. Que el ejercicio de dicha facultad, tal como haya sido configurada en el contrato, conlleve a un reajuste eficiente de éste, teniendo en cuenta la respectiva posición de las partes antes de la modificación, es decir, que reporte un beneficio para ambos contratantes, o cuando menos no sea perjudicial para el consumidor; y
2. Que se den circunstancias que hagan inviable o demasiado costoso llegar a ese resultado mediante una renegociación bilateral.³¹²⁴

Si se parte de que una modificación acordada por ambos contratantes es preferible a otra unilateral, como quiera que el acuerdo novatorio sólo tendrá lugar si ambas partes consideran que sus términos no los perjudican, la facultad de modificar el contrato de modo unilateral debe circunscribirse a aquellas situaciones en que la renegociación es demasiado costosa o puede verse afectada por comportamientos estratégicos del adherente (el intento de obtener una ventaja desproporcionada a cambio de su consentimiento), que justifican que el predisponente cuente con facultades de modificación unilateral, o en los que no resulte razonable que el adherente obstaculice las modificaciones mediante la exigencia de renegociación de cada contrato individual, o en las que el consumidor explote de modo oportunista

³¹²³ *ob. cit.*, p. 1001.

³¹²⁴ *ob. cit.*, p. 1002.

y de mala fe la dependencia en que ocasionalmente pueda encontrarse el predisponente frente a él.

Esto último sucede cuando el adherente se niegue a consentir una modificación que de no llevarse a cabo perjudique particularmente la posición contractual del empresario por el nivel de inversiones que éste ha efectuado en el contrato, como sucede en la obra convenida cuando sobrevienen circunstancias que hacen que la utilidad del trabajo ya ejecutado dependa en buena medida de que puedan introducirse algunos cambios en el proyecto inicial.

En tal caso, es justificable que el predisponente pueda reservarse, dentro de ciertos límites, la facultad de modificar el contrato sin contar con el beneplácito del comitente.

Igualmente, parece estar justificada la reserva de la facultad de modificación unilateral del contrato en cabeza del predisponente cuando de alguna manera esté compensada la pérdida relativa de utilidad que la modificación puede conllevar al consumidor, especialmente cuando ocurran eventos que reduzcan el beneficio contractual y cuyo riesgo no deba ser asignado íntegramente al empresario o profesional.

De lo anterior se desprende que la exigencia de razones suficientes debidamente especificadas como motivos justificantes de la modificación unilateral del contrato comprende no sólo el examen de las razones aducidas, sino también el tipo de modificación que se proponga y el objeto sobre el que recaiga (la prestación, sus circunstancias de tiempo y lugar, los deberes y cargas impuestos a las partes, entre otros), así como las compensaciones otorgadas al consumidor como contrapeso al *ius variandi* que se ha reservado la otra parte, o los remedios alternativos a la propia modificación, como la atribución al consumidor de la opción de rechazar la modificación propuesta y resolver el contrato.

Han de considerarse admisibles las cláusulas en las que el motivo determinante de la modificación sea una contingencia positiva, una circunstancia sobrevenida que pueda ser aprovechada para incrementar la utilidad originaria del contrato para ambas partes, o al menos para una de ellas, dejando a la otra igual, pero que requiera la modificación del mismo.

Sin embargo, el hecho de que la prestación que vaya a recibir el consumidor a raíz de la modificación contractual sea objetivamente igual o más valiosa que la pactada, no justifica por sí solo la eficacia de la cláusula en cuestión, pues correspondería al deudor juzgar acerca de las preferencias del acreedor.

En caso de duda acerca de la virtualidad de la modificación propuesta para satisfacer el interés del acreedor, habrá que estarse a los usos y a la buena fe,

tomando como pauta la valoración que de la nueva situación haría un consumidor típico.³¹²⁵

También han de considerarse admisibles las cláusulas de modificación que permitan al predisponente desviarse de la prestación proyectada dentro de los márgenes de tolerancia admitidos en el sector económico en el que se celebra el contrato, y que resulten razonables o tolerables según los usos del tráfico y el principio de buena fe.

Dentro de estos límites, no ha de imponerse al productor de bienes o prestador de servicios el costo de lograr una identidad absoluta entre la prestación prometida y la ejecutada, asumiendo el riesgo de la falta de exactitud, si de tal identidad no se deriva una utilidad significativa para un consumidor común.

Cuando se trate de contingencias negativas, es decir, eventos que reducen o eliminan la utilidad que las partes, o una de ellas, esperaban obtener del contrato, han de considerarse válidos para justificar una cláusula de modificación unilateral aquellos eventos o circunstancias que describen riesgos que no podían considerarse asignados al predisponente al momento de celebrarse el contrato.

En otros términos, no basta que el motivo explicitado sea una circunstancia sobrevenida, sino que ha de tratarse de motivos constitutivos de caso fortuito, fuerza mayor o que pudieran dar pie a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.³¹²⁶

³¹²⁵ *ob. cit.*, p. 1003-5.

³¹²⁶ *ob. cit.*, p. 1005-7.

CAPÍTULO XXIX

OTROS SUPUESTOS FRECUENTES DE DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL

141. Cláusulas que invierten la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

De acuerdo con el numeral 3 del artículo 43 EC, se consideran abusivas las cláusulas en que se invierta la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, en los casos en que por ley corresponda a la otra parte dicha carga, según las reglas establecidas en las disposiciones de derecho procesal civil (Ley 1564 de 2012).³¹²⁷

La prohibición considera abusiva la estipulación que impone al consumidor la carga de probar hechos que, de acuerdo con las reglas procesales, correspondería probar al profesional,³¹²⁸ como sería la imposición de la carga de probar el incumplimiento total o parcial del empresario, o la que, en un contrato de cuenta corriente, establece la fijación unilateral del saldo del deudor por parte de la entidad bancaria, de acuerdo con su propia liquidación, impidiendo su discusión fuera o dentro del proceso judicial, no solamente porque libera al acreedor de la carga de probar la deuda, sino porque supone dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio del predisponente, en contra de lo dispuesto en el artículo 1256 c.c.esp.³¹²⁹

La inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, obstaculiza a éste el ejercicio de sus derechos, como quiera que en caso de querer reclamar ante los tribunales un eventual incumplimiento del contrato por parte del empresario, le sería muy difícil probar los hechos que le correspondería acreditar en virtud de tal pacto o condición general de su contrato.

Tal dificultad podría estar determinada por la falta de acceso a las fuentes de prueba de tales hechos, o por la notable agravación de su carga probatoria, dado el mayor número de hechos a probar o la dificultad de prueba de los mismos, como sucede con los hechos negativos.

³¹²⁷ La carga de la prueba es una consecuencia del principio *non liquet*, es decir, de la prohibición al juez de abstenerse de dictar sentencia aun cuando, tras la prueba, haya hechos relevantes para el resultado del proceso que permanezcan en el ámbito de la duda.

Para estos casos, el derecho procesal ofrece una serie de reglas que determinan a qué parte debería el tribunal dar la razón, o a quién debe perjudicar la falta de prueba de un hecho. Al respecto, se atribuye a cada una de las partes la carga de probar cierto tipo de hechos, de modo que si al final del proceso algún hecho no queda acreditado, perjudicará a aquella parte a quien corresponde la carga de probarlo.

La carga de la prueba también se explica como una consecuencia del principio procesal de aportación de parte, en virtud del cual corresponde a las partes la alegación y prueba de los hechos, sin que pueda oficiosamente el tribunal tener en cuenta los hechos no alegados por aquéllas, ni ordenar la práctica de medios de prueba. Como genuina carga, la de la prueba impone como sanción una consecuencia jurídica desfavorable al responsable por su falta de realización (en este caso, el tener por no probado el hecho).

Al respecto, MINGO BISAÍL y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, «Artículo 6 LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ/DIEZ-PICAZO, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, ob. cit., p. 1217.

³¹²⁸ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 477.

³¹²⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1648.

De acuerdo con la prohibición del num. 3 del artículo 43 EC, se considera abusiva y, por tanto ineficaz de pleno derecho, la estipulación que en perjuicio del consumidor imponga a éste la carga de probar un hecho que, según la regla de juicio, correspondía probar a la otra parte contratante.

Se prohíbe, pues, al empresario imponer al consumidor la llamada inversión de la carga de la prueba, con el propósito de impedir que la falta de certeza sobre un determinado hecho no perjudique al consumidor en el momento de dictar sentencia. El fundamento de tal prohibición es evitar obstáculos a los consumidores en el ejercicio de sus derechos ante los tribunales.³¹³⁰

Al amparo del carácter abusivo de tales cláusulas, se podrán impugnar las estipulaciones que imponen al consumidor la carga de probar hechos que corresponde probar al empresario, así como aquellas que tengan por fin exonerar al predisponente de la prueba de un hecho en caso de litigio, gravando con ello la posición procesal del consumidor.

En ese sentido, la prohibición del num. 3 no sólo abarca las inversiones de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, sino también los pactos por los que se exonere al empresario de la prueba de los hechos que ordinariamente le correspondería probar, aun sin imponer al consumidor la contraprueba de los mismos.

La prohibición comprende también aquellas cláusulas que si bien no llegan a invertir la carga de la prueba en contra del adherente, sí establecen una presunción *iuris tantum* a favor del predisponente.

De todas maneras, para que tales cláusulas puedan ser consideradas abusivas, las mismas deben producir un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, teniendo en cuenta las condiciones particulares del contrato, según el requisito general exigido en el artículo 42 EC.

En resumen, siempre que de una cláusula, cualquiera que sea su tenor, quepa racionalmente concluir que su finalidad sea exonerar de prueba al predisponente, y que no exista una razón suficiente que justifique el desequilibrio que la inclusión de tal cláusula produce en los derechos del consumidor, la misma debe ser considerada abusiva y, por tanto, ineficaz de pleno derecho, según lo dispuesto en el artículo 43 EC.

La inversión de la carga de la prueba produce, en principio o *prima facie*, un desequilibrio en perjuicio del consumidor, pues aunque la prueba de los hechos no es propiamente un derecho, sino una carga, la asunción por el consumidor de la carga de probar la no existencia de los hechos extintivos, impeditivos o excluyentes cuando reclame frente al empresario con el que contrató, o la carga de probar la inexistencia de hechos constitutivos, si fuera el empresario el que reclamara frente

³¹³⁰ MINGO BISAÍL/DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Artículo 6 LCGC, ob. cit.*, p. 1226.

a él, agrava notablemente la posición procesal de aquél, produciéndose un notable perjuicio en su contra.

Sin embargo, se debe tener en cuenta también, para efectos de considerar la abusividad de la cláusula, la existencia de razones que de manera suficiente puedan justificar el desequilibrio que su inclusión pueda producir en el contrato, considerado éste en su integridad y en su relación con otros contratos conexos.

La prohibición contenida en el num. 3 del artículo 43 EC pretende evitar que las partes puedan alterar las normas legales que garantizan la igualdad procesal entre aquéllas, como quiera que los pactos o las condiciones generales que contienen tal inversión, introducidos por el empresario prevaliéndose de su posición dominante, pueden producir un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor.³¹³¹

142. Condiciones dependientes de la voluntad del profesional.

Según el num. 6 del artículo 43 EC, son abusivas y, por tanto, ineficaces de pleno derecho, las cláusulas que vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones.

La prohibición se relaciona directamente, aunque no de manera necesaria y exclusiva, con aquellos supuestos en que se prevé la vinculación incondicionada del consumidor al contrato, aun cuando el profesional no hubiera cumplido con sus obligaciones, lo que en la práctica se traduce en la posibilidad que detenta el predisponente, prevaliéndose de su posición contractual dominante, de impedir cualquier tipo de reacción del consumidor frente al incumplimiento del profesional, especialmente el ejercicio de facultades resolutorias o cualesquiera otras similares (140.1).

También puede guardar relación con las condiciones de carácter potestativo, especialmente con aquellas cláusulas que entrañen la supeditación a una condición cuya realización dependa exclusivamente del profesional para el cumplimiento de la prestación, cuando al consumidor se le haya exigido un compromiso firme.

En este caso, la prohibición se fundamenta en que el cumplimiento de la obligación que pesa sobre el profesional no puede quedar supeditado a una condición que involucre exclusivamente la voluntad del profesional, porque ello entraña arbitrariedad y significa que la obligación se cumplirá si el obligado lo quiere.³¹³²

142.1. Vinculación incondicionada del consumidor.

Como fue visto, se trata de aquellos supuestos en que se prevé la vinculación incondicionada del consumidor al contrato, aun cuando el profesional no hubiera cumplido con sus obligaciones, lo que significa la posibilidad para el predisponente

³¹³¹ MINGO BISAÍL/DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *ob. cit.*, p. 1226-7.

³¹³² DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 469-70.

de impedir cualquier tipo de reacción del consumidor frente al incumplimiento de aquél, en especial, el ejercicio de la facultad resolutoria.

Para algunos autores, tales cláusulas son contrarias al principio sinalagmático y al artículo 1546 c.c.col., que permite al acreedor, en caso de incumplimiento, optar por exigir el cumplimiento o la resolución del contrato.³¹³³

El supuesto previsto en num. 6 del artículo 43 EC, hace parte de un tipo más general de cláusulas abusivas, en las que la vinculación del contrato depende de la sola voluntad del profesional, y en las que la abusividad radica, precisamente, en la asimetría en que se halla el consumidor frente a la situación preeminente de aquél, y que lo deja sin fuerza para exigirle lo estipulado en el contrato.

Por el contrario, el profesional sí puede exigir al consumidor el pago del precio, lo que constituye un claro desequilibrio en perjuicio de éste.

Tal desequilibrio puede producirse por el uso de condiciones puramente potestativas, como veremos enseguida, o por otros medios jurídicos, como la interpretación o modificación unilateral del contrato, la facultad de resolución anticipada del mismo, entre otras razones, o la alteración de principios de la contratación privada, como el del “sinalagma funcional” en el caso de los contratos bilaterales.

Todas estas situaciones conducen a consolidar la posición asimétrica en que se halla el consumidor frente al predisponente de la cláusula, dejando el cumplimiento del contrato al arbitrio de una sola de las partes.³¹³⁴

Ejemplos de tales cláusulas pueden ser los siguientes:

1º La cláusula por la cual el profesional establece que cumplirá “cuando pueda”, “cuando convenga, según criterios internos de asignación del trabajo”, o que genéricamente afirme que “los plazos de entrega serán cumplidos si es posible”;

2º La estipulación contenida en una condición general de contratación por la que el profesional se reserva el derecho a cumplir siempre que no se produzcan circunstancias que ocurran en el ámbito de su esfera de control, o la posibilidad de hacer entregas parciales; y

3º En el caso de la venta de entradas para la asistencia a espectáculos, aquella que establece que, si por cualquier causa no se realizaran éstos, la organización no está obligada, ni a devolver el valor de las entradas, ni a permitir el acceso al espectáculo otro día.³¹³⁵

³¹³³ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1646.

³¹³⁴ SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, «Comentario art. 7 LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ/DIEZ-PICAZO, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, ob. cit., p. 1036-7.

³¹³⁵ SEUBA TORREBLANCA, *Comentario art. 7 LCGC*, ob. cit., p. 1044-7.

El supuesto previsto en el num. 6 del artículo 43 EC lo integran dos elementos: el compromiso firme e incondicionado del consumidor, por una parte, y la obligación condicionada del predisponente o profesional: el cumplimiento de las prestaciones de éste queda, en efecto, sujeta a la verificación de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro e incierto.

En el caso que nos ocupa, la condición es meramente potestativa en la medida en que su cumplimiento depende exclusivamente de la voluntad del profesional, quien es, a su vez, deudor de la prestación, sea la entrega de un bien, sea la realización de un servicio.

Por otra parte, la condición potestativa afecta el cumplimiento de las prestaciones del profesional, es decir, a la obligación u obligaciones que resultan del contrato, sean estas principales o accesorias.³¹³⁶

El otro extremo de la prohibición, que produce verdaderamente el desequilibrio en la posición contractual de las partes, lo constituye la existencia de un compromiso firme del consumidor, es decir, la existencia de un vínculo obligatorio a cargo de éste y, por tanto, el deber de cumplir la prestación objeto del mismo mediante el pago que ha asumido.

Tal compromiso firme, las más de las veces significa:

1º Cumplir con la prestación o pagar en cualquier caso, incluso cuando el profesional no haya realizado su prestación;

2º Pagar sumas de dinero con anterioridad a la ejecución de las obligaciones del profesional, sea como anticipo, sea como pago anticipado del precio; ó 3. Asegurar incondicionalmente el pago.³¹³⁷

Como fue dicho, la circunstancia de que exista una obligación condicionada del profesional frente a un compromiso firme del consumidor, si bien produce un desequilibrio en la posición contractual de las partes, no supone sin más que la cláusula que lo provoca sea abusiva, si al mismo tiempo no produce un perjuicio injustificado en contra del consumidor, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del contrato, como exige el artículo 42 EC.

Puede suceder, en efecto, que una condición general que cuadra en el supuesto previsto en el num. 6 del artículo 43 EC, a pesar de generar un desequilibrio en la posición contractual de las partes, no produzca un daño al consumidor porque éste,

³¹³⁶ *ob. cit.*, p. 1038-9.

³¹³⁷ *ob. cit.*, p. 1042-3.

considerado el contrato en su conjunto, contaba, por ejemplo, con la posibilidad de desistir y resolver el vínculo que le ataba con el profesional.³¹³⁸

143. Cláusulas arbitrales.

Las partes de un contrato, sea negociado o de adhesión, pueden someter los conflictos que surjan entre ellas a la decisión de árbitros, bien mediante una cláusula compromisoria o bien a través de un compromiso.³¹³⁹

En los contratos de adhesión, la cláusula compromisoria es abusiva cuando tiene por objeto o como efecto restringir el derecho de acceso del adherente a la justicia, principalmente por el aumento de los costos que ello implica.³¹⁴⁰

De acuerdo con el numeral 12 del artículo 43 EC (derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, sobre arbitraje nacional e internacional), son también abusivas y, por tanto, ineficaces de pleno derecho, las cláusulas que obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral.³¹⁴¹

Según la doctrina, tal prohibición se fundamenta en el costo y en la dificultad que para el consumidor puede significar acudir a los sistemas comunes de arbitraje, que incluso pueden tramitarse en países distintos con arreglo a derechos distintos y en condiciones que, en general, pueden considerarse excesivamente onerosas para el consumidor o como cargas de muy difícil cumplimiento.

Por excepción se admiten, como ocurre en el derecho español, los llamados “arbitrajes de consumo”, establecidos por la ley para la defensa de los consumidores.³¹⁴²

La prohibición trata de evitar, según otros, que el empresario, mediante la imposición de una cláusula compromisoria, impida al consumidor acudir a la jurisdicción ordinaria o a una institución arbitral con garantías de imparcialidad, como podrían ser los órganos arbitrales de consumo (España), en los que participan, además de la administración pública, profesionales de los sectores implicados o los órganos de arbitraje institucionales creados legalmente para un determinado sector o supuesto (transporte terrestre, por ejemplo).

³¹³⁸ En contra, v. SEUBA TORREBLANCA, *Comentario art. 7 LCGC*, ob. cit., p. 1043 -4.

³¹³⁹ Sobre la diferencia entre cláusula compromisoria y compromiso, v., entre otros, CORREA ARANGO, Gabriel, *De los principales contratos mercantiles*, Bogotá, Temis, 1991, p. 119.

³¹⁴⁰ SCCCol, Sala Plena, C-60 de 2001 (Magistrado Carlos Gaviria Díaz).

³¹⁴¹ La abusividad de las cláusulas compromisorias en los contratos de adhesión celebrados con consumidores dependerá entonces de las condiciones particulares de la transacción de que se trate (art. 42 EC), las cuales deberán ser ponderadas por el juez teniendo en cuenta, por ejemplo, como señala el TRLGDCU, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del mismo, las demás cláusulas del acuerdo o de otro del que éste dependa (art. 82.3).

Al respecto, POSADA TORRES, *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 173-4.

³¹⁴² DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, ob. cit., p. 481.

Por otra parte, se considera que una condición general que imponga el sometimiento de un arbitraje distinto al de consumo, nunca podría tener la consideración de una “voluntad inequívoca”, como lo exige la ley, de someter la resolución de la controversia a arbitraje.³¹⁴³

Sin duda, la sumisión a arbitraje implica la exclusión de la vía judicial ordinaria, pues el convenio arbitral impide a los jueces y tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje.

En el caso de los contratos de consumo, la exclusión de la vía judicial supone, aparentemente, la exclusión de un sistema de solución de controversias que está sometido a reglas especiales de protección del consumidor, justificadas por la asimetría entre profesionales y adherentes en las relaciones de consumo.

Sin embargo, en el modelo arbitral, como equivalente jurisdiccional de la tutela judicial por los tribunales, se establecen también garantías especiales, de modo que al predisponente no le basta con imponer una cláusula compromisoria para liberarse de las reglas de protección al consumidor.³¹⁴⁴

Por ello, el num. 12 del artículo 43 EC, interpretado en armonía con el artículo 42 EC, no prohíbe ni considera abusiva toda cláusula que establezca un convenio arbitral, sino aquella que en perjuicio del consumidor, consideradas las circunstancias particulares del contrato, produzca un desequilibrio injustificado, como podría ocurrir cuando no ofrezca las mismas garantías a las partes, o cuando otorgue mayores facultades al predisponente.

Una cláusula compromisoria podría considerarse abusiva, por ejemplo, porque constituye un obstáculo para que el consumidor acceda libremente a la justicia, bien porque éste no tiene la posibilidad de asumir los costos que supone el procedimiento arbitral, bien por consideraciones de otra índole.³¹⁴⁵

Por último, la declaratoria de abusividad de la cláusula conlleva ineficacia de pleno derecho de la misma y la nulidad de los laudos arbitrales que hayan sido dictados por los tribunales de arbitramento constituidos al amparo de aquélla.

La jurisprudencia española considera posible que el tribunal que conozca del recurso de anulación contra el laudo arbitral aprecie la nulidad de la cláusula que imponga el convenio arbitral.³¹⁴⁶

³¹⁴³ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1650.

³¹⁴⁴ VIRGÓS SORIANO, Miguel y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco, «Artículo 11 b», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ/DIEZ-PICAZO, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, ob. cit., p. 208.

³¹⁴⁵ RODRÍGUEZ YONG, *Una aproximación a las cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 102-11.

³¹⁴⁶ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1650.

TÍTULO UNDÉCIMO EL SISTEMA DIFERENCIADO DE CONTROL DE ABUSIVIDAD

CAPITULO XXX INTENSIDAD Y TIPOS DEL CONTROL MATERIAL DE ABUSIVIDAD

144. Introducción.

Como fue visto, la regulación legal de la abusividad en el derecho contractual de consumo se articula en torno a la prohibición de abuso (art. 42 EC) y la lista indicativa de “cláusulas abusivas” (art. 43 EC).³¹⁴⁷

La definición de cláusula abusiva, a su vez, se articula alrededor del concepto de desequilibrio injustificado, el cual debe ser definido por el juez mediante la ponderación circunstanciada de las condiciones particulares del contrato (juicio de abusividad).³¹⁴⁸

De acuerdo con lo anterior, mediante el juicio de abusividad se establecen los siguientes extremos:

1º Si existe un desequilibrio en el contenido del contrato, producido por la imposición de la cláusula o condición en examen;

2º Si las razones en que se apoya el predisponente (empresario o profesional) son suficientes para justificar tal desequilibrio, teniendo en cuenta las condiciones particulares del contrato.³¹⁴⁹

Cada uno de los anteriores extremos constituye el objeto de las etapas declarativa y discursiva del juicio de abusividad.

144.1. El carácter enunciativo o no exhaustivo de la lista de cláusulas abusivas.

Sin pretender abarcar con carácter exhaustivo todas las hipótesis posibles de abusividad contractual, la lista del artículo 43 EC no excluye la posibilidad de que

³¹⁴⁷ v. *supra*, 2ª Parte, Tít., caps. 2 y 3.

³¹⁴⁸ Por juicio de abusividad se entiende la serie de actuaciones que adelanta el juez (Superintendencias Financiera y de Industria y Comercio, según el caso, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 56 EC) para definir si una cláusula o una condición determinada es o no abusiva, teniendo en cuenta las particularidades del contrato (art. 42 EC).

La finalidad de tal juicio es proteger, frente al empresario o profesional, los derechos del consumidor o usuario, quien en los contratos de consumo se halla frente aquél en una situación de desigualdad, derivada de una asimetría informativa o de una desigualdad del poder negocial.

Al respecto, PERTIÑEZ VÍLCHEZ, *La contratación en el ámbito de las relaciones con consumidores*, ob. cit., p. 284.

³¹⁴⁹ El juicio de abusividad, como control judicial de contenido, no busca establecer si la cláusula enjuiciada fue impuesta por el predisponente con observancia de las exigencias establecidas en la ley para la validez de los contratos de adhesión, como podría ser el caso del control formal de incorporación de las condiciones generales de contratación (art. 37 EC), sino definir, de acuerdo con las particularidades del contrato, si una cláusula del mismo es o no abusiva.

otros supuestos, de conformidad con los requisitos exigidos en el artículo 42 EC (desequilibrio injustificado del contrato), puedan ser también abusivos.

En este sentido la mencionada lista constituye un elenco meramente ejemplificativo o enunciativo, que complementa, concreta y precisa el concepto de cláusula abusiva contenido en la prohibición de abuso.

144.2. La presunción de desequilibrio del contrato.

Entre la prohibición de abuso y el elenco de cláusulas del artículo 43 EC existe no sólo una relación de concreción o precisión, sino también de fundamentación normativa, pues en la medida en que una cláusula o condición se subsuma en alguno de los supuestos de la lista, el juez podrá, *prima facie*, presumir el desequilibrio del contrato y, de manera definitiva, la declarará abusiva si, después del juicio de abusividad y de la ponderación circunstanciada de que habla el artículo 42 EC, concluye que tal desequilibrio es, además, injustificado.³¹⁵⁰

La lista la integran todos aquellos supuestos que describen hipótesis de cláusulas que potencial o *prima facie* pueden producir un desequilibrio del contrato, pero que podrían no ser abusivas en la medida en que dicho desequilibrio se halle suficientemente justificado de acuerdo con las condiciones particulares de su celebración, las demás cláusulas del mismo o de la naturaleza del bien o servicio que constituya su objeto.³¹⁵¹

Para que una cláusula sea considerada abusiva es necesario que se subsuma en alguno de los supuestos legales, más o menos indeterminados, según fue visto, contenidos en la lista del artículo 43 EC.

Tal condición, sin embargo, no es suficiente, porque a pesar de que una cláusula se subsuma en alguno de los supuestos legales de la lista, puede no ser abusiva en vista de los requisitos que para el efecto exige el artículo 42 EC: equilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y valoración de las condiciones particulares del contrato.³¹⁵²

³¹⁵⁰ Desde el derecho romano, las presunciones legales (*praesumptio iuris*) permitieron a los juristas asumir como cierto un determinado hecho sin tener que probarlo, lo que supone una inversión de la carga de la prueba, pues la persona interesada en refutar la existencia del hecho presumido, ha de demostrarlo.

Al respecto, HERZOG, *Breve historia del derecho europeo*, ob. cit., p. 16 y 38.

³¹⁵¹ MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, María Lourdes, *Régimen jurídico de las presunciones*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 178.

³¹⁵² PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1646. En este sentido, en el supuesto previsto en el num. 12 del artículo 43 ("*cláusulas que obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral*"), a pesar de que se trata de una hipótesis normativamente bien delimitada, al punto de que la cláusula compromisoria contenida en un contrato celebrado con consumidores debe considerarse *prima facie* abusiva, puede no serlo por ejemplo si considerado el contrato en su conjunto, o teniendo en cuenta las condiciones particulares del mismo, se llega a la conclusión de que la misma no produce un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor.

Sobre este asunto, v, también, RODRÍGUEZ YONG, *Una aproximación a las cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 102.

En otras palabras, la lista del artículo 43 EC comprende aquellos supuestos en que se presume el desequilibrio del contrato, pero las razones que puedan de manera suficiente justificar dicho desequilibrio, han de ser sopesadas luego en la etapa discursiva del juicio de abusividad con la ayuda del principio de proporcionalidad y de cada uno de los subprincipios que lo integran.

La ley en este caso prevé un supuesto determinado, estructurado normativamente como una presunción legal, pero que no permite, sin más, considerar una cláusula como abusiva si adicionalmente no supera el examen de abusividad previsto en la ley, esto es, si además de encajar en alguno de los supuestos de la lista del artículo 43 EC, dicha cláusula no produce, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado, atendidas las condiciones particulares del contrato.

El hecho de que un supuesto concreto no se halle incluido expresamente dentro de la lista del artículo 43 EC no significa la validez de la cláusula concreta que lo contiene, pues debe acreditar también su conformidad con los requisitos exigidos al efecto por la prohibición de abuso, relacionados con el equilibrio injustificado de obligaciones y derechos y el juicio circunstanciado de abusividad.

No cabe argumentar a contrario en este caso, pues las condiciones generales o las cláusulas predispuestas que no se contienen en la lista no siempre, dependiendo de las condiciones particulares del contrato, serán válidas a la luz de la prohibición de abuso, en la medida en que su imposición produzca un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor.³¹⁵³

Pero la lista, en la medida en que contiene supuestos considerados *prima facie* disruptivos o desequilibrantes del contrato, sí puede proporcionar puntos de partida para argumentos de analogía y argumentos a contrario que, contrastados con los requisitos de la prohibición de abuso, permitan considerar, de manera definitiva, una cláusula como abusiva.

En la medida en que una cláusula se subsume en alguno de los supuestos de la lista establecida en el artículo 43 EC, se presume de hecho un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, debiendo el predisponente, para desmontar tal presunción, aportar las razones o argumentos que justifiquen el desequilibrio de derechos y obligaciones derivados del contrato.³¹⁵⁴

³¹⁵³ MIQUEL GONZÁLEZ, *Artículo 10 bis*, *ob. cit.*, p. 953.

³¹⁵⁴ Como fue visto, la doctrina distingue entre listas negras y grises de cláusulas abusivas, en la medida en que unas u otras contengan conceptos jurídicos indeterminados que exijan valoraciones circunstanciadas, de manera que en ciertos casos las cláusulas puedan ser consideradas abusivas y en otros no.

En este sentido, la lista del artículo 43 EC es gris, o por lo menos mixta, en la medida en que mezcla prohibiciones precisas con otras que requieren la determinación de ciertos conceptos y, en cualquier caso, remiten a la prohibición de abuso del artículo 42 EC, pues con independencia de que una cláusula se subsuma en alguno de los supuestos de la lista, dicha disposición, para efectos de considerarla abusiva, exige que la cláusula produzca, en detrimento del consumidor, un desequilibrio injustificado, teniendo en cuenta las condiciones particulares del contrato.

Al respecto, MIQUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 952-3.

Podría decirse que el elenco de supuestos previsto en el artículo 43 EC constituye una lista negra de cláusulas abusivas cuando, además de prever hipótesis en términos precisos y concretos, carece de las razones que pudieran justificar, de manera plausible o suficiente, el desequilibrio que en los derechos del consumidor produce su inclusión como cláusula del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares de éste.³¹⁵⁵

144.3. Plan de exposición.

Como quiera que la regulación legal de la abusividad contractual se articula en torno a la prohibición de abuso y la lista de supuestos presuntamente disruptivos o desequilibrantes del contrato, es posible configurar varios modelos de juicio de abusividad y una intensidad diferenciada del control judicial de contenido, según se trate de supuestos que se subsuman o no en la lista del artículo 43 EC.

Estas distintas versiones del juicio de abusividad pueden ser reconducidas a dos sistemas básicos, dentro de los cuales puede incluso identificarse varios modelos combinados o intermedios:

1º El modelo general de juicio de abusividad para la aplicación de la prohibición de abuso (art. 42 EC), que comprendería aquellos supuestos que, a pesar de no subsumirse en la lista del artículo 43 EC, producen un desequilibrio injustificado del contrato; y

2º El modelo especial de juicio de abusividad para la aplicación de la lista enunciativa o no exhaustiva de cláusulas presunta o *prima facie* abusivas del artículo 43 EC.

Ambos modelos se distinguen por la intensidad diferenciada que en cada uno de ellos supone el control material de abusividad (*test* estricto, intermedio o débil), y en cuanto a las reglas sobre carga de la prueba y de argumentación que cada uno de ellos supone.

³¹⁵⁵ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los contratos de adhesión*, ob. cit., p. 1646. En cuanto a la naturaleza de la lista, es decir, si se trata de una lista negra o gris de cláusulas abusivas, no parece que la intención del legislador colombiano haya sido la de establecer una serie de supuestos concretos de cláusulas abusivas, cuya definición no requiriera de valoración alguna y que, en la medida en que una cláusula se subsumiera en alguno de los supuestos recogidos en la lista, se debiera reputar abusiva (lista negra). Tal lista negra sería una proyección del derecho imperativo sobre las cláusulas no negociadas.

Por el contrario, a pesar del esfuerzo desplegado por el legislador para reducir el número de supuestos (14 en total) y comprimir y concretizar cada uno de los mismos, subsisten en la lista algunos conceptos jurídicos indeterminados ("*derechos del consumidor*", "*responsabilidad del productor o proveedor*", entre otros), que en sí mismos suponen una ponderación que impide la calificación automática de la cláusula como abusiva.

Además, el carácter complementario de la lista respecto de la prohibición general de abuso, que sujeta la valoración de una cláusula como abusiva, no a la simple subsunción de la misma a alguno de los supuestos legales de la lista, sino, además, al examen previo y conjunto de todas las condiciones particulares del contrato (art. 42 EC), permite considerar como lista gris el elenco de cláusulas abusivas que de manera abierta y ejemplificativa establece el artículo 43 EC.

145. Intensidad del control de abusividad. ³¹⁵⁶

Como hemos visto, el principio de proporcionalidad, como criterio para concretar el contenido normativo de la prohibición de abuso y fundamentar la norma adscrita que sirve de premisa mayor del fallo mediante el cual se define la abusividad de la cláusula o condición en examen, aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.³¹⁵⁷

Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención unilateral del predisponente que cause un desequilibrio del contrato, debe ser adecuada para obtener un fin constitucional o legalmente legítimo.

De acuerdo con el subprincipio de necesidad, la intervención unilateral del predisponente debe ser la más benigna con los derechos y posiciones del consumidor, entre todas las medidas que revistan por lo menos la misma idoneidad para alcanzar o contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

Por último, conforme al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (mandato de ponderación), la importancia de los objetivos perseguidos por el predisponente debe guardar una adecuada relación de proporcionalidad con la importancia de los derechos y posiciones del consumidor intervenidos.

En otras palabras, las ventajas que el predisponente obtiene con la intervención, deben compensar los sacrificios que ésta supone para los titulares de tales derechos y posiciones.³¹⁵⁸

La cláusula o condición que además de causar un desequilibrio del contrato (intervención del predisponente), incumpla las anteriores exigencias de los subprincipios de la proporcionalidad, las exigencias de los subprincipios de la proporcionalidad, debe ser declarada abusiva y, como tal, excluida del contenido del contrato.³¹⁵⁹

146. Intensidad del examen de idoneidad.

El concepto de idoneidad se refiere siempre a la aptitud del medio para, de alguna forma, alcanzar el fin perseguido por el predisponente. No obstante, esa relación de causalidad positiva puede tener un mayor o menor grado de intensidad según el criterio desde el cual se le aprecie.³¹⁶⁰

³¹⁵⁶ RIVERS, Julian, "Proportionality and variable Intensity of Review", Cambridge Law Journal, CLJ, vol. 65, issue 1, p. 174-207.

³¹⁵⁷ BERNAL, *El principio de proporcionalidad, ob. cit.*, p. 51.

³¹⁵⁸ BERNAL, *ob. cit.*, p. 52-3.

³¹⁵⁹ BERNAL, *ob. cit.*, p. 53-4.

³¹⁶⁰ BERNAL, *El principio de proporcionalidad, ob. cit.*, p. 88.

Desde el punto de vista de su eficacia o de su rapidez, por ejemplo, el medio puede ser más o menos eficaz o más o menos rápido para la obtención del fin perseguido por el predisponente.

Por esta razón, puede haber tanto una versión fuerte como una versión débil del examen de idoneidad que determina la intensidad del control de abusividad con que el juez revisa la cláusula o condición en examen.

146.1. Versión fuerte y versión débil del examen de idoneidad.³¹⁶¹

Una versión fuerte del examen de idoneidad aumenta la intensidad del control judicial sobre las cláusulas o condiciones que afectan los derechos y posiciones garantizados por la prohibición de abuso, pues no todas ellas serán medios idóneos para alcanzar, conseguir o asegurar la obtención del fin perseguido por el predisponente.³¹⁶²

Por el contrario, una versión débil del examen de idoneidad disminuye la intensidad del control de abusividad, lo que supone el reconocimiento de una mayor autonomía y libertad del predisponente para definir sus propios fines y los medios con que pretende alcanzarlos, pues condiciona la validez de las cláusulas o estipulaciones, no a que estas sean plenamente eficaces para alcanzar su finalidad, sino a que faciliten en alguna medida su obtención.³¹⁶³

Salvo las cláusulas o condiciones que de ningún modo contribuyen a la realización del fin (casos claros de inidoneidad), deberán considerarse válidas, y en consecuencia someterse a los exámenes de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, las cláusulas o condiciones que de algún modo contribuyan a la obtención del fin perseguido por el predisponente.³¹⁶⁴

En síntesis, la opción por una versión fuerte o débil del examen de idoneidad es indicativa de una actitud activista o interventora del juez respecto de su función de proteger los derechos del consumidor o, por el contrario, deferente con la libertad contractual del predisponente y en especial con la facultad de este para definir el contenido del contrato.³¹⁶⁵

³¹⁶¹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 687-728; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 26 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 2-32.

³¹⁶² BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 2-32.

³¹⁶³ BERNAL, ob. cit., p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 2-32.

³¹⁶⁴ BERNAL, ob. cit., p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 2-32.

³¹⁶⁵ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 687-728.

146.2. La fundamentación de la versión débil del concepto de idoneidad y de un examen poco estricto de idoneidad.³¹⁶⁶

En relación con la prohibición de abuso (art. 42 EC), no se justifica que el juez aplique un test estricto para comprobar la idoneidad del medio en la consecución del fin inmediato perseguido por el predisponente.³¹⁶⁷

Por el contrario, tanto la libertad contractual de éste como la facultad para definir unilateralmente el contenido del contrato, propio de la contratación masiva a través de contratos de adhesión a condiciones generales, son razones que militan a favor de optar en dicho campo por una versión débil del examen de idoneidad, conforme al cual el juez, por fuera de los casos claros de impropiedad o inidoneidad del medio, considere idóneo o apropiado toda cláusula o condición que de alguna manera facilite o contribuya a la obtención del fin inmediato, sin necesidad de un examen estricto de idoneidad.³¹⁶⁸

Una cláusula o condición es un medio idóneo para alcanzar el fin inmediato cuando contribuye de algún modo a alcanzar el propósito que el predisponente se propone alcanzar con la imposición de aquella. La idoneidad presupone que entre el medio y el fin inmediato debe existir una relación positiva de causalidad: el medio debe facilitar o contribuir a la obtención del fin.³¹⁶⁹

Sin embargo, esta relación positiva de causalidad pueda tener una mayor o menor intensidad según diversos puntos de vista. Por ejemplo, desde el punto de vista de la eficacia un medio puede ser más o menos eficaz para la consecución del fin. Desde el punto de vista temporal, un medio puede contribuir con mayor o menor rapidez a la consecución del fin.³¹⁷⁰

146.3. Interpretación teleológica objetiva y subjetiva.³¹⁷¹

Tal versión débil del examen de idoneidad, sustentada en la libertad del predisponente para definir el contenido normativo del contrato, la adelanta el juez en dos etapas sucesivas:³¹⁷²

³¹⁶⁶ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 687-728; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 26 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 2-32.

³¹⁶⁷ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 2-32.

³¹⁶⁸ ob. cit., p. 2-32.

³¹⁶⁹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 2-32.

³¹⁷⁰ BERNAL, ob. cit., p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 2-32.

³¹⁷¹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 687-728; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 26 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 2-32.

³¹⁷² BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 2-32.

1º En la primera, mediante una interpretación teleológica objetiva, o una interpretación teleológica subjetiva del contrato, el juez fija el fin inmediato perseguido por el predisponente y comprueba su legitimidad legal y constitucional.

Esta última comprobación consiste en una adscripción del fin inmediato al ámbito normativo del principio legal o constitucional que lo sustenta (fin mediato).

Para tal efecto el juez aplica la siguiente regla: todo fin inmediato perseguido por el predisponente es legal o constitucionalmente legítimo, siempre que no exista una norma legal o constitucional que explícita o implícitamente lo prohíba (caso claro de una prohibición legal o constitucional de un fin inmediato perseguido por el predisponente).³¹⁷³

2º Si este no es el caso, el juez considerará válida la cláusula o condición que produce el desequilibrio del contrato en perjuicio del consumidor y pasará a la segunda etapa del examen de idoneidad o juicio de idoneidad en sentido estricto.

En dicha etapa, a partir de premisas empíricas, el juez comprobará la idoneidad de la cláusula o condición en examen y declarará la validez de esta en la medida en que constituya una restricción de los derechos del consumidor garantizados por la prohibición de abuso que, de ningún modo, contribuya o facilite la obtención del fin inmediato (caso claro de inidoneidad de la medida o medio instrumental elegido por el predisponente).³¹⁷⁴

Si este no es el caso, considerará idónea la cláusula o condición que, de algún modo, es decir, con cualquier grado de eficacia, rapidez o cualquier otro criterio relevante, contribuya o facilite la obtención del fin perseguido por el predisponente (según la versión débil del concepto de idoneidad) y someterá tal cláusula o condición a los subsiguientes exámenes de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.³¹⁷⁵

146.4. La facultad del predisponente para definir el contenido del contrato *versus* la protección de los derechos y posiciones del consumidor.³¹⁷⁶

Como fue visto, la opción por una versión fuerte o por una versión débil del examen de idoneidad, supone una toma de posición acerca de la intensidad del control material en los casos concretos de aplicación judicial de la prohibición de abuso.³¹⁷⁷

³¹⁷³ BERNAL, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 2-32.

³¹⁷⁴ BERNAL, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 2-32.

³¹⁷⁵ BERNAL, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 2-32.

³¹⁷⁶ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 687-728; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, *ob. cit.*, p. 26 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 2-32.

³¹⁷⁷ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 2-3

1º Una versión fuerte, sobre todo en cuanto se refiere al criterio del mayor o menor grado de realización del fin, aumenta la intensidad del control que ejerce el juez sobre la cláusula o condición que produce el desequilibrio del contrato, pues, como medio, no toda cláusula o condición será idónea para alcanzar, conseguir o asegurar la obtención del fin inmediato perseguido por el predisponente.

Por el contrario, el nivel de intensidad del control será más bajo si sólo se exige que tal medio de algún modo contribuya a la obtención de este fin, vale decir, con cualquier grado de eficacia, rapidez o cualquier otro criterio relevante.³¹⁷⁸

2º Una versión débil del examen de idoneidad supone el reconocimiento de la competencia del predisponente para definir sus propios fines y los medios con que puede conseguirlos, pues condiciona la abusividad de la cláusula o condición en examen, no a que este medio sea plenamente eficaz para alcanzar su finalidad, sino a que facilite en alguna medida su obtención.³¹⁷⁹

3º A excepción de las medidas que de ningún modo contribuyen a la realización del fin inmediato perseguido por el predisponente (los casos claros de inidoneidad de la cláusula o condición en examen), todos los demás medios deberán ser considerados idóneos y, en consecuencia, someterse a los subsiguientes exámenes de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, en la medida en que, de algún modo, contribuyan a la obtención del fin.³¹⁸⁰

En síntesis, según una versión débil del examen de idoneidad (que en este trabajo acogemos, dada la necesidad de proteger los derechos y legítimos intereses del predisponente en concordancia con los derechos e intereses del consumidor), la cláusula o condición en examen será un medio apto o apropiado si guarda alguna relación de causalidad positiva con el fin inmediato perseguido por el predisponente, con independencia del grado con que se establezca dicha relación respecto de su eficacia, rapidez o cualquier otro criterio relevante.³¹⁸¹

146.5. La intensidad del examen de idoneidad y la protección de los derechos del consumidor o de la posición contractual del predisponente.³¹⁸²

Como fue visto, de acuerdo con la perspectiva que se adopte, puede existir una versión débil o restringida, o bien una versión fuerte o amplia del examen de idoneidad. La diferencia entre estas dos versiones radica en que un medio puede

³¹⁷⁸ BERNAL, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 2-32.

³¹⁷⁹ BERNAL, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 2-32.

³¹⁸⁰ BERNAL, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 2-32.

³¹⁸¹ BERNAL, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 2-32.

³¹⁸² BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 687-728; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, *ob. cit.*, p. 26 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 2-32.

ser más o menos idóneo según las diferentes perspectivas que se adopten para medir su idoneidad.³¹⁸³

No obstante, la opción por una versión fuerte o por una versión débil del examen de idoneidad es indicativo también de la opción por una actitud más activa del juez en su función de protección de los derechos garantizados en favor del consumidor por la prohibición de abuso o, por el contrario, más deferente con la libertad contractual del predisponente y su facultad de definir el contenido de los contratos de adhesión.³¹⁸⁴

De acuerdo con la versión fuerte o más robusta del examen de idoneidad, una cláusula o condición es idónea sólo si contribuye e incluso asegure en mayor medida y con mayor rapidez y eficacia la realización de la finalidad inmediata perseguida por el predisponente.³¹⁸⁵

Por el contrario, según una versión débil o menos robusta, una cláusula o condición es un medio idóneo si, de cualquier modo, es decir, con cualquier grado de eficacia, rapidez o cualquier otro criterio, contribuye a alcanzar el fin inmediato perseguido por el predisponente.³¹⁸⁶

La versión débil del examen de idoneidad sólo exige que entre el medio y el fin inmediato exista una relación de causalidad positiva de cualquier tipo, es decir, que el medio sencillamente contribuya o facilite la realización del fin inmediato de algún modo, con cualquier grado de eficacia, rapidez o cualquier otro criterio relevante.³¹⁸⁷ Es evidente que cada una de las anteriores versiones del examen de idoneidad se relaciona con el nivel o la intensidad del enjuiciamiento de las medidas que son objeto del control material de abusividad, pues no todas serán adecuadas para conseguir, alcanzar o asegurar la obtención de su finalidad:³¹⁸⁸

1º La versión débil está emparentada con una posición que favorece la libertad contractual del predisponente y su facultad para definir e imponer unilateralmente el contenido de los contratos de adhesión, pues condiciona la abusividad de la

³¹⁸³ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 2-32.

³¹⁸⁴ BERNAL, ob. cit., p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 2-32.

³¹⁸⁵ BERNAL, ob. cit., p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 2-32.

³¹⁸⁶ BERNAL, ob. cit., p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 2-32.

³¹⁸⁷ Entre estos dos extremos, existe un sinnúmero de versiones intermedias, según se exija del medio un cumplimiento mayor o menor de los requisitos relativos a cada una de las variables.

Al respecto, BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 687.

³¹⁸⁸ BERNAL, ob. cit., p. 687-728; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 26 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 2-32.

cláusula o condición en examen, no ya a la plena consecución de su finalidad, sino a que faciliten en alguna medida su obtención.³¹⁸⁹

El principal efecto de esta versión débil es que, a excepción de las medidas que no contribuyen de ningún modo a la consecución de la finalidad inmediata, todas las demás que de alguna forma contribuyan a alcanzar esta deberán considerarse idóneas y someterse, en consecuencia, a la aplicación sucesiva de los subprincipios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.³¹⁹⁰

En este sentido, la idoneidad de la cláusula o condición en examen dependerá de que esta guarde una relación positiva de cualquier tipo con el fin inmediato perseguido por el predisponente, es decir, que facilite su realización de cualquier modo, con independencia de su grado de eficacia, rapidez, plenitud y seguridad.³¹⁹¹

2º Como fue dicho, la versión débil del subprincipio de idoneidad se fundamenta en la libertad contractual del predisponente y en la facultad de éste de definir e imponer unilateralmente el contenido de los contratos de adhesión, pero además en exigencias de racionalidad y de claridad en el control material de abusividad de las cláusulas y estipulaciones contractuales.³¹⁹²

Según el principio de libertad contractual, para configurar e imponer unilateralmente el contenido normativo de los contratos de adhesión, el predisponente dispone legal y constitucionalmente de un amplio margen de acción para estudiar la información técnica de que dispone (ámbito de apreciación fáctica) y de un ámbito para apreciar las razones que sustentan las medidas que considere adecuadas para alcanzar sus finalidades (ámbito de apreciación normativa).³¹⁹³

A estos dos ámbitos de apreciación corresponde un amplio ámbito de decisión, presupuesto en la competencia del predisponente, para elegir el medio, entre los diversos que tiene a su disposición, que considere idóneo para la consecución de sus objetivos (ámbito de decisión estructural).³¹⁹⁴

3º El juez debe respetar en principio estos ámbitos de apreciación y de decisión, y entender que la Constitución y la ley no imponen al predisponente la adopción de la medida más idónea para conseguir sus fines, sino tan solo que la prohibición de

³¹⁸⁹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 2-32.

³¹⁹⁰ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 687-728.

³¹⁹¹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 2-32.

³¹⁹² BERNAL, ob. cit., p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 2-32.

³¹⁹³ BERNAL, ob. cit., p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 2-32.

³¹⁹⁴ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 687-728.

abuso proscribire la restricción de los derechos del consumidor cuando la medida carezca de forma absoluta de idoneidad para la realización de su fin.³¹⁹⁵

El respeto a la libertad contractual del predisponente y de su facultad para fijar e imponer unilateralmente el contenido del contrato impone al juez la exigencia, no de verificar la existencia del medio más idóneo, sino de constatar que el medio utilizado por aquél carezca absolutamente de idoneidad para la realización de su fin.³¹⁹⁶

4º Por otra parte, la versión más débil del subprincipio de idoneidad permite estructurar mejor el examen de abusividad de las cláusulas o condiciones de los contratos de adhesión, pues impide que las medidas distintas a la más idónea sean de entrada declaradas nulas.³¹⁹⁷

La prematura declaración de nulidad impide considerar múltiples razones relativas a la proporcionalidad de tales medidas, las que sólo adquieren relevancia en los subsiguientes exámenes de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.³¹⁹⁸

La versión fuerte del subprincipio de idoneidad imposibilita que sean consideradas todas las razones empíricas, analíticas y normativas que juegan a favor y en contra de la abusividad de la cláusula o condición enjuiciada.³¹⁹⁹

5º Por último, el juez debe aceptar que una medida es idónea si, considerada en abstracto, puede contribuir de alguna manera a la obtención del fin que se propone.

Es decir, tampoco es necesario constatar que la medida haya contribuido o contribuya en la práctica para alcanzar su objetivo, como exigencia para declarar su idoneidad, sino que basta establecer que la medida tiene la virtualidad abstracta de favorecer la obtención de su fin.³²⁰⁰

Adicionalmente, el juez debe admitir que un medio es idóneo, aun cuando solo haya dado lugar a una realización parcial del fin que persigue. La idoneidad no se traduce en la exigencia de obtener plenamente el objetivo propuesto, ni en la de asegurar que será conseguido.³²⁰¹

La realización parcial del fin basta como argumento a favor de la idoneidad de la medida adoptada por el predisponente.³²⁰²

³¹⁹⁵ BERNAL, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 2-32.

³¹⁹⁶ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 2-32.

³¹⁹⁷ *ob. cit.*, p. 2-32.

³¹⁹⁸ *ob. cit.*, p. 2-32.

³¹⁹⁹ *ob. cit.*, p. 2-32.

³²⁰⁰ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 2-32.

³²⁰¹ BERNAL, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 2-32.

147. Intensidad del examen de necesidad.³²⁰³

Por otra parte, un control de abusividad intensivo a través del examen de necesidad restringiría de manera inaceptable el derecho del predisponente de definir e imponer unilateralmente el contenido del contrato.³²⁰⁴

La aplicación de un examen de necesidad intensivo podría conducir a que el juez sustituya la medida que contiene la cláusula o condición en examen por alguno de los medios alternativos, a pesar de que la equivalencia o la benignidad de estos medios en relación con el derecho del consumidor se haya reconstruido a partir de premisas inseguras o inexistentes al momento de la celebración del contrato.³²⁰⁵

Una aplicación semejante investiría al juez de la competencia para sustituir los medios empleados por predisponente por aquellos que desde su perspectiva fueran óptimos para la realización del fin perseguido.³²⁰⁶

De esta manera, el juez se desvincularía de las apreciaciones y valoraciones que el predisponente efectuó durante la celebración del contrato en ejercicio de sus facultades y derechos legítimos.³²⁰⁷

Las anteriores razones justifican entonces que el juez, durante el examen de necesidad, interprete de manera restrictiva, con deferencia hacia el predisponente, los requisitos para establecer la equivalencia y la benignidad de los medios alternativos.

³²⁰² BERNAL, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 2-32. Respecto de la prohibición de abuso, con fundamento en la libertad contractual del predisponente y en la facultad de éste de fijar e imponer unilateralmente el contenido normativo del contrato, en este trabajo defendemos una versión fuerte del concepto de idoneidad sólo para el caso en que la cláusula o condición en examen se refiera a alguno de los supuestos previstos en el artículo 43 EC, por constituir estos los casos más frecuentes de abusividad contractual.

Por el contrario, para las cláusulas o condiciones que se refieran al supuesto de hecho de la prohibición de abuso ex artículo 42 EC (desequilibrio contractual injustificado en perjuicio del consumidor), defendemos una versión débil de tal subprincipio y un control más intenso por parte juez a través de un examen estricto de idoneidad.

³²⁰³ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 687-728; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, *ob. cit.*, p. 74 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 2-32.

³²⁰⁴ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 2-32.

³²⁰⁵ BERNAL, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 2-32.

³²⁰⁶ BERNAL, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 2-32.

³²⁰⁷ BERNAL, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 2-32

147.1. Interpretación restrictiva y deferente.³²⁰⁸

Una interpretación restrictiva y deferente con el predisponente supone, entre otras cosas, lo siguiente:

1º Que el juez, como se ha visto, adopte la perspectiva *ex ante* del predisponente, lo que significa que al momento de elaborar el catálogo de medios alternativos, o en cualquier otra etapa del juicio de necesidad, sea notorio que tales medios estaban a disposición del predisponente o que los mismos no hayan aparecido con posterioridad a la celebración del contrato como resultado de desarrollos técnicos o científicos.³²⁰⁹

Esto supone que, en respeto de las apreciaciones y valoraciones del predisponente, la cláusula o condición en examen sólo podrá ser considerada innecesario si, dados los conocimientos existentes en el momento de la celebración del contrato, el predisponente disponía también del repertorio de medios alternativos.³²¹⁰

De esta manera, el juez deberá considerar necesario o imprescindible la cláusula o condición en examen y someterla al subsiguiente examen de proporcionalidad en sentido estricto, cuando sea evidente que el medio alternativo equivalente o el medio alternativo más benigno, según el caso, hayan surgido con posterioridad a la celebración del contrato.³²¹¹

2º Una interpretación restrictiva también supone que la idoneidad del medio alternativo para alcanzar el fin inmediato sea por lo menos equivalente a la idoneidad de la cláusula o condición en examen.³²¹²

Esto significa que el medio manifiestamente inidóneo para alcanzar el fin inmediato ni siquiera puede hacer parte del repertorio de medios alternativos y que el juez debe apreciar como necesario o imprescindible la cláusula o condición y someterla al subsiguiente examen de proporcionalidad en sentido estricto cuando los medios alternativos ostenten un grado inferior e incluso igual al que ostenta el medio efectivamente escogido por el predisponente.³²¹³

3º Finalmente, una interpretación restrictiva supone también que la benignidad del medio alternativo en relación con la posición concreta del consumidor debe ser

³²⁰⁸ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 687-728; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, ob. cit., p. 74 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 2-32.

³²⁰⁹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 2-32.

³²¹⁰ BERNAL, ob. cit., p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 2-32.

³²¹¹ BERNAL, ob. cit., p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 2-32.

³²¹² BERNAL, ob. cit., p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 2-32.

³²¹³ BERNAL, ob. cit., p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 2-32.

manifiestamente superior en comparación con el grado de afectación que respecto de la misma representa la medida adoptada por el predisponente.³²¹⁴

Esto significa que el juez deberá estimar como necesario o imprescindible la cláusula o condición en examen y someterla al subsiguiente examen de proporcionalidad en sentido estricto cuando la intensidad de afectación hipotética del medio alternativo sobre el derecho del consumidor sea inferior e incluso igual al grado de afectación real.³²¹⁵

Siempre que de manera inequívoca se establezca que en el momento de la celebración del contrato el predisponente disponía de un medio alternativo más benigno o menos restrictivo del derecho o de la posición concreta del consumidor el juez deberá estimar como innecesario o prescindible la cláusula o condición en examen y declarar su abusividad y su consecuencial nulidad y expulsión como contenido del contrato.³²¹⁶

En otras palabras, la cláusula o condición en examen debe ser considerada un medio innecesario y declarada abusiva solo cuando aparezca de manera evidente, según premisas empíricas, analíticas y normativas seguras, que existe un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo para alcanzar el fin inmediato, afecta con menor intensidad el derecho o la posición concreta del consumidor.³²¹⁷

Si esto no es el caso, deberá considerarse necesaria o imprescindible dicha cláusula y someterse al subsiguiente examen de proporcionalidad en sentido estricto.³²¹⁸

148. Perspectiva e intensidad del examen de proporcionalidad en sentido estricto.³²¹⁹

Una cláusula o condición representa una intervención desproporcionada en los derechos del consumidor sólo cuando, desde la perspectiva del predisponente y de forma evidente, la afectación de tales derechos sea mayor que la realización del principio que fundamenta dicha medida o intervención.³²²⁰

³²¹⁴ BERNAL, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 2-32.

³²¹⁵ CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 2-32.

³²¹⁶ *ob. cit.*, p. 2-32.

³²¹⁷ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 2-32.

³²¹⁸ Esta distribución de la carga de la prueba a favor del medio escogido por el predisponente se fundamenta en la libertad contractual del predisponente y su facultad para definir e imponer unilateralmente el contenido normativo del contrato.

Sobre este aspecto, v. BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 687-728.

³²¹⁹ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 687-728; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, *ob. cit.*, p. 74 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 2-32.

³²²⁰ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 2-32.

En otros términos, la cláusula o condición en examen representa una intervención desproporcionada, solo cuando, desde la perspectiva del predisponente y de forma evidente, el grado de realización del principio que la fundamenta es menor que el grado de afectación de los derechos y posiciones del consumidor.³²²¹

148.1. Aspectos de la perspectiva e intensidad del examen de proporcionalidad en sentido estricto.³²²²

La perspectiva e intensidad del examen de proporcionalidad en sentido estricto comprende dos aspectos: por una parte, la seguridad de las premisas que evidencien la desproporción en sentido estricto de la cláusula o condición en examen; así como la intensidad de la afectación del derecho del consumidor, por la otra.³²²³

El primero de estos aspectos fundamenta la práctica de un control de evidencia en la ponderación. El segundo, por su parte, fundamenta la práctica en dicha ponderación de un control material intensivo sobre las intervenciones graves del derecho del consumidor.³²²⁴

1º De esta manera, el juez podrá considerar desproporcionada una afectación leve del de este derecho y declarar la abusividad y consecuencial nulidad de la cláusula o condición en examen sólo cuando, desde la perspectiva del predisponente, existan premisas empíricas, analíticas y normativas que así lo evidencien.³²²⁵

Por otra parte, una intervención grave en el derecho del consumidor debe ser objeto de un control material intensivo desde la perspectiva del juez.³²²⁶

2º Tales reglas operan de modo independiente y sin dificultades en los casos que claramente se subsumen bajo cada uno de sus supuestos. De acuerdo con ellas, una afectación grave del derecho del consumidor a través de una cláusula o condición impuesta unilateralmente por el predisponente, contra cuya desproporcionalidad en sentido estricto sea posible invocar un conjunto de premisas seguras, deberá ser declarada abusiva.³²²⁷

³²²¹ BERNAL, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 2-32.

³²²² BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 687-728; CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, *ob. cit.*, p. 74 ss; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 2-32.

³²²³ BERNAL, *El principio de proporcionalidad*, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *Proporcionalidad y cláusulas abusivas*, *ob. cit.*, p. 2-32.

³²²⁴ BERNAL, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 2-32.

³²²⁵ BERNAL, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 2-32.

³²²⁶ BERNAL, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 2-32.

³²²⁷ BERNAL, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 2-32.

No obstante, en un amplio número de casos, las anteriores reglas pueden entrar en colisión. La colisión se presenta, por ejemplo, cuando existe una intervención intensa en el derecho del consumidor, contra cuya proporcionalidad en sentido estricto no pueden aducirse premisas seguras.³²²⁸

3º En este caso, no se tiene claro con qué grado de intensidad debe practicarse el examen de proporcionalidad en sentido estricto: con el control de evidencia, con el control intermedio o con el control material intensivo.³²²⁹

El control de evidencia privilegia la libertad contractual del predisponente y su facultad para definir e imponer unilateralmente el contenido del contrato. Esta misma competencia adquiriría prioridad, aunque en un grado menor, con la adopción de un control intermedio.³²³⁰

4º Por último, la aplicación de un control material intensivo otorgaría prioridad a la competencia del juez para examinar la abusividad y declarar la nulidad de la de la cláusula o condición en examen que intervenga de manera desproporcionada en el derecho del consumidor.³²³¹

La perspectiva del predisponente se fundamenta, como en los exámenes de idoneidad y necesidad, en el reconocimiento de la libertad contractual de este y su facultad para definir el contenido del contrato. Esto significa que la legitimidad de las decisiones del predisponente en esta materia deben mantenerse, a menos que existan evidencias contundentes de que dichas decisiones se fundamentan en premisas empíricas o analíticas erradas.³²³²

Dicho de otra manera, el reconocimiento de la libertad contractual del predisponente y de su facultad para fijar el contenido del contrato significa que el juez debe considerar desproporcionada la cláusula o condición en examen y declarar su abusividad y su consecuencial nulidad y exclusión del contenido del contrato, solo cuando existan premisas empíricas, analíticas o normativas que de forma segura evidencien un grado de afectación mayor del derecho del consumidor respecto del grado realización del principio que sustenta la cláusula o condición en examen.³²³³

³²²⁸ BERNAL, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 2-32.

³²²⁹ BERNAL, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 2-32.

³²³⁰ BERNAL, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 2-32.

³²³¹ BERNAL, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 2-32.

³²³² BERNAL, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 2-32.

³²³³ BERNAL, *ob. cit.*, p. 687-728; y CRIADO-CASTILLA, *ob. cit.*, p. 2-32.

149. Test o escrutinio débil del examen de abusividad.³²³⁴

El test o escrutinio débil (*rational basis test*) se refiere a los casos de aplicación directa de la prohibición de abuso, es decir, aquellos eventos que no se subsumen dentro de la lista de supuestos presunta o prima facie disruptivos del equilibrio del contrato, en los que no haya un motivo para razonablemente “sospechar” de la buena fe del predisponente.³²³⁵

Tal escrutinio representaría la fórmula “normal” para la aplicación de las normas sobre abusividad en el derecho contractual de consumo. El criterio principal que define la aplicación de este tipo de escrutinio es la buena fe que ampara en estos casos la conducta contractual del predisponente (empresario o profesional).³²³⁶

Por tanto, este tipo de escrutinio se aplica por regla general en aquellos casos de imposición unilateral de cláusulas o condiciones que no se consideran *prima facie* disruptivos del equilibrio contractual por no estar comprendidos en la lista del artículo 43 EC.

De acuerdo con el escrutinio débil, para que una cláusula o condición sea considerada abusiva, la misma debe producir un desequilibrio injustificado en el contenido jurídico del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares del mismo.³²³⁷

El escrutinio débil consta, por tanto, de dos exigencias:

1º Que la cláusula o condición produzca, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en el contenido jurídico del contrato; y

2º Que dicho desequilibrio sea injustificado teniendo en cuenta las condiciones particulares del contrato.³²³⁸

En este sentido, una cláusula o condición es abusiva si, como lo establece el artículo 42 EC, la misma produce, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en el contenido jurídico del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares de éste.

³²³⁴ BERNAL, *El derecho de los derechos*, ob. cit., p. 255 ss; y CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad como criterio metodológico de concreción normativa del mandato de tratamiento igual*, ob. cit., p. 343-85.

³²³⁵ CRIADO-CASTILLA, *Cláusulas abusivas*, ob. cit., p. 106 ss; *Id.*, *El principio de proporcionalidad*, ob. cit., p. 4-36; e *Id.*, *El principio de proporcionalidad como criterio metodológico de concreción normativa del mandato de tratamiento igual*, ob. cit., p. 343-85. v. también BERNAL, *El derecho de los derechos*, ob. cit., p. 255 ss.

³²³⁶ CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad como criterio metodológico de concreción normativa del mandato de tratamiento igual*, ob. cit., p. 343-85.

³²³⁷ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 343-85.

³²³⁸ ob. cit., p. 343-85.

150. Test o escrutinio estricto del examen de abusividad.³²³⁹

Mediante escrutinio estricto, por su parte, se enjuiciarían aquellos supuestos presunta o *prima facie* disruptivos del equilibrio del contrato, incluidos en la lista del artículo 43 EC, precisamente por ser los casos más frecuentes e importantes de cláusulas o condiciones abusivas según la práctica contractual.³²⁴⁰

Tal escrutinio se aplicaría, en consecuencia, a los supuestos “sospechosos” de abusividad (limitación o exención de responsabilidad del predisponente, restricción de derechos del consumidor, entre otros).³²⁴¹

En los casos en que procede el escrutinio estricto, para que una cláusula sea considerada abusiva, además de subsumirse en alguno de los supuestos previstos en la lista de cláusulas presunta o *prima facie* abusivas del artículo 43 EC, la misma debe producir, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en el contenido normativo del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares del mismo.

En otros términos, según el test estricto, una cláusula o condición es abusiva si cumple las siguientes exigencias:³²⁴²

1º Si se subsume en alguno de los supuestos previstos en el artículo 43 EC como “cláusulas abusivas”;

2º Si dicha cláusula o condición produce, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en el contenido jurídico del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares del mismo (art. 42 EC).³²⁴³

Tales exigencias hacen que la aplicación del escrutinio estricto sea la excepción, pues debe presumirse siempre la buena fe del predisponente en su conducta contractual, a menos que haya una razón suficiente para presumir lo contrario, como sucede precisamente en los supuestos previstos en la lista del artículo 43 EC.

Igualmente, la aplicación de este escrutinio supone una inversión de la carga de la prueba y de la argumentación: mientras el predisponente (empresario o profesional) no aduzca y fundamente suficientemente que la cláusula o condición por él impuesta no produce, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en el

³²³⁹ BERNAL, *El derecho de los derechos*, ob. cit., p. 255 ss; y CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad como criterio metodológico de concreción normativa del mandato de tratamiento igual*, ob. cit., p. 343-85.

³²⁴⁰ CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 343-85.

³²⁴¹ ob. cit., p. 343-85.

³²⁴² ob. cit., p. 343-85.

³²⁴³ ob. cit., p. 343-85.

contenido jurídico del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares del mismo, la cláusula o condición ha de considerarse abusiva.³²⁴⁴

150 bis. Test o escrutinio intermedio.³²⁴⁵

El escrutinio intermedio representa una categoría mixta entre el escrutinio débil y el estricto, y se aplicaría a los casos en que la ley permite al predisponente imponer cláusulas o condiciones que se subsumen en alguno de los supuestos considerados sospechosos (presunta o *prima facie* abusivos), pero no para perjudicar al consumidor sino, por el contrario, para favorecerlo y alcanzar el equilibrio en el contenido jurídico del contrato.³²⁴⁶

De esta manera, el escrutinio intermedio condiciona la abusividad de la cláusula al cumplimiento de los siguientes requisitos:

1º Que la cláusula o condición se subsuma en alguno de los supuestos previstos en la ley como sospechosos de ser abusivos; y

2º Que la inclusión de la cláusula o condición sea hecha para favorecer al consumidor en la medida en que compense el desequilibrio que su no inclusión podría producir en el contenido normativo del contrato.³²⁴⁷

³²⁴⁴ BERNAL, *El derecho de los derechos*, ob. cit., p. 255 ss; y CRIADO-CASTILLA, *El principio de proporcionalidad como criterio metodológico de concreción normativa del mandato de tratamiento igual*, ob. cit., p. 343-85.

³²⁴⁵ BERNAL, ob. cit., p. 255 ss; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 343-85.

³²⁴⁶ BERNAL, ob. cit., p. 255 ss; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 343-85.

³²⁴⁷ BERNAL, ob. cit., p. 255 ss; y CRIADO-CASTILLA, ob. cit., p. 343-85.

EXCURSUS SOBRE LOS LIMITES Y RESTRICCIONES DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL, EN ESPECIAL DE LA FACULTAD PARA DEFINIR EL CONTENIDO DEL CONTRATO

151. Libertad contractual.³²⁴⁸

151.1. Concepto.

Por libertad contractual se entiende el derecho o la posibilidad que concede la ley a los particulares para decidir si contratan o no contratan, con quién hacerlo y con qué contenido.³²⁴⁹ La libertad contractual hace parte de la autonomía privada y, de hecho, decir libertad contractual es tanto como decir “ámbito de la autonomía privada en materia de contratos.”³²⁵⁰

151.2. Fundamento constitucional y legal.

151.2.1. Base constitucional.

La libertad contractual, como manifestación de la libertad individual, tiene un claro fundamento constitucional, tanto en Colombia como en España³²⁵¹ y, en general, en la mayoría de países de Occidente.³²⁵² El Tribunal Constitucional español

³²⁴⁸ FERRI, *La autonomía privada*, ob. cit., p. 11 ss; HINESTROSA, *Tratado*, ob. cit., v.I, p. 295 ss; y ATAZ LÓPEZ, Joaquín y SALELLES CLIMENT, José Ramón, «La libertad contractual y sus límites», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Tratado de contratos*, ob. cit., t. I., p. 129 ss.

³²⁴⁹ ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 129 ss.

³²⁵⁰ La autonomía, en su sentido etimológico, implica capacidad normativa o de autorregulación, que corresponde exactamentivo e a lo que hacen los contrantes cuando definen el contenido del contrato: fijar una completa regulación que, perfeccionado el contrato, valdrá como ley entre las partes contratantes (art. 1091 c.c. esp.).

En sentido amplio, por autonomía privada se entiende el poder que el derecho objetivo concede al individuo para gobernar sus propios intereses, el cual cubre todo el ámbito de la autarquía personal, vale decir, la esfera de la persona para ejercer facultades y derechos y para conformar las diversas relaciones jurídicas, incluidas aquí las relaciones negociales y contractuales.

Al respecto, ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 129 ss.

³²⁵¹ En España, la autonomía privada es consecuencia de la libertad (art. 1º CE), de la cual son titulares las personas físicas (individuos) y jurídicas, y también los grupos (art. 9.2 CE). En el ámbito estrictamente económico, la Constitución establece el principio de libertad de empresa o de iniciativa privada, cuyo principal instrumento de actuación es la autonomía. Este principio de autonomía, del cual se derivan para los particulares el derecho a decidir con quién relacionarse jurídicamente y de qué manera, forma parte de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad.

En resumen, la Constitución española garantiza la libertad en general, una de cuyas manifestaciones es la libertad contractual, la cual, no obstante, en cuanto en cuanto incide en el ámbito de la actividad económica, puede ser limitada o restringida por el legislador.

Sobre este aspecto, ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 130-1.

³²⁵² La Constitución estadounidense contiene la llamada *contract clause* (art. 1º, sec.10, párrafo 1º), en virtud de la cual ningún estado podrá aprobar una ley que desconozca las obligaciones derivadas de los contratos; la actual Constitución alemana, y la antigua Constitución de Weimar, reconocen la libertad contractual como expresión del libre desarrollo de la personalidad.

Al respecto, ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 130.

considera que la libertad de contratación forma parte de la libertad de empresa,³²⁵³ aunque enfatiza en el carácter no absoluto de dicha libertad, la cual puede ser restringida por el legislador.³²⁵⁴ éste, en efecto, podrá imponer reglas imperativas de obligada incorporación al contenido del contrato, por ejemplo, “cuando postulados sociales y económicos requieran legítimamente la protección de intereses de los consumidores”.³²⁵⁵

151.2.2. Fundamento legal.

En el derecho español, son varias las disposiciones legales en que se apoya la libertad contractual, en especial el artículo 1255 del código civil español (c.c.esp.). En virtud de dicha norma, además de decidir si contratar o no hacerlo, con quién y cuándo, los contratantes pueden fijar libremente el contenido del contrato.³²⁵⁶

Ahora bien, aunque se admiten límites a la libertad contractual, éstos se fijan de forma negativa, lo que supone una excepcional amplitud del margen de actuación reconocido a los particulares, siendo la regla general la siguiente: lo que no esté expresamente prohibido u ordenado, podrá lícita y válidamente convenirse, lo cual significa también que lo convenido por las partes obliga no sólo a los contratantes, sino también al juez.³²⁵⁷

151.2.3. Importancia de la libertad contractual.

La importancia de la libertad contractual ha sido variada a lo largo del tiempo, dependiendo de la ideología política dominante en cada momento histórico. En el siglo XIX, la ideología dominante era el liberalismo, para el cual la libertad contractual es la base del sistema económico y jurídico, lo que explica que en Código civil francés, y en los que tuvieron a éste por modelo, apenas se hayan incluido restricciones a la libertad contractual y, las pocas que se incluyeron, eran de interpretación restrictiva.³²⁵⁸

³²⁵³ v., al respecto, las SSTC 16.6.94 (Tol 82584; 26.3.2001 (Tol 48460); 11.2.2002 (Tol 258571 y Tol 258572), entre otras. La mayor parte de estas sentencias asume la relación entre la libertad contractual y la libertad de empresa: ésta última incluye, según el Tribunal Constitucional español, la libertad de acceso al mercado, la cual presupone el derecho de propiedad, la libre elección de profesión y la libertad contractual (STC 16.6.1994).

Al respecto, ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 131, n. 14.

³²⁵⁴ ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 131.

³²⁵⁵ STC 30.11.1982 (Tol 319140).

³²⁵⁶ La autonomía privada, como principio general, se halla implícito en varios preceptos del sistema legal español, en particular en el artículo 6.2 c.c.esp. en cuanto en el se fundamenta la posibilidad de pactar en contra de la ley dispositiva.

Sobre este punto, ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 132.

³²⁵⁷ Esta regla general de la libertad o del margen de actuación contractual de los particulares es quizás lo que explique las dificultades que ha tenido la doctrina española para encajar teóricamente el apoyo legal a la modificación judicial de las obligaciones ante un cambio en las circunstancias originariamente pactadas.

Al respecto, ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 133.

³²⁵⁸ De esta manera, no se estableció, como requisito de la compraventa, el precio justo, ni la posibilidad de rescindir el contrato por lesión enorme o enormísima, que era el mecanismo tradicionalmente usado para deshacer los contratos en que

En la base del liberalismo yacía la idea de que nadie mejor que uno mismo para defender los propios intereses y, sobre todo, que los contratantes se hallan en una situación de igualdad, aunque esta igualdad era simplemente formal, no material, en la que una de las partes se veía muchas veces obligada a contratar y la otra facultada para imponer cuantas condiciones quisiera, situación que sólo podría evitarse mediante la protección legal del contratante débil.³²⁵⁹

Esta protección legal, ajena por completo a la filosofía de los códigos civiles, que suponía limitaciones y restricciones a la autonomía privada y a la libertad contractual, empezó en el contrato de trabajo y, a comienzos del siglo XX, se hablaba ya de una “socialización del contrato” en la que la libertad contractual era un anacronismo que debía someterse al interés social.³²⁶⁰

La última fase de esta evolución correctora y equilibradora del contrato la constituye la legislación protectora de los consumidores, que parte de considerar a éstos como la parte débil de su relación con los empresarios o profesionales.³²⁶¹

En síntesis, respecto de las limitaciones de la autonomía privada y la libertad contractual se ha oscilado siempre entre un intervencionismo radical que llegaba a veces a limitaciones injustificadas; y un intervencionismo moderado que, manteniendo el núcleo básico de la autonomía y libertad contractual, admite limitaciones y restricciones razonables de las mismas, enderezadas especialmente a proteger al contratante débil y contrarrestar los abusos de los poderosos.³²⁶²

hubiera una importante desproporción en las prestaciones. En el mutuo se abolió la tradicional prohibición de usura y, en el arrendamiento, cualquier determinación no convencional del precio.

Salvo algunos pactos, como la contratación de servicios de por vida, que fueron prohibidos por razones morales y porque podían llevar a ciertas formas de esclavitud, las únicas restricciones que se admitieron a la libertad contractual se referían a los pactos que podían afectar la libre circulación de los bienes, como las limitaciones gremiales o familiares a la compraventa.

Al respecto, ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 133.

³²⁵⁹ ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 134.

³²⁶⁰ Desde final de la Segunda Guerra mundial hasta nuestros días, se ha pasado por distintas fases en orden al control e intervención de la autonomía privada, y aunque dicho control e intervención se ha producido en diferente grado y medida, en términos generales puede verse una tendencia siempre creciente, en número e intensidad, de las limitaciones a la autonomía privada y a la libertad contractual. En el caso concreto de España, dicha intervención se ha realizado mediante leyes especiales, al margen del código civil que mantiene intacto el espíritu y los valores de la codificación.

Sobre este punto, ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 135.

³²⁶¹ A partir de la legislación del consumo, existen en España dos regímenes contractuales claramente diferenciados: el del Código civil, que partiendo de la igualdad de los contratantes se aplica a los contratos entre particulares cuando ambos actúan por fuera del ámbito de su profesión; y otro que, dispersado en varias leyes especiales, se aplica en general a la contratación profesionalizada, caracterizado por contener limitaciones y restricciones a la libertad contractual.

Al respecto, ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 132.

³²⁶² ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 135; y DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985.

151.3. El ejercicio de la libertad contractual: la fijación del contenido del contrato.³²⁶³

151.3.1. La fijación del contenido en los contratos de libre discusión.

La facultad o libertad para fijar o determinar el contenido del contrato, que puede ser amplio y complejo, corresponde a los contratantes, quienes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente (art. 1255 c.c. esp.).³²⁶⁴

Todos esos “pactos” integran lo querido por las partes y constituye el contenido del contrato, concebido como un todo unitario en el que cada una de sus partes se hallan relacionadas entre sí. Hallándose en situación de igualdad, el contenido del contrato lo definen las partes de mutuo acuerdo sobre las prestaciones principales y todos los demás pactos sobre los que recaiga su consentimiento.³²⁶⁵

Al definir el contenido del contrato, las partes definen también el tipo contractual, como quiera que éste depende del contenido del contrato definido por los contratantes. Incluso si las partes expresamente señalan un tipo contractual distinto, prevalecerá el tipo que se corresponda con el contenido pactado.³²⁶⁶

151.3.2. La predisposición del contenido contractual.

Las anteriores reglas y principios no se aplican cuando una de las partes, llamada predisponente, se niega a negociar el contenido del contrato, limitándose a proponer a la otra (adherente), un contenido contractual inmutable, de manera que ésta se ve en el dilema de contratar tal y como se le propone, o no contratar de ninguna manera.³²⁶⁷

³²⁶³ D'AMICO, Giovanni, «L'abuso della libertà contrattuale», en PAGLIANTINI, Stefano (dir.), *Abuso del diritto e buona fede*, Turín, Giappichelli, 2010.

³²⁶⁴ En tanto manifestaciones del contenido contractual, sobre el significado y alcance de las expresiones “pactos”, “cláusulas”, “estipulaciones” y “condiciones”, v. ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., t. I., p. 136-7.

Ahora bien, con independencia de que cada una de estas expresiones tuvieran en la mente del legislador un sentido preciso, lo cierto es que el uso corriente e indistinto de ellas transmite con eficacia la idea de contenido contractual, lo llamen las partes como quieran (ATAZ LÓPEZ y SALELLES, ob. cit., p. 13).

³²⁶⁵ ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 136.

³²⁶⁶ Este es el verdadero sentido de la doctrina jurisprudencial del contrato-realidad: los contratos son lo que son y no lo que las partes digan que sea. Ahora bien, como de la calificación de un contrato depende la definición de las normas imperativas que le son aplicables, no se permite a las partes dicha calificación, por lo menos de manera directa.

Al respecto, ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 136 y las SSTs español citadas en la nota 43.

³²⁶⁷ Esta situación es la propia de la contratación en masa, en donde las empresas, al contratar en el ámbito de su actividad económica, bien con otras empresas, o bien con particulares, imponen su concreto modelo de contrato. En tales casos, en los que por lo general el predisponente ejerce un monopolio de hecho o de derecho, desaparece la igualdad de las partes, como quiera que el adherente se ve forzado a contratar, o a aceptar en bloque las cláusulas o condiciones que se le propongan sino quiere verse privado del bien o servicio de que se trate.

El uso de las condiciones generales o, mejor, de cláusulas no negociadas individualmente, y la desigualdad en que se hallan las partes en este tipo de contratos, es de por sí suficiente para reconsiderar la teoría liberal clásica, como quiera que la “ley del contrato”, o el contenido de éste, no es ya lo convenido por los contratantes, sino lo impuesto por uno de ellos al otro.³²⁶⁸

151.3.4. Control formal y control de contenido.

A partir de la LCGC y del TRLGDCU, puede afirmarse que en España existen dos tipos de controles respecto de la contratación predispuesta: un control de la existencia de consentimiento formal o control de inclusión (LCGC); y un control material al que también se denomina “control de contenido” (TRLGDCU).³²⁶⁹

El control de consentimiento formal o de inclusión exige el uso por una de las partes de condiciones generales; el control de contenido exige, a su vez, que una de las partes sea un consumidor, pero no es preciso que se hayan usado condiciones generales, bastando, al efecto, con que una o varias cláusulas hayan sido predispuestas.³²⁷⁰

Al respecto, ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 137; ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, ob. cit., p. 66 ss; *ID.*, “Autonomía privada y derechos fundamentales”, ADC, 46, 1993, p. 57-122; y GARCÍA AMIGO, *Condiciones generales de los contratos*, ob. cit., p. 88.

³²⁶⁸ Como hemos visto a lo largo de este trabajo, la legislación española sobre contratación está básicamente contenida en la Ley de condiciones generales de contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril) y en el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, TRLGDCU (RDLeg 1/2007).

Un primer problema relacionado con la contratación predispuesta y con su modalidad más importante y frecuente, los contratos de adhesión, es si en estos casos nos hallamos frente a un verdadero consentimiento, teniendo en cuenta que el adherente normalmente desconoce el contenido contractual que el predisponente le impone unilateralmente, e incluso si lo conociera no es claro que el consentimiento sea completamente libre.

Un segundo problema se relaciona con el segmento económico o las prestaciones principales de los contratos de adhesión, sobre el cual no hay duda que existe consentimiento; y el segmento normativo o verdaderamente predispuesto, es decir, el resto de pactos, cláusulas y condiciones que integran el contrato, respecto del cual el adherente simple y llanamente se adhiere.

Al respecto, ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 138; ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, ob. cit., p. 66 ss; e *ID.*, “Autonomía privada y derechos fundamentales”, ADC, 46, 1993, p. 57-122.

³²⁶⁹ ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 138-9.

³²⁷⁰ No siempre que hay predisposición del contenido contractual debe realizarse necesariamente alguno de estos dos controles. En teoría es posible que en un contrato se den los dos controles, sólo uno de ellos o ninguno:

1º En un contrato entre profesional y consumidor en el que se usan condiciones generales, tendrán lugar los dos controles;

2º En un contrato entre dos profesionales en el que uno de ellos usa condiciones generales, tendrá lugar únicamente el control formal (LCGC);

3º En un contrato entre profesional y consumidor en el que el primero impone al segundo el contenido contractual, pero no usa un clausulado diseñado para ser utilizado varias veces, tendrá lugar el control de contenido (TRLGDCU);

4º En un contrato celebrado entre dos profesionales, en el que uno de ellos impone al otro ciertas cláusulas, pero éstas no fueron diseñadas para una pluralidad de casos, sino exclusivamente para ese contrato, no tendrá lugar ninguna clase de control.

Al respecto, ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 139.

151.3.5. Efectos del control.

El control formal o de consentimiento da lugar a la no incorporación, en tanto que el control de contenido tiene como consecuencia la nulidad de la cláusula en cuestión. La razón de que una cláusula no incorporada no se aplique, no es su posible invalidez, como ocurre con la declarada nula, sino porque se entiende que aquella no fue pactada.³²⁷¹

151.4. Los límites a la libertad contractual.

Como hemos dicho, la libertad contractual comprende la libertad de contratar o no con quien se quiera y la libre determinación del contenido contractual. Este último aspecto de la libertad contractual es lo que aquí nos interesa, teniendo en cuenta que la prohibición de cláusulas abusivas, en la contratación predispuesta, constituye un límite a la facultad del predisponente de definir unilateralmente el contenido del contrato.³²⁷²

Es más, como quiera que se refiere a la libertad de determinar o configurar el contenido del contrato, la prohibición de cláusulas abusivas es una limitación legal, en cuanto está contenida en la ley (básicamente en Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación y en el Real Decreto Legislativo 1/2007 o Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, TRLGDCU), y negativa, en cuanto consiste en la prohibición de un determinado contenido, esto es, las cláusulas que, por provocar un desequilibrio injustificado en el contrato, se consideran abusivas.³²⁷³

³²⁷¹ Una cláusula que una de las partes no tuvo oportunidad real de conocer, no forma parte del contrato (no incorporación). La falta de transparencia de una cláusula, en el sistema español, provoca su no incorporación al contrato. De esta manera, no será preciso que el cliente de una empresa sea consumidor para entender no incorporadas al contrato y, por tanto, no aplicables, las cláusulas no transparentes. Este mismo principio explica que las cláusulas por las que las partes se remiten a un condicionado que no se incluye en el contrato, se tengan también por no puestas en éste.

Al respecto, ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 139-40.

³²⁷² ATAZ LÓPEZ y SALELLES, ob. cit., p. 140.

³²⁷³ Como hemos dicho, teniendo en cuenta su objeto, los límites de la libertad contractual pueden recaer sobre la libertad de contratar o no con quien se quiera, o sobre la libertad en la definición o configuración del contenido del contrato. Desde un punto de vista formal, las limitaciones de la libertad contractual pueden ser positivas o negativas.

Las negativas impiden ciertos contratos, si se trata de la libertad de contratar o no; o ciertos pactos, si se trata de determinar el contenido contractual. Las positivas imponen ciertos contratos o cierto contenido del contrato. Desde el punto de vista de las fuentes, las limitaciones pueden venir impuestas por la ley o derivar de la moral o el orden público (art. 1255 c.c. esp.).

Sobre este punto, ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 140; y VÁSQUEZ DE CASTRO, Eduardo, *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, p. 100 ss.

151.4.1. Los límites legales a la determinación del contenido contractual.

1º El derecho imperativo.

El primer límite a la libertad contractual es la ley, y por tal se suele entender, en primer lugar, a las normas de derecho imperativo, y aunque es difícil aplicar esta noción en algunos casos concretos, por norma imperativa comúnmente se entiende aquella que es inderogable por voluntad de las partes.³²⁷⁴

Las leyes limitativas de la libertad contractual podrán serlo bien por proteger un interés general o público, bien, como ocurre con las normas del derecho contractual del consumo, por proteger a alguno de los contratantes, identificado o considerado por la ley como débil, o como merecedor o necesitado de protección.³²⁷⁵

En general no se establece entre las normas imperativas y las normas prohibitivas, ya que toda norma prohibitiva es también imperativa, pues una norma derogable por voluntad de las partes en un contrato no sería una verdadera prohibición. Al mismo tiempo, toda norma imperativa lleva implícita, aunque no lo manifieste expresamente, la prohibición de pactar en contra.³²⁷⁶

La doctrina ha distinguido entre las normas imperativas varios niveles de imperatividad,³²⁷⁷ y el propio Tribunal Supremo español también algunas veces ha relativizado la distinción entre normas imperativas y normas dispositivas.³²⁷⁸ Esta posición, sin embargo, es criticable en la medida en que, siendo todas leyes, no hay unas más imperativas que otras, reduciéndose el problema a la estructura de cada una de ellas, al grado de indeterminación normativa y a su interpretación.³²⁷⁹

Por otra parte, existe acuerdo doctrinal en que la expresión *ley* se refiere, en sentido amplio, a la norma jurídica escrita de origen estatal, y no sólo a la ley en sentido formal como norma expedida por los órganos legislativos del Estado. La *ley*, en consecuencia, comprendería también las normas derivadas del poder

³²⁷⁴ Es decir, aquella cuya aplicación al contrato no es susceptible de exclusión voluntaria de las partes. Sin embargo, el concepto de inderogabilidad sigue siendo bastante inexacto porque los particulares no pueden derogar ni las normas de derecho imperativo ni las de derecho dispositivo.

Al respecto, ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 149; y Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, ob. cit., t. I, p. 88.

³²⁷⁵ ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 149.

³²⁷⁶ De ahí que la única diferencia práctica entre normas imperativas y prohibitivas sea un rasgo puramente formal y accidental: estas últimas son claramente identificables. Cuando no hay norma legal expresa, para considerar que cierto pacto no puede tener lugar, antes es preciso llegar a la conclusión de que el resultado obtenido por el mismo es contrario a lo querido por la ley.

Al respecto, ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 149-50.

³²⁷⁷ ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Los límites a la autonomía de la voluntad en el derecho privado*, Murcia, Universidad de Murcia, 1954, p. 36; y ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 150.

³²⁷⁸ ATAZ LÓPEZ y SALELLES, ob. cit., p. 149 y las SSTs indicadas en la nota 136.

³²⁷⁹ ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 150.

reglamentario, tengan rango de ley en sentido estricto, o tengan rango inferior a ellas (decretos).³²⁸⁰

Las normas imperativas actúan como límite de la libertad contractual de una doble manera:

1º Prohibiendo determinados pactos o, incluso, cierto tipo contractual. Es más habitual que la ley se limite ciertos pactos o, a veces, a declararlos nulos si en la realidad se producen, como ocurre con la nulidad del pacto de renuncia a la responsabilidad por dolo o con la nulidad del pacto de arrendamiento vitalicio de servicios. Como hemos dicho en estos casos la limitación de la libertad contractual es negativa en el sentido de que la ley impide cierto contenido del contrato.³²⁸¹

2º En otras ocasiones, sin embargo, la ley impone cierto contenido al contrato, de manera que los pactos con los que se pretenda alterar dicho contenido, devienen nulos. Este es el caso, común también a otros países, de la fijación en España del salario mínimo interprofesional, efectuado cuando en general se considera necesaria la protección de un determinado sujeto.³²⁸²

Ahora bien, en el caso de las limitaciones positivas,³²⁸³ dependiendo de consideraciones políticas, la ley puede imponer un mayor o menor contenido del contrato, vale decir, el legislador puede efectuar una radical o moderada intervención en el contenido del contrato.³²⁸⁴

2º El derecho dispositivo.

Por contraposición a las normas del derecho imperativo, las del derecho dispositivo regulan intereses puramente privados, constituyendo su regulación un modelo o paradigma ideal, una “composición de intereses razonable y equilibrada” que el legislador “propone pero no impone” a las partes, como quiera que autoriza su exclusión voluntaria como contenido del contrato.³²⁸⁵

³²⁸⁰ La admisión de que cualquier norma de origen estatal pueda limitar la autonomía privada, acaso es contradictoria con la reserva legal que según algunos la Constitución asigna a la limitación de esa libertad. Al margen de lo anterior, es discutible que normas con rango inferior a la ley o al reglamento puedan incorporar prohibiciones o limitaciones a la libertad contractual, salvo los casos de delegación regularmente concedida. La jurisprudencia del Tribunal Supremo español también se ha mostrado vacilante en este punto.

Sobre este punto, ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, *ob. cit.*, p. 151.

³²⁸¹ ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *ob. cit.*, p. 152.

³²⁸² *ob. cit.*, p. 152.

³²⁸³ v. *supra* nota 1122.

³²⁸⁴ VÁSQUEZ DE CASTRO, *Determinación del contenido del contrato*, *ob. cit.*, p. 100 ss.

³²⁸⁵ Unánimemente se entiende que la esencia misma de las normas dispositivas se halla en la posibilidad de pactar su no aplicación. Con fundamento en dicho principio, la doctrina tradicional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo español consideran, con suaves matices, que el principio de autonomía de la voluntad viene a significar que las normas legales que fijan criterios supletorios de aquella voluntad de los interesados, no quedan contradichas cuando los particulares usan dicha facultad libremente, no incurriendo en tal caso en actos contrarios a lo dispuesto en la ley, ya que la misma admite ser utilizada de aquel modo (STS 12.11.1987).

La posibilidad de pactar la no aplicación de las normas legales que fijan criterios supletorios de la voluntad de los interesados, es precisamente la razón para considerar que cuando los particulares, con fundamento en el principio de autonomía privada, usen esa facultad, no incurren en actos contrarios a la ley.³²⁸⁶

Lo anterior, que puede ser válido para los contratos negociados, sufre una alteración en el caso de la contratación en masa y en contratos de contenido predispuesto como los de adhesión. En efecto, la predisposición del contenido contractual por una de las partes, unida al hecho de que la mayoría de las normas en materia de contratos es de naturaleza dispositiva, puede llevar a abusos o a resultados injustos.³²⁸⁷

Desde esta nueva perspectiva, las normas del derecho dispositivo constituyen una regulación completa en la que la ley ofrece, más que una simple “ayuda legal para contratantes desmemoriados”, una composición de intereses razonable y equilibrada, que sólo puede ser desconocida con en una causa debidamente justificada.

Las condiciones generales que sin justa causa desconozcan las normas del derecho dispositivo, pueden, en consecuencia, ser impugnadas por contravenir la buena fe o las buenas costumbres, o por constituir un abuso del derecho o por implicar una abierta e injustificada renuncia de derechos.³²⁸⁸

En resumen, los pactos contrarios a las normas del derecho dispositivo pueden ser contrarios a la buena fe y, en consecuencia, nulos, especialmente en los contratos en que una de las partes impone a la otra el contenido contractual. Aunque este criterio es aplicable cuando el contratante a quien se impone el contenido contractual es un consumidor, no sería exótica su aplicación a casos análogos.³²⁸⁹

Al respecto, ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 153.

³²⁸⁶ ATAZ LÓPEZ y SALELLES, ob. cit., p. 153.

³²⁸⁷ Las condiciones generales, redactadas e impuestas por las empresas, pueden significar, para el particular que contrata con ellas, la renuncia injustificada de los derechos que las normas dispositivas establecen a su favor, lo que es especialmente grave en los casos en que se trate de un bien o servicio de consumo necesario.

Por ello, el punto de vista criterio según el cual las normas que fijan criterios supletorios de la voluntad de los interesados pueden ser libremente rechazados por éstos, sufrió una fuerte alteración en la doctrina con ocasión de la contratación en masa y los contratos de contenido predispuesto como los de adhesión.

Sobre este punto, ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 153; y DE CASTRO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, ob. cit., p. 331.

³²⁸⁸ DE CASTRO, ob. cit., p. 331. Con la implementación en España de la Directiva 93/13 CE, sobre Cláusulas Abusivas en Contratos celebrados con Consumidores, se consideran abusivas y, por tanto, nulas, aquellas cláusulas no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes (art. 82.1 TRLGDCU).

Al respecto, ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 153-4.

³²⁸⁹ ATAZ LÓPEZ y SALELLES, ob. cit., p. 154.

151.4.2. Consecuencias: nulidad total y nulidad parcial.

Cuando en un contrato se inserta un pacto prohibido por ley, o de alguna otra manera contrario a ella, es claro que dicho pacto es inválido. La cuestión que surge es si la inserción de tal pacto provoca la nulidad de todo el contrato o sólo la nulidad de las cláusulas que lo contienen.³²⁹⁰

La cuestión difícilmente puede ser resuelta de manera general. Además de la notable imprecisión terminológica que muestra la ley y la jurisprudencia en materia de ineficacia, en España se acepta la nulidad total en algunos casos y la nulidad parcial en otros.³²⁹¹

Para proteger a contratantes en situaciones de inferioridad económica o social, como ocurre, por ejemplo, el consumidor en la contratación a condiciones generales, la ley establece la nulidad parcial de las cláusulas que se declaren abusivas, pues la nulidad total del contrato privaría a aquél de un bien o servicio de consumo necesario.³²⁹²

Si el aspecto afectado por la cláusula contraria a la ley no es esencial para la validez del contrato y las partes mantienen su interés en la continuidad del mismo, resulta razonable la nulidad parcial de aquella cláusula y su sustitución según la disposición legal infringida por el pacto.

Por lo demás, esta es la solución arbitrada frecuentemente por el Tribunal Supremo de España.³²⁹³

³²⁹⁰ En materia de ineficacia, la doctrina tradicional entiende, casi sin fisuras, la regla de la nulidad absoluta del contrato (*utile per inutile non vitiatur*). Si el contenido del contrato es fruto de la libre negociación de las partes, e implica una composición de intereses que debe ser asumida como un todo, la nulidad de una de sus partes afecta a todo el contrato como unidad.

En España, el sustento principal de esta nulidad de todo el contrato, además de otras disposiciones del Código civil, es el artículo 6.3., según el cual “*los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*”.

Al respecto, ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 155.

³²⁹¹ ATAZ LÓPEZ y SALELLES, ob. cit., p. 155; y CARRASCO PERERA, Ángel, «Comentario al artículo 6.3 del Código civil», en ALBALADEJO, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia (dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. 1,1, Madrid, Edersa, 1992, p. 781 ss.

³²⁹² Ha de tenerse en cuenta también que los contratos a condiciones generales contienen un segmento estrictamente económico, conformado por las prestaciones esenciales como médula o núcleo de los mismos, plenamente conocido y querido por el adherente; y un segmento normativo periférico conformado por el resto de las condiciones generales, que impiden que el contrato de adhesión pueda considerarse como una unidad compleja e inescindible, como sí ocurre con los contratos negociados.

Al respecto, ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 156; y DE CASTRO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, ob. cit., p. 338.

³²⁹³ “*La nulidad parcial -dice el Tribunal Supremo- de contemplación casuística, sólo puede tomarse en consideración cuando conste que el contrato se habría celebrado sin la parte nula y cuando la nulidad no trascienda la totalidad del negocio*”.

Sobre este punto, ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 156-7.

151.5. Protección de los consumidores y libertad contractual.

En España la protección de los consumidores tiene rango constitucional (art. 51 CE), y cualquiera norma que afecte a éstos deberá ser interpretada en la forma que les resulte más favorable. Para el Tribunal Constitucional español, al configurarse la defensa de los consumidores como un principio general informador del ordenamiento jurídico se está señalando que esa defensa, constitucionalmente garantizada (art. 51.1 CE), ha de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.³²⁹⁴

Por otra parte, respecto de la defensa de los consumidores como límite externo, el Tribunal Constitucional ha afirmado que la libertad de empresa, junto a su dimensión subjetiva, tiene otra objetiva e institucional, en cuanto elemento de un determinado sistema económico, que ha de ejercerse dentro de un marco general configurado por las reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado, entre ellas las que tutelan los derechos de los consumidores.³²⁹⁵

La protección de los consumidores se proyecta sobre diversos ámbitos. En relación con la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, la ley prohíbe de manera general la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos y un sistema de control de contenido de las cláusulas contractuales [(art. 8b) TRLGDCU].³²⁹⁶ A fin de que no sean tenidas por abusivas, las estipulaciones no negociadas individualmente y las prácticas no consentidas expresamente han de respetar las exigencias de la buena fe y el equilibrio de los derechos y obligaciones derivados de los contratos.³²⁹⁷

³²⁹⁴ STC 26.1.1989 (RJA 15). Al respecto, ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 232; y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, Tecnos, 1987.

³²⁹⁵ STC 9.7.1992 (RJA 277). Al respecto, ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 232-3.

³²⁹⁶ Ahora bien, la introducción de cláusulas abusivas en los contratos, en cuanto infracción administrativa específicamente tipificada [(art. 49 1 i) TRLGDCU], no impide la declaración de nulidad de las correspondientes estipulaciones (art. 83 1) TRLGDCU, ni excluye la indemnización de perjuicios que se hayan podido causar.

Al respecto, ATAZ LÓPEZ y SALELLES, *La libertad contractual y sus límites*, ob. cit., p. 238.

³²⁹⁷ ATAZ LÓPEZ y SALELLES, ob. cit., p. 243.

CONCLUSIONES GENERALES

I

En Colombia la regulación legal de la abusividad de los contratos de consumo se articula en torno a tres normas básicas:

- a. Una prohibición general de abuso (art. 42 EC), que define el concepto de cláusula abusiva, centrado, a su vez, en la noción de desequilibrio injustificado del contrato;
- b. Un mandato de ponderación, o principio de proporcionalidad en sentido estricto, que presupone la valoración circunstanciada de las condiciones particulares del contrato; y
- c. Una lista no exhaustiva de cláusulas *prima facie* disruptivas del equilibrio del contrato (art. 43 EC), frecuentemente incorporadas a la contratación predispuesta celebrada con consumidores.

II

En sentido lato, cláusula abusiva es toda disposición contractual, o combinación de disposiciones contractuales que entrañe, en perjuicio de una de las partes, un desequilibrio injustificado de los derechos y obligaciones derivados del contrato.

En sentido estricto, limitado al ámbito del derecho contractual del consumo y a los contratos de adhesión celebrados con consumidores, por cláusula abusiva se entiende la disposición o condición no negociada que en perjuicio del consumidor produce un desequilibrio injustificado. Toda cláusula abusiva supone, pues, la limitación injustificada de los derechos y posiciones del consumidor; o el ejercicio desproporcionado de la libertad contractual del predisponente, y más precisamente de su facultad para fijar el contenido normativo del contrato.

Desde un punto de vista funcional, esta situación de asimetría, en la que la autonomía del consumidor se encuentra seriamente restringida, justifica la existencia de mecanismos que, como la prohibición de abuso, limitan la libertad contractual del predisponente y el ejercicio abusivo de su facultad para configurar el contenido del contrato. La lucha contra tal ejercicio desproporcionado de la libertad contractual, explica y legitima el control material que frente al predisponente supone el juicio de abusividad.

III

La prohibición de abuso, como norma con carácter de principio, ostenta una validez *prima facie*, lo que significa que no veda o proscribde de manera definitiva cualquier desequilibrio en el contenido del contrato, sino aquellos desequilibrios que sean injustificados, es decir, carentes de razones suficientes o de argumentos plausibles que los justifiquen, según las circunstancias particulares del caso concreto.

Por otra parte, la prohibición de abuso, por ser una norma estructuralmente indeterminada, no prescribe de manera inequívoca la conducta que está prohibida, permitida u ordenada al predisponente, ni establece criterios que permitan definir cuándo una situación concreta constituye un desequilibrio en el contenido del contrato, ni cuándo son suficientes las razones que puedan justificarlo.

IV

A la prohibición de abuso corresponden múltiples derechos, generales y particulares, a favor de los consumidores, que prohíben al predisponente incluir cláusulas o condiciones abusivas que les afecten. La estructura de la posición del consumidor corresponde a la de los derechos a algo, cuyo enunciado general es el siguiente: **a** tiene frente a **b** un derecho a G.

Este derecho es una relación triádica compuesta de los siguientes tres elementos: un portador o titular (consumidor); un destinatario (predisponente en los contratos de adhesión); y un objeto del derecho (el deber general de abstención, a cargo del destinatario, de incluir cláusulas abusivas).

Los derechos de **a** tienen la estructura representada por **DabG** y están referidos a omisiones del destinatario: **a** tiene frente al predisponente el derecho a que éste no introduzca en el contrato cláusulas o condiciones abusivas (desequilibrios injustificados del contrato).

Los derechos del consumidor a acciones negativas del predisponente son de diferente tipo: puede tratarse de derechos a que el predisponente no impida u obstaculice determinadas acciones del consumidor; a que el predisponente no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho; o, por último, a que el predisponente no elimine determinadas posiciones jurídicas del consumidor.

A tales derechos se refiere la lista no exhaustiva de supuestos vedados *prima facie* por el artículo 43 EC.

V

En el caso colombiano, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 EC, la aplicación de la prohibición de abuso a un caso concreto de abusividad contractual exige que el juez establezca los dos siguientes extremos:

1º Que, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto, la cláusula o condición produzca, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en el contenido del contrato.

2º Que dicho desequilibrio sea, además, injustificado, es decir, que carezca de razones o que éstas sean insuficientes para justificar tal desequilibrio.

Sólo las cláusulas o condiciones que producen un desequilibrio injustificado del contrato merecen ser calificadas como abusivas. En otras palabras, establecida la existencia de un desequilibrio, es también necesario que se defina la suficiencia de las razones que puedan jurídicamente justificarlo. Un desequilibrio plausible o suficientemente justificado equivale a una estipulación válidamente impuesta por el predisponente. Por el contrario, un desequilibrio injustificado equivale a una cláusula abusiva, que el juez debe excluir del contenido del contrato.

VI

La definición de los anteriores presupuestos corresponde, respectivamente, a las etapas declarativa y discursiva del juicio de abusividad: en la fase declarativa el juez establece la existencia de un desequilibrio contractual; en la fase discursiva, por su parte, define la suficiencia de las razones que puedan justificarlo.

La etapa discursiva, a su turno, consiste en un proceso de interpretación legal mediante el cual se ponderan las razones que puedan justificar el desequilibrio deducido previamente en la etapa declarativa.

La colisión que el desequilibrio contractual supone es resuelta por el juez estableciendo una relación de precedencia condicionada entre los principios en conflicto.

De acuerdo con la ley de colisión, las condiciones en que unas razones prevalecen sobre otras constituyen el supuesto de hecho de una regla cuya realización apareja la consecuencia jurídica prevista en el principio dominante en la ponderación.

Dicha regla es una norma adscrita que se fundamenta a partir de las premisas fácticas y jurídicas que sean relevantes en la etapa discursiva del juicio de abusividad.

VII

De acuerdo con lo anterior, la aplicación judicial de la prohibición de abuso, y del derecho a un contrato equilibrado que esta norma garantiza a favor de los consumidores, comporta el siguiente problema metodológico: como quiera que aquélla norma no prescribe de manera definitiva la conducta prohibida, ordenada o permitida al predisponente, ni los criterios conforme a los cuales se pueda definir la existencia de un desequilibrio contractual, ni cuándo éste es injustificado, el juez ha de emprender un proceso de concreción o precisión normativa mediante el cual se especifique, frente al caso concreto, lo que a las partes está prohibido, ordenado o permitido desde el punto de vista de la prohibición de abuso.

Por otra parte, las decisiones mediante las cuales el juez define la abusividad de la cláusula o condición en examen, han de estar respaldadas por argumentos o razones suficientes y organizadas de tal manera rigurosa que, con garantía de la

objetividad y racionalidad jurídicas, se alejen de cualquier posibilidad de ser consideradas absurdas o arbitrarias.

VIII

De acuerdo con lo expuesto en el presente trabajo, el principio de proporcionalidad es el criterio metodológico que con un mayor grado de objetividad y racionalidad jurídicas, apunta a la solución de las anteriores cuestiones, bien como criterio de concreción de la prohibición de abuso, y de los derechos y posiciones que esta norma garantiza a favor de los consumidores, bien como base general de fundamentación de las decisiones que el juez deba adoptar en los procesos de control material de los contratos de adhesión.

El resultado de tal proceso de concreción es la norma adscrita o de decisión que sirve de premisa mayor (**N**) al fallo mediante el cual se define la abusividad de la cláusula o condición en examen.

IX

Siendo la cláusula abusiva una limitación injustificada de los derechos y posiciones del consumidor, el principio de proporcionalidad y cada uno de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (mandato de ponderación), establece una serie de exigencias que el predisponente debe satisfacer para que la cláusula o condición impuesta por el mismo haga parte, válidamente, del contenido del contrato:

- a. El subprincipio de idoneidad exige que la intervención en los derechos del consumidor sea adecuada para obtener un fin constitucional o legalmente legítimo.
- b. El subprincipio de necesidad requiere que dicha limitación sea la menos gravosa entre todas aquellas que revistan por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto por el predisponente.
- c. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, por último, exige que la intervención alcance el fin perseguido en un grado que justifique el grado en que se limitan tales derechos.

X

Si la cláusula o condición no supera las exigencias del principio de proporcionalidad, y de cada uno de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, vale decir, cuando las razones o argumentos que respaldan la aplicación de la prohibición de abuso, primen o prevalezcan sobre las que respaldan la imposición de la cláusula o condición en examen, es decir, $C_1 (P_1 \text{ P } P_2)$, el juez deberá declarar la abusividad de ésta y su consecencial nulidad y exclusión como contenido del contrato.

En tal caso, el desequilibrio generado por la cláusula o condición en examen constituye una restricción injustificada, ilegítima o desproporcionada de los derechos garantizados a favor de los consumidores por la prohibición de abuso.

En el caso contrario, es decir, cuando la cláusula o condición cumple las exigencias del principio de proporcionalidad y de cada uno de los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto [C₂ (P₂ P₁)], se tratará entonces de un desequilibrio justificado, o de una intervención legítima en los derechos del consumidor, que el juez deberá reconocer como contenido del contrato.

XI

Por último, de acuerdo con lo expuesto en el presente trabajo, es posible configurar varios modelos de juicio de abusividad y una intensidad diferenciada del control judicial de contenido, según se trate de supuestos que se subsuman o no en la lista del artículo 43 EC. Estas distintas versiones del juicio de abusividad pueden ser reconducidas a dos sistemas básicos:

- a. El modelo de juicio de abusividad para la aplicación de la prohibición de abuso del artículo 42 EC, que comprendería todos aquellos supuestos que no se subsumen en la lista de cláusulas *prima facie* abusivas; y
- b. El modelo de juicio de abusividad para la aplicación de la lista enunciativa y no exhaustiva de cláusulas *prima facie* abusivas del artículo 43 EC.

Ambos modelos se distinguirían por la intensidad diferenciada del control material de abusividad (*test* estricto, intermedio o débil), así como por el distinto contenido de las reglas sobre carga de la prueba y de argumentación que cada uno de ellos supone.

El *test* o escrutinio débil se aplicaría a los casos de aplicación directa de la prohibición de abuso, es decir, aquellos eventos que no se subsumen dentro de los supuestos de la lista de cláusulas *prima facie* abusivas y en los que no haya un motivo o razón para “sospechar” de la buena fe del predisponente.

Mediante el escrutinio estricto, por su parte, se enjuiciarían aquellos supuestos potencial o *prima facie* abusivos incluidos en la lista del artículo 43 EC, precisamente por ser los casos más frecuentes de cláusulas o condiciones abusivas según la práctica contractual y sobre los cuales recae cierta sospecha de abusividad

Por esta misma razón, la aplicación del escrutinio estricto sería excepcional, pues debe presumirse la buena fe del predisponente, a menos que haya una razón suficiente para presumir lo contrario, como sucede precisamente en los supuestos previstos en la lista del artículo 43 EC.

Igualmente, la aplicación de este escrutinio supone una inversión de la carga de la prueba y de la argumentación: mientras el predisponente no aduzca y fundamente

de manera suficiente que la cláusula o condición por él impuesta no produce, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en el contenido del contrato, la cláusula o condición deberá considerarse abusiva.

GENERAL CONCLUSIONS

I

In Colombia the legal regulation of the consumer contracts it's articulated around three basic norms:

- a. A general prohibition of abuse (art 42 EC), that defines the concept of abusive clause, centered, at the same time, in the notion of unjustified unbalance belonged to the contract;
- b. A balancing command, or proportionality principle in strict sense, that implies the circumstanced appreciation of the contract's particular conditions; and
- c. A non-exhaustive list of disruptive *prima facie* clauses of the contract balance (art 43 EC), frequently embodied to the predisposed contracting with consumers.

II

In a broad sense, abusive clause is all that contractual disposal, or combination of contractual disposals that involves, to the detriment of one of the contracting party an unjustified unbalance of the rights and duties derived from the contract.

In strict sense, restricted to the scope of Consumer's contractual law and to the adhesion contracts held with consumers, abusive clause it is understood as a non-negotiated disposal or condition that in detriment of the consumer produces an unjustified unbalance. Any abusive clause implies, then, the unjustified restriction of the consumer rights and positions; or the unproportionate practice of the stipulator contractual liberty, and more precisely to his faculty to set the contract's normative content.

From a functional point of view, this asymmetry situation, in which the consumer's autonomy finds itself seriously restricted, justifies the existence of mechanisms that, as the abuse prohibition, restrict the stipulator contractual liberty and the abusive practice of his faculty to adjust the contract content. The argument against that unproportionate practice of the contractual liberty, explains and legitimates the material control that supposes the abusivity judgement in front of the stipulator.

III

The abuse prohibition, as a norm with principle nature, a *prima facie* validity, which means that doesn't exclude or proscribe in a definitive manner any imbalance in the contract content, but those imbalances that are unjustified, meaning, that lack of enough reasons or plausible arguments that justify it, according to the particular circumstances of the specific case.

By the other side, the abuse prohibition, for being a norm structurally undetermined, doesn't prescribe in an unequivocal way the behavior that is forbidden, allowed or ordered to the user, nor establishes criteria that allow to define when a specific case constitutes an imbalance in the contract's content, nor when are the reasons enough to justify it.

IV

To the abuse prohibition correspond various rights, general and particular, in favor of the consumers, that forbid the stipulator to include abusive clauses or conditions that affect them. The structure of the consumer's position corresponds to the right to anything, whose general statement is the following: **a** has in front of **b** a right to **G**.

This right is a triadic connection composed by the following three elements: a holder or a incumbent (consumer): an addressee (stipulator in the adhesion contracts): and a subject of the right (the general duty of the abstention, in charge of the addressee, to include abusive clauses)

The **a** rights have the structure represented by the **DabG** and are referred to the addressee's omissions: **a** has in front of the stipulator the right to the latter to not introduce in the contract abusive clauses or conditions (unjustified imbalances of the contract).

The consumer's rights to negative actions of the stipulator are of different sort: it can be about rights to the stipulator not to prevent or block certain consumer's actions; to the stipulator not to affect certain properties or situations of the right's subject: or, lastly, to the stipulator doesn't eliminate certain juridical positions of the consumer.

To those rights is referred the non-exhaustive list of *prima facie* supposed vetoed by the 43th Article EC.

V

In the Colombian case, according to what is disposed in the 42nd Article EC, the application of the abuse prohibition to a specific case of contractual abusiveness demands the judge to establish the two following extremes:

1. That, taking into account, the particular circumstances of the specific case, the clause or condition produces, in detriment of the consumer, an imbalance in the contract content.
2. That that imbalance to be, plus, unjustified, meaning, that lacks of reasons or these aren't enough to justify that imbalance.

Only the clauses or conditions that produce an unjustified imbalance of the contract deserve to be qualified as abusive. In other words, being established the existence of an imbalance, is also necessary to define the sufficiency of the reasons that can juridically justify it. A plausible imbalance or sufficiently justified equals to a stipulation validly imposed by the predisposer. By the other side, an unjustified imbalance equals to an abusive clause, that the judge must exclude from the contract content.

VI

The definition of the previous presuppositions correspond, respectively, to the declarative and discursive stages of the abusiveness judgement: in the declarative stage the judge establishes the existence of a contractual imbalance; in the discursive stage, by its part, defines the sufficiency of the reasons that may justify it.

The discursive stage, at the same time, consists in a process of legal interpretation through which are considered the reasons that could justify the imbalance previously deduced in the declarative stage.

The collision that the contractual imbalance supposes is resolved by the judge by establishing a conditioned precedence relation between the principles in conflict.

According to the collision law, the conditions in which some reasons prevail over others constitute the legal hypothesis of a rule which realization appoints the juridical consequence previewed in the dominant principle into balancing.

That rule is an attached norm that is fundamented from the factual and juridical premises that are relevant in the discursive stage of the abusiveness judgement.

VII

According to the previous, the judiciary application of the abuse prohibition, and the right to balanced contract that this norm guarantees in favor of the consumers, entails the following methodological issue: whatever that that norm doesn't prescribe in a definitive way the behavior forbidden, ordered or allowed to the stipulator, or the criteria according to which it can be defined the existence of a contractual imbalance, nor when this one is unjustified, the judge must undertake a process of concretion or normative precision through which it specifies, in front of the particular case, to what the sides it is forbidden, ordered or allowed from the point of view the abuse prohibition .

By the other hand, the decisions through which the judge defines the abusiveness of the clause or condition in testing, must be backed up by arguments or enough and organized reasons in a certain rigorous way that, with the guarantee of the juristical objectivity and rationality, move far from any possibility to be absurd or arbitrary.

VIII

According to the exposed in this dissertattion, the proportionality principle is the methodological criteria that with a higher rate of juristical objectivity and rationality, appoints to the solution of previous questions, either as a criteria of concretion of abuse prohibition, and the rights and positions that this norm guarantees in favor of the consumers, as well as general base of decisions fundamentation that the judge must adopt in the processes of material control of the adhesion contracts.

The result of that concretion process is the attached norm or the decision one that is used as a major premise (**N**) to the decision's rule through which it is defined the abusiveness of the clause or condition in testing.

IX

Being the abusive clause an unjustified restriction of the consumer's rights and positions, the proportionality principle and each one of the subprinciples of suitability, necessity and proportionality in strict sense (balancing command), establish a series of demands that the stipulator must satisfy in order to the clause and condition imposed by the same to make part, validly, from the contract's content:

- a. The suitability subprinciple demands the intervention of the consumer's rights to be adequate in order to obtain a constitutional objective or legally legitimate;
- b. The necessity subprinciple demands that restriction to be the less suffocating between all of those that revet at least the same suitability to achieve the goal proposed by the stipulator.
- c. The proportionality subprinciple in strict sense, by last, demands the intervention to achieve the goal pursued in a rate that justifies the rate in which are restricted those rights.

X

If the clause or condition doesn't pass the demands of the proportionality principle, and each one of the subprinciples of suitability, necessity and proportionality in strict sense, is valid to say, when the reasons or arguments that back up the application of the abuse prohibition, prelate or prevail over those that back up the imposition of the clause or condition in testing, meaning, $C_1 (P_1 \mathbf{P} P_2)$, the judge will have to declare the abusivity of this one and its consequential nullity and exclusion as a content of the contract.

In that case, the imbalance generated by the clause or the condition in testing constitutes an unjustified, illegitimate or unproportionate restriction of the guaranteed rights in favor of the consumers by the abuse prohibition.

In the contrary case, meaning, when the clause or condition fulfills the demands of the proportionality principle and each one of the tests of suitability, necessity and proportionality in strict sense, $C_2 (P_2 \mathbf{P} P_1)$, it will be about then of an unjustified imbalance, or of a legitimate intervention in the consumer rights, that the judge will have to recognize as a content of the contract.

XI

Lastly, according to the exposed in the present paper, it is possible to adjust several models of abusiveness judgement and a differentiated intensity of content's juristical control, depending if it's about cases that are subsumed or not in the list of the 43rd Article. This different versions of the abusiveness judgement might be reconducted to two basic systems:

a. The abusiveness judgement model for the application of the abuse prohibition of the 42nd Article EC, that would comprehend all those cases that are not subsumed in the list of abusive *prima facie* clauses; and

b. The abusiveness judgement model for the application of the enunciative and non-enunciative list of *prima facie* abusive clauses of the 43rd Article EC.

Both models would be distinguished by the differentiated intensity of the material control of abusiveness (strict test, intermedium or weak), as well as the different content of the rules about proof's relevance and argumentation that each one of them implies.

The test of the weak scrutiny would be applied to the cases of direct application of the abuse prohibition, meaning, those events that are not subsumed within of the hypothesis of the list of *prima facie* abusive clauses and in which there isn't a motive or reason to "suspect" of the good faith of the stipulator.

Through the strict scrutiny, by its part, would be prosecuted all those potential or abusive *prima facie* postulations included in the list of the 43rd Article EC, precisely due to be the most frequent cases of clauses or abusive conditions according to the contractual practice and on which relapse certain abusiveness suspicion.

By this same reason, the application of the strict scrutiny would be exceptional, since it must be presumed the good faith of the stipulator, unless there is a sufficient reason to the presume the opposite, as how precisely happens in the hypothesis previewed in the 43rd Article list EC.

Equally, the application of this scrutiny means an inversion of the proof's relevance and argumentation: while the stipulator doesn't adduce and base in a sufficient way that the clause or condition imposed by him doesn't produce, in detriment of the consumer, an unjustified imbalance in the contract content, the clause or condition must be considered abusive.

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulius, “*La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del ordenamiento jurídico*”, Doxa, 8, 1990.

AARNIO, Aulius, *Lo racional como razonable, Un tratado sobre la justificación jurídica* (Ernesto GARZÓN VALDÉS, trad.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, 1991.

AARNIO, Aulius; ALEXY, Robert y PECZENICK, Alexander, «*Grundlagen der juristischen Argumentation*», en KRAWIETZ, Werner y ALEXY, Robert (eds.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, Berlín, Duncker und Humblot, 1983.

ADOMEIT, Klaus, *Rechtstheorie für Studenten, Normlogik-Methodenlehre-Rechtspolitologie*, Heidelberg, Decker, 1979.

ADOMEIT, Klaus, *Introducción a la teoría del derecho, Lógica normativa, Teoría del método, Politología jurídica* (Enrique BACIGALUPO, trad.), Madrid, Civitas, 1984.

ADOMEIT, Klaus, *Introducción a la teoría del derecho, Lógica normativa, Teoría del método, Politología jurídica* (Enrique BACIGALUPO, trad.), Santiago de Chile, Olejnik, 2019.

AFONSO DA SILVA, Virgilio, “*Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision*”, Oxford Journal of Legal Studies, 31, 2, 2011.

AGUILÓ REGLA, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000.

ALARCÓN ROJAS, Fernando, *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho civil*, t. I, v. 1º (*Introducción y parte general*); t.II, v. 1º (*Derecho de obligaciones/La obligación y el contrato en general*), Barcelona, Bosch, 1980.

ALBANESE, Antonio, “*Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*”, Europa e diritto privato, 1999.

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, «*Las cláusulas individuales no negociadas y la teoría de las condiciones de la contratación*», en GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel y MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España/Universidad de Murcia, Murcia, 2004.

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales, Una perspectiva española y europea*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Civitas, 2009.

ALEXANDER ALEINIKOFF, Thomas, “*Constitutional Law in the Age of Balancing*”, *Yale Law Journal*, vol. 96, 5, 1987.

ALEXANDER ALEINIKOFF, Thomas, *El Derecho constitucional en la era de la ponderación*, Lima, Palestra, 2015.

ALEXY, Robert, “*Zum Begriff des Rechtsprinzips*”, *Recht Theorie*, 1, 1979.

ALEXY, Robert, “*Idée et structure d’un système du droit rationel*”, *APhdD*, t. 33, *La Philosophie du droit aujourd’hui*, 1988.

ALEXY, Robert, “*Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse*”, *RJ*, vol. 5, 2, 1992.

ALEXY, Robert, “*Justification and Application of Norms*”, *Ratio Juris*, *RJ*, vol. 6, 2, 1993 (july).

ALEXY, Robert, «*Die logische Analyse juristischer Entscheidungen*», en *ID.*, *Recht, Vernunft, Diskurs, Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995.

ALEXY, Robert, «*Juristischen Interpretation*», en *ID.*, *Recht, Vernunft, Diskurs, Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995.

ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho* (Jorge MALEM SEÑA, trad.). Barcelona, Gedisa, 1994.

ALEXY, Robert, “*Law and Correctness*”, *Current Legal Problems*, *CLP*, v. 51, Issue 1, 1998.

ALEXY, Robert, «*Zur Struktur der Rechtsprinzipien*», en SCHILCHER, Bernhard et al. (eds.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Viena, Verlag Österreich, 2000.

ALEXY, Robert, «*Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik*», en LATORRE, Massimo y SPADARO, Antonino (eds.), *La ragionevolezza nel diritto (Reasonableness in Law)*, Turín, Giapichelli, 2002.

ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios* (Carlos BERNAL, trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

ALEXY, Robert, “*On Balancing and Subsumption*”, *Ratio Juris*, 16, 2003.

ALEXY, Robert, “*Constitutional Rights, Balancing and Rationality*”, *Ratio Juris*, 4, 2003.

ALEXY, Robert, «*Ponderación, control de constitucionalidad y representación*» (René DE LA VEGA, trad.), en ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y ALEXY, Robert (eds.), *Jueces y ponderación argumentativa*, México, Universidad Autónoma de México, 2006.

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica* (Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO, trad.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (Carlos BERNAL, trad.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ALEXY, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho* (Carlos BERNAL, traducción y estudio introductorio), Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2008.

ALEXY, Robert, «*The Reasonableness of Law*», en BONGIOVANNI, Giorgio; SARTOR, Giovanni y VALENTINI, Chiara (eds.), *Reasonableness and Law*, Heidelberg/Londres, Springer, 2009.

ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights* (Julian RIVERS, trad.), Oxford, Clarendon Press, 2010.

ALEXY, Robert, “*Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, enero-abril, 2011.

ALEXY, Robert, “*Formal principles: Some replies to critics*”, *International Journal of Constitutional Law*, IJCL,12, 2014 (trad. castellana de Jorge PORTOCARRERO «*Principios formales. Algunas respuestas a los críticos*», en PORTOCARRERO, Jorge (ed.), *Ponderación y discrecionalidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016).

ALEXY, Robert, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Lima, Palestra, 2019.

ALEX, Robert y DREIER, Rolf, «*Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany*», en MAC CORMICK, Neil y SUMMERS, Robert (eds.), *Interpreting Statutes, A Comparative Study*, Londres, Routledge, 2016.

ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio (eds.), *Análisis lógico y derecho* (VON WRIGHT, Georg Henrik, prólogo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, CEC, 1991.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 1991.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «*Autonomía privada y derechos fundamentales*», Anuario de Derecho Civil, ADC, 46, 1993.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «*Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación*», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio y DIEZ-PICAZO, Luis (dirs.); ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús (coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 2002.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «*Artículo 1. Ámbito objetivo*», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio y DIEZ-PICAZO, Luis (dirs.); ALFARO ÁGUILA-REAL (coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación*, Madrid, Civitas, 2002.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús y CAMPINS VARGAS, Aurora, «*Disposición adicional primera, Seis, 6ª* », en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio y DIEZ-PICAZO, Luis (dirs.); ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús (coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 2002.

ALFLEN DA SILVA, Kelly Susane, *Hermenéutica jurídica y concreción judicial*, Bogotá, Temis, 2006.

ALONSO GARCÍA, Enrique, «*El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española*», Revista de Administración Pública, 100-102, 1983.

ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

ALONSO PÉREZ, Mariano, *Sobre la esencia del contrato bilateral*, Salamanca, 1967.

ALPA, Guido (dir.), *L'interpretazione del contratto, Orientamenti e tecniche della giurisprudenza*, Milán, Giuffrè, 1983.

ALPA, BIN, BESSONE, «*La responsabilità del produttore*», en Tratt. GALGANO, Padua, Cedam, 1989.

ALPA, Guido, *Le formule aperte*, en ALPA, Guido (dir.), *I precedenti, La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, I, Turín, Utet, 2000.

ALPA, Guido, *Istituzioni di diritto privato*, Turín, Utet, 2001.

ALPA, Guido y PATTI, Salvatore (eds.), *Le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Milán, Giuffrè, 2003.

ALPA, Guido, *Manuale di diritto privato*, Padua, Cedam, 2007.

ALPA, Guido, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Bari/Roma, La Terza, 2008.

ALTERINI, Atilio, «*Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas (Argentina y Paraguay)*», en Diez-Picazo, Luis (ponente general), *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Madrid, Civitas, 1996.

ALTERINI, Atilio, «*Teoría de la imprevisión y cláusula de hardship*», Roma e América, 13, 2002.

D'AMICO, Giovanni, «*Note in tema di clausole generali*», In iure praesentia, 1989.

D'AMICO, Giovanni, «*Clausole generali e ragionevolezza*», en AA. VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione de la Corte Costituzionale, La Corte Costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale, Principi fondamentali*, Nápoles, Esi, 2007.

D'AMICO, Giovanni, «*L'abuso della libertà contrattuale*», en PAGLIANTINI, Stefano (dir.), *Abuso del diritto e buona fede*, Turín, Giappichelli, 2010.

D'AMICO, Giovanni, «*Clausole generali e controllo del giudice*», *Giurisprudenza italiana*, 2011.

D'AMICO, Giovanni, «*Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*», *Giustizia Civile*, 2015.

D'AMICO, Giovanni, «*Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*», *Giustizia Civile*, 3, 2016.

D'AMICO, Giovanni (dir.), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milán, 2017.

AMORÍN, Marcelo, «*Abuso de posición dominante e imposición de precios*», en PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, José Luis (dir.) y PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, Francisco Javier (coord.), *Derecho privado, responsabilidad y consumo*, Cizur Menor, Aranzadi-Aranzadi-Thomson Reuters, 2018.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *La cláusula rebus sic stantibus*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y ALEXY, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

ARA PINILLA, Ignacio, "Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados", *Anuario de filosofía del derecho*, 21, 2004.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *La compravendita in diritto romano*, I-II, Nápoles, 1961-63.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Il mandato in diritto romano*, Nápoles, 1965.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *La società in diritto romano*, Nápoles, 1965.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Historia del derecho romano* (Francisco DE PELSMACKER E IVÁÑEZ, trad.), Madrid, Reus, 1994.

ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo, *Hay respuestas correctas en el derecho?*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes, 1999.

ARBÓS, Xavier, «La ponderación de intereses en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos», en AA.VV., *Estudios de Derecho Público. Homenaje a J.J. Ruiz-Rico*, vol. III, Madrid, Tecnos, 1997.

ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín, *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Madrid, Civitas, 1990.

ARISTOTE, *Topiques I, livres I-IV*, BRUNCHSWIG, Jacques (ed.), París, Les Belles Lettres, 1967.

ARISTOTE, *Topiques II, livres V-VIII*, BRUNCHSWIG, Jacques (ed.), París, Les Belles Lettres, 2007.

ARISTÓTELES, *Poética* (Lilia SEGURA, trad.), W.M. Jackson, México/Nueva York/Panamá, 1973.

ARISTÓTELES, *Tratados de lógica (El organon)* [Patricio DE AZCÁRATE, trad.], México, Porrúa, 1979.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicomáco* (trad. de María ARAUJO y Julián MARÍAS; introducción y notas de Julián MARÍAS), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

ARISTOTELIS, *Topica et Sophistici Elenchi* (David ROSS, ed., 1958), Oxford, Clarendon Press, 2004.

ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio y MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge (coords.), *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Tecnos, 1999.

ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, «Comentario (Cap. I, Disposiciones generales; Artículo 1º, *Ámbito objetivo*)», en ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio y MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge (coords.), *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid: Tecnos, 1999.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, «*La interpretación del contrato*», en CASTRO DE CIFUENTES, Marcela (coord.), *Derecho de las obligaciones*, t. I, Bogotá, Universidad de los Andes/Temis, 2010.

ASTONE, Francesco, «*Le clausole generali tra diritto civile e filosofia analitica*», *Giurisprudenza italiana*, 2011.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, CEC, 1991.

ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia, Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 1993.

ATIENZA, Manuel, *Derecho y argumentación jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, José, *Las piezas del derecho, Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Ilícitos atípicos, Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2006.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho, Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 2007.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, «*Sobre principios y reglas*», *Doxa*, 1991.

ATYIAH, Patrick, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Oxford University Press, 1979.

AUBERT DE VINCELLES, Carole, «*Posibilité du contrôle de caractère abusif des clauses relatives au prix, CJUE, 3 juin 2010, aff. C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*», *Revue des Contrats*, 2010.

AZARRI, Federico, “*Nulità de la clausola abusiva e integrazione del contratto*”, Osservatorio del Diritto Civile e Commerciale, ODCC, 1, 2017.

AZÚA REYES, Sergio, *Los principios generales del derecho*, México, Porrúa, 1986.

BÁDENAS CARPIO, Juan Manuel, «*Artículo 2, Ámbito subjetivo*», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Thomson/Reuters/Aranzadi, 2000.

BÁDENAS CARPIO, Juan Manuel, «*Disposición adicional Primera, Dos (1ª2), art. 10.3 LGDCU*», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Thomson/Reuters/Aranzadi 2000.

BADENES GASSET, Ramón, *El riesgo imprevisible (Influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional)*, Barcelona, Bosch, 1946.

BAKOUCHE, David, *L'excès en droit civil*, París, LGDJ, 2005.

BALDUS, Christian y MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian (dirs.), *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht, Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive*, Múnich, Sellier, 2006.

BALLADORE-PALLIERI, Giorgio, “*Diritto soggettivo e diritto reale*”, JUS, Rivista di Scienze Giuridiche, 1952, 1.

BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía privada*, Barcelona, J.M. Bosch, 1999.

BARAK, Aharon, *Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations*, New York, Cambridge University Press, 1992.

BARAK, Aharon, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

BARAK, Aharon, «*Constitutional Human Rights and Private Law*», en FRIEDMAN, Daniel y BARAK-EREZ, Daphne (eds.), *Human Rights in Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2002.

BARAK, Aharon, *Purposive Interpretation in Law* (Sari BASHI, traducción inglesa del texto original en hebreo), Princeton, Princeton University Press, 2005.

BARAK, Aharon, *Proporcionalidad, Los derechos fundamentales y sus restricciones* (Gonzalo VILLA ROSAS, trad.), Lima, Palestra, 2017.

BARAK, Aharon, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Escritos sobre derecho y teoría constitucional*; ÁLVEZ MARÍN, Amaya y COLÓN-RÍOS, Joel (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

BARBA, Angelo, *Studi sull'abuso di dipendenza economica*, Padua, Cedam, 2018.

BARBERO, Doménico, "Il diritto soggettivo", *Il Foro Italiano*, v. 64. 1939.

BARBERO, Doménico, *Studi di teoría generale del diritto: diritto naturale, diritto soggettivo e crédito*, Milán, Giuffrè, 1953.

BARBIER, Eduardo, *Contratación bancaria*, Buenos Aires, Astrea, 2000.

BARCELLONA, Mario, *Clausole generali e giustizia contrattuale, Equità e buona fede tra código civile e diritto europeo*, Turín, Giappichelli, 2006.

BARCELLONA, Mario, "Sul senso delle "clausole generali", *Il diritto tra giudice e legge*", *Democrazia e diritto*, 2009.

BARILE, Paola, «*Il principio de ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*», en AA.VV., *Il principio de ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, Riferimenti comparatistici*, Milán, Giuffrè, 1994.

BARKHUIYSEN, Tom y LINDERBERGH, Siewert (eds.), *Constitutionalisation of Private Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006.

BARNÉS VÁSQUEZ, Javier, "El principio de proporcionalidad en el derecho comunitario y comparado", *Revista de Administración Pública, RAP*, Madrid, 135, 1994.

BARNÉS VÁSQUEZ, Javier, "El principio de proporcionalidad, Estudio preliminar", *Cuadernos de Derecho Público*, Cdp, 5.

BARNÉS VÁSQUEZ, Javier, "Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades, Introducción, selección y análisis crítico", *Cuadernos de Derecho Público*, Cdp, 5, 1998.

BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III/Dikinson, 2000.

BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

BASTRESS, Robert, "El principio de «la alternativa menos restrictiva» en el Derecho constitucional norteamericano", *Cuadernos de Derecho Público*, Cdp, 5, 1998.

BEADE, Alejandro y CLÉRICO, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

BEATTY, David, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

BEATTY, David, «*Law's Golden Rule*», en PALOMBELA, Gianluigi y WALKER, Neil (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Oxford/Portland (Oregon), Hart, 2009.

DE BECHILLON, Marielle, *La notion de principe général en droit privé*, Marsella, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Puam, 1998.

BEHAR-TOUCHAIS, Martine, «*Rapport introductif*», en *Existe-t-il un principe de proportionnalité en Droit privé?*, Colloque du 20 mars 1998, Paris, PA, 30 septembre 1998, núm. 117, anné 387, 1998.

BEHAR-TOUCHAIS, Martine, «*Conclusion*», en *Existe-t-il un principe de proportionnalité en Droit privé?*, Colloque du 20 mars 1998, PA, 30 septembre 1998, núm. 117, anné 387, 1998.

BELADÍEZ ROJO, Margarita, *Los principios jurídicos* (Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, prólogo), Madrid, Civitas, 2010.

BELAÏD, Sadok, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif des juges*, Paris, LGDJ, 1974.

BELL, John Stephen, «*Sources of Law*», en BIRKS, Peter (ed.), *English Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956.

BELVEDERE, Andrea, «*Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*», *Politica del diritto*, 1988.

BENDIT, Theodore, «*The Rule of Precedent*», en GOLDSTEIN, Laurence (ed.), *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987.

BENÍTEZ CAORCI, Juan José, *La interpretación en los contratos con cláusulas predispuestas*, Bogotá, Temis, 2002.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y SALAS HERNÁNDEZ, Javier (coords.), *Comentarios a la Ley General sobre la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, Civitas, 1992.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de contratación*, Cizur Menor, Aranzadi, 1999.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Pamplona, Aranzadi, 2009.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, Tecnos, 1987.

BERMAN, Harold, *La formación de la tradición jurídica de Occidente* (Mónica UTRILLA DE NEIRA, trad.), México, Fondo de Cultura Económica, FCE, 2001.

BERNAL-FANDIÑO, Mariana y PICO-ZÚÑIGA, Fernando Andrés, “*Las cláusulas abusivas en los contratos de crédito hipotecario, Una mirada comparativa entre España y Colombia*”, *Vniversitas*, 131, Bogotá, Universidad Javeriana, 2015.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador* (José Luis CASCAJO CASTRO, prólogo), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, 2003.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

BERNAL PULIDO, Carlos, «*On Alexy’s Weight Formula*», en MENÉNDEZ, Agustín y ODDVAR ERIKSEN, Erik (eds.), *Arguing Fundamental Rights*, Nueva York, Springer, 2006.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador* (José Luis CASCAJO CASTRO, prólogo), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

BERLIOZ, Georges, *Le contrat d’adhésion*, París, LGDJ, 1976.

BERTHIAU, Denis, *Le principe d’égalité et le droit civil des contrats*, París, LGDJ, 1999.

BERTI DE MARINIS, Giovanni, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraende debole*, Nápoles, Esi, 2013.

BESSONE, Mario, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milán, Giuffré, 1975.

BESSONE, Mario, «*Contratti per adesione e natura ideologica del principi di libertà contrattuale*», en *ID.*, *Saggi di diritto civile*, Milán, Giuffrè, 1979.

BETHGE, Herbert, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, Múnich, Franz Vahlen, 1977.

BETTI, Emilio, *Istituzione di diritto romano*, Padua, Cedam, 1942.

BETTI, Emilio, *Teoría general della interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1955.

BETTI, Emilio, «*Teoría general del negozio giuridico*», en VASALLI, Filippo, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. XV, t. 2º, Turín, Utet, 1960.

BETTI, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1975.

BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico* (MARTÍN PÉREZ, Antonio, trad.), Granada, Comares, 2010.

BIANCA, Cesare Massimo, *Diritto civile, I (La norma giuridica, I, soggetti)*, Milán, Giuffrè, 1978.

BIANCA, Cesare Massimo, *Derecho civil, El contrato* (Fernando HINESTROSA y Edgar CORTÉS, trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

BIANCA, Cesare Massimo y PATTI, Salvatore, *Lezioni di diritto civile*, Milán, Giuffrè, 2002.

BICKEL, Dietrich, *Die Methoden der Auslegung rechtsgesäftlicher Erklärungen*, Marburgo, Elwert, 1976.

BIGLIAZZI-GERI, Lina, «*L'interpretazione del contratto*», en SCHLESINGER, Piero (dir.), *Commentario al codice civile*, Milán, Giuffrè, 1991.

BIN, Roberto, *Diritti e argomenti, Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milán, 1992.

BIRKS, Peter (ed.), *English Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

BIRKS, Peter, *The Roman Law of Obligations* (DESCHEEMAEKER, Eric, ed.), Oxford, Clarendon Press, 2014.

BLECKMANN, Albert, “*Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips*”, JuS, 1994.

BLUME, Fred (trad.), *The Codex of Justinian*, FRIER, Bruce (ed.), Cambridge University Press, 2016, 3 vols.

BOBBIO, Norberto, «*Norma giuridica*», en *Novissimo Digesto italiano*, v. 3, Turín, Utet, 1960.

BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico (El problema del positivismo giuridico)*, Ernesto Garzón VALDÉS, versión castellana), México, Fontamara, 1997.

BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993.

BOBBIO, Norberto, «*Principi generali di diritto*», en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, Utet, 1996.

BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho* (Eduardo ROZO ACUÑA, trad.), Madrid, Debate, 2015 (3ª reimp).

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales* (Juan Luis REQUEJO e Ignacio VILLAYERDE MENÉNDEZ, trad.), Baden-Baden, Nomos, 1993.

BONFANTE, Pietro, *Historia del derecho romano*, t. I (José SANTACRUZ TEJEIRO, trad.), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1944.

BONGIOVANNI, Giorgio, “*Principi come valori o come norme, Interpretazione, bilanciamento e giurisdizione costituzionale in Alexy e in Habermas*”, *Ars interpretandi*, 10, 2005 (*Valori, principi e regole*).

BONGIOVANNI, Giorgio; SARTOR, Giovanni y VALENTINI, Chiara (eds.), *Reasonableness and Law*, Heidelberg/Londres, Springer, 2009.

BONNECASE, Julien, *La Escuela de la Exégesis en derecho civil*, Santiago de Chile, Olejnik, 2020.

BOROWSKI, Martin, *Grundrechte als Prinzipien, Die Unterscheidung von prima facie Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1998.

BOROWSKI, Martin, “*La restricción de los derechos fundamentales*” (Rodolfo ARANGO RIVADENEIRA, trad.), *Revista Española de Derecho Constitucional*, 59, 2000.

BOROWSKI, Martin, «*Formelle Prinzipien und Gewichtsformel*», en *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, KLATT, Mathias (ed.), Tubinga, Mohr Siebeck, 2013 (trad. castellana de Jorge PORTOCARRERO «*Principios formales y fórmula del peso*», en PORTOCARRERO, Jorge (ed.), *Ponderación y discrecionalidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016).

BOROWSKI, Martin, «*Die Drittwirkung vor dem Hintergrund der Transformation moralischer Menschenrechte in Grundrechte*» (“*La Drittwirkung ante el trans fondo de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales*”, Arnulfo Daniel MATEOS DURÁN, trad., *Revista de Derecho del Estado*, 45, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero-abril 2020, p. 3-27), en SANDKÜHLER, Hans Jörg, *Menschenrechte in die Zukunft denken*, Baden-Baden, Nomos, 2009.

BOSELLI, Aldo, voz «*Eccessiva onerosità*», en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, Turín, Utet, 1960.

BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra, «*La protección de los consumidores en la Unión Europea y la Directiva sobre derechos de los consumidores*», en GUAL ACOSTA, José Manuel y VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos (dirs.), *Derecho del consumo, Problemáticas actuales*, Bogotá, Ibáñez/Universidad Santo Tomás, 2013.

BRACCIANTI, Carlo, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, Milán, Giuffrè, 1946.

BRAIBANT, Guy, «*Le principe de proportionnalité (de la sanction à la faute)*», en AA.VV., *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, París, LGDJ, 1974.

BRAITHWAITE, John, “*Rules and Principles: A Theory of Legal Certainty*”, *Australian Journal of Legal Philosophy*, AusJouLegPhil., 27, 2002.

BRECCIA, Humberto, BIGLIAZZI-GERI, Lina, NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco, *Derecho civil*, t. I, v. 1, *Normas, sujetos y relación jurídica* (Fernando HINESTROSA, trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992.

BREMS, Eva (ed.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Gante, Intersentia, 2008.

BRICKS, Hélène, *Les clauses abusives*, París, LGDJ, coll. Bibliothèque de Droit Privé, t. 175, 1982.

BÜCHER, Eugen, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tubinga, J. C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1965.

BUCHWALD, Delf, *Der Begriff der rationalen juristischen Begründung, Zur Theorie der juristischen Vernunft (Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie)*, Baden-Baden, Nomos, 1990.

BUCHWALD, Delf, «*Konflikte zwischen Prinzipien, Regeln und Elementen im Rechtssystem*», en SCHILCHER, Bernd/KOLLER, Peter/FUNK, Bernd-Christian (eds.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Viena, Verlag Österreich, 2000.

BUCHWALD, Delf, «*Rational legal justification: Coherence and concreteness*», en KOCH, Hans-Joachim/NEUMANN, Ulfrid (eds.), *Praktische Vernunft und Rechtsanwendung*, ARSP, Beiheft 53, 1994.

DE BUEN LOZANO, Néstor, *La decadencia del contrato*, México, Porrúa, 2004.

BUSTO LAGO, José Manuel (coord.), ÁLVAREZ LATA, Natalia y PEÑA LÓPEZ, Fernando, *Reclamaciones de consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi/Instituto Nacional de Consumo, 2005.

BRÜGGEMANN, Jürgen, *Die richterliche Begründungspflicht: verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an die Begründung gerichtlicher Entscheidungen*, Berlin, Dunker und Humblot, 1971.

VON BRUNN, Johann Heinrich, *Die formularmässigen Vertragsbedingungen der Deutschen Wirtschaft, Der Beitrag der Rechtspraxis zur Rationalisierung*, Berlin, Heymann, 1956.

BYDLINSKI, Franz, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2ª Auflage, Viena/Nueva York, 1991.

CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis María, *Comentarios a la ley de condiciones generales de la contratación*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1998.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, «*Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor*», Anuario de Derecho Civil, ADC, 1983.

VAN CAENEGEM, Raoul Charles, *An Historical Introduction to Private Law* (JOHNSTON D.E.L. trad.), Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

CAIANI, Luigi, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padua, Cedam, 1954.

CALAIS-AULOY, Jean y STEINMETZ, Frank, *Droit de la consommation*, París, Dalloz, 2006.

CALDERAI, Valentina, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, Turín, Giapichelli, 2008.

CALDERAI, Valentina, voz «*Giustizia contrattuale*», en *Enciclopedia del diritto*, Annali VII, Milán, Giuffrè.

CALVO, Roberto, «*I contratti del consumatore*», en GALGANO, Francesco (dir.), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padua, Cedam, 2005.

CALVO GARCÍA, Manuel, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, Tecnos, 1994.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2006.

CAMARDI, Carmela, *Istituzioni di diritto privato contemporáneo*, Nápoles, Jóvene, 2017.

CANARIS, Claus-Wilhelm, “*De la manière de constater et de combler les lacunes en droit allemand*”, en *Le problème des lacunes en droit*, Bruselas, Bruylant, 1967.

CANARIS, Claus-Wilhelm, “*Grundrechte und Privatrecht*”, *AfcP*, 3, 1984.

CANARIS, Claus-Wilhelm, “*Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*”, *JuS*, 3, 1989.

CANARIS, Claus-Wilhelm, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, Berlín, Duncker und Humblott, 1983.

CANARIS, Claus-Wilhelm, “*L'incidenza dei diritti fondamentali sul diritto privato tedesco*”, *Studium iuris*, 1999.

CAPOBIANCO, Ernesto, “*Proporzionalità e giustizia del caso concreto*”, en AA. VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte Costituzionale nel decennio 2006-2016, Atti del 12º Convegno nazionale 11-12-13 maggio 2017*, 2018.

CAPONI, Remo, “*Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2011.

CARBALLO FIDALGO, Marta, *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente, Disciplina legal y tratamiento jurisprudencial de las cláusulas abusivas*, Barcelona, Bosch, 2013.

CARBONELL, Miguel (dir.), *Argumentación jurídica, El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.

CARBONIER, Jean, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur (Derecho flexible, Para una sociología no rigurosa del derecho*, Luis Díez-PICAZO, trad., Madrid, Civitas, 1983), París, LGDJ, 1993.

CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo, *Justicia y abuso contractual*, en MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco (dirs.), *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Legis/Universidad del Rosario, 2007.

CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo, *La protección del contratante y la evolución del derecho contemporáneo*, en MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco (dirs.), *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Legis/Universidad del Rosario, 2007.

CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, “*Las cláusulas generales de la contratación y el control de las cláusulas abusivas*”, RCDI, 2000.

CARRASCO PERERA, Angel, “*El «juicio de razonabilidad» en la justicia constitucional*”, Revista Española de Derecho Constitucional, REDC, 11, 1984.

CARRASCO PERERA, Angel, «*Comentario al artículo 6.3 del Código civil*», en ALBALADEJO, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia (dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. 1,1, Madrid, Edersa, 1992.

CARRASCO PERERA, Angel (dir.), *El derecho de consumo en España: presente y futuro*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 2002.

CARRASCO PERERA, Angel, *Derecho de contratos*, Pamplona, Aranzadi, 2010.

DE CARVALHO DANTAS, Marcus, Eduardo, “*Un approccio alla dinamica dell'applicazione di regole e principi*”, Ars interpretandi, 10, 2005 (*Valori, principi e regole*).

CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Los derechos fundamentales y sus restricciones, Constitucionalismo comparado y jurisprudencia interamericana*, Bogotá, Temis-Konrad Adenauer Stiftung, 2020.

CASELLA, Mario, *Il contratto e l'interpretazione*, Milán, Giuffré, 1961.

CASTIÑEIRA, María Teresa y RAGUÉS, Ramón, «“Three Strikes”, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos*», en CARBONELL, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

CASTIÑEIRA JEREZ, Jorge, “*Hacia una nueva configuración de la doctrina rebus sic stantibus: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014*”, In Dret, Barcelona, 4, 2014.

CASTRONOVO, Carlo, *Eclissi del diritto civile*, Milán, Giuffrè, 2015.

CASUCCI, Felice, *Il sistema giuridico “proporzionale” nel diritto privato comunitario*, Nápoles, Esi, 2001.

CESARO, Vincenzo María, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell’equilibrio contrattuale*, Nápoles, Esi, 2000.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, Barcelona, Bosch, 2008.

CLÉRICO, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2001.

CLÉRICO, Laura, «*El examen de proporcionalidad: entre el exceso por omisión y la insuficiencia por omisión o defecto*», en CARBONELL, Miguel (coord.), *Argumentación jurídica, El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, México, Porrúa/UNAM, 2014; también en *Id.*, *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

COHEN-ELIYA, Moshe y PORAT, Iddo, “*American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*”, *International Journal of Constitutional Law*, IJCL, 8 (2), 2010.

COHEN-ELIYA, Moshe y PORAT, Iddo, “*Proportionality and the Culture of Justification*”, *American Journal of Comparative Law*, 59, 2011.

COHEN-ELIYA, Moshe y PORAT, Iddo, “*Proportionality and Justification*”, *Law Journal University of Toronto*, 64 (3), 2014.

COHEN-ELIYA, Moshe y STOPLER, Gila, “*Prioritizing Rights in the Age of Balancing*”, *Law and Ethics of Human Rights*, 4 (1), 2010.

COING, Helmut, *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der Allgemeinen Hermeneutik*, Berlín, Springer, 1959.

COING, Helmut, *Derecho privado europeo* (Antonio PÉREZ MARTÍN, trad.), Madrid, Consejo General del Notariado, 1996.

COLANGELO, Giuseppe, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina de la concorrenza e diritto dei contratti*, Turín, Giappichelli, 2004.

COMANDUCCI, Paolo, «*Su Dworkin*», en COMANDUCCI, Paolo/GUASTINI, Riccardo (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, Turín, 1989.

COMANDUCCI, Paolo, «*Principios jurídicos en indeterminación del derecho*», *Doxa*, 21, 1998.

COMPORTI, Marco, «*Diritti reali in generale*», en CICU, Antonio/MESSINEO, Francesco/MENGONI, Luigi/ SCHLESINGER, Piero, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, VIII, 1, Milán, Giuffrè, 2011.

COGNETTI, Stefano, *Principio di proporzionalità, Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Turín, Giappichelli, 2011.

CORNU, Gérard, *Droit civil (Introduction, les personnes, les biens)*, París, Montcherstien, 1999.

CORREA ARANGO, Gabriel, *De los principales contratos mercantiles*, Bogotá, Temis, 1991.

CRAIG, Paul, «*Unreasonableness and Proportionality in UK law*», en ELLIS, Evely (ed.), *The principle of proportionality in the laws of Europe*, Oxford/Portland (Oregon), Hart Publishing, 1999.

CRIADO-CASTILLA, Juan Felipe, *Cláusulas abusivas en los contratos de consumo* (tesis de Maestría en Derecho Privado Económico), Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2014. <http://www.bdigital.unal.edu.co>.

CRIADO-CASTILLA, Juan Felipe, «*El juicio de abusividad en los contratos de consumo*», *Revista de Derecho Privado*, 53, Bogotá, Universidad de los Andes, 2015.

CRIADO-CASTILLA, Juan Felipe, «*El principio de proporcionalidad como criterio metodológico de concreción normativa del mandato de tratamiento igual*», *Revista Pensamiento Jurídico*, 44, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2016.

CRIADO-CASTILLA, Juan Felipe, «*El principio de proporcionalidad como criterio de concreción normativa de la prohibición general de abuso*», *Revista de Derecho Privado*, 57, Bogotá, Universidad de los Andes, 2017.

CRISAFULLI, Vezio, «*Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*», *RIFD*, vol. XXI, 1941.

CRISAFULLI, Vezio, voz «*Disposizioni e norma*», en *Enciclopedia di Diritto*, t. XXIII, Milán, Giuffrè, 1964.

CROCQ, Pierre, «*Sûretés et proportionnalité*», en *Études offertes au doyen Philippe Simler*, núm. 3, París, Dalloz/Litec, 2006.

CRUCIANI, Luca, «*Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell'abuso del diritto*», *Rivista critica del diritto privato*, 2011.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, «*Derechos fundamentales y derecho privado*», en ID, *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

CHAMIE GANDUR, José Félix, «*Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el deber de revisión del contrato*», *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, núm. 14, 2008.

CHAMIE GANDUR, José Félix, «*Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor*», *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, núm. 24, 2013.

CHAMIE GANDUR, José Félix, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos, De la vis cui resisti non potest a las cláusulas de hardship*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

CHAMIE GANDUR, José Félix, «*Rescisión por lesión enorme: el problema del origen*», *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, núm. 18, 2010.

CHAMIE GANDUR, José Félix, «*El principio de reductio ad aequitatem por desequilibrio contractual*», *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, núm. 22, 2012.

DAGOT, Michel, *La simulation en droit privé*, París, LGDJ, 1967.

DANZ, Erich, *La interpretación de los negocios jurídicos* (traducción española de Wenceslao ROCES y notas de Francisco BONET RAMÓN), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

DECHSCHLING, Rainer, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot, Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handels (Studien zum öffentlichen Recht und zur Verwaltungslehre)*, Múnich, Franz Valhen Verlag, 1989.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «*Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*», Madrid, Anuario de Derecho Civil, ADC, XIV, 2, núm. 161, 1961.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, Madrid, Civitas/Thomson, 2008.

DE DOMINGO PÉREZ, Tomás., “*Perché ottimizzare? Sulla base normativa del concetto di principio di Robert Alexy*”, *Ars interpretandi*, 2005 (*Valori, principi e regole*).

DEL PRATTO, Enrico, “*Ragionevolezza e bilanciamento*”, *Riv. Dir. Civ.*, 1, 2010.

DE LOS MOZOS, José Luis, «*Norma, principio y sistema en la integración del sistema jurídico*», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, Madrid, Tecnos, 1976.

DE LOS MOZOS, José Luis, *Derecho civil español, I, Parte general, Introducción al derecho civil*, Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, 1977.

DE LOS MOZOS, José Luis, «*El contrato y sus transformaciones*», en *Estudios de derecho civil, Obligaciones y contratos, Libro homenaje a Fernando Hinestrosa*, t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

DÍAZ LINDAO, Indira, “*Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos*”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 23, 2012.

DIEDERICHSEN, Uwe, *Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung in Zivilrecht*, Kalsruhe, Müller, 1974.

DÍEZ GARCÍA, Helena y GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, «*Interpretación e integración del contrato*», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Tratado de contratos*, t. I (*Conceptos, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato*), Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho y masificación social, Tecnología y Derecho Privado*, Madrid, Civitas, 1979.

DÍEZ-PICAZO, Luis, «*Prólogo*», en WIEACKER, Franz, *El principio general de buena fe* (José Luis CARRÓ, trad.), Madrid, Civitas, 1986.

DÍEZ-PICAZO, Luis, “*Una nueva doctrina general del contrato?*”, *Anuario de Derecho Civil, ADC*, 46, 1993.

DÍEZ-PICAZO, Luis (dir.), *Las condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas*, Madrid, Civitas, 1996.

DÍEZ-PICAZO, Luis, «*Ponencia general*», en *Id.*, *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Madrid, Civitas, 1996.

DÍEZ-PICAZO, Luis, «*La cláusula rebus sic stantibus*», en FERRANDIZ GABRIEL, José Ramón (coord.), *Extinción de obligaciones*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996.

DÍEZ-PICAZO, Luis y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (dirs.) y ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús (coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 2002.

DÍEZ-PICAZO, Luis, «*Condiciones generales de la contratación (esbozo de una evolución)*», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio y DIEZ-PICAZO, Luis (dirs.); ALFARO AGUILA-REAL, Jesús (coord.), *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 2002.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. I, Madrid, Civitas, 6ª edic., 1996 (reimp., 2011).

DODDI, Cristina, *Cláusulas de restricción de responsabilidad contractual*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.

DÜRIG, Günther, «*Grundrechte und Zivilrechtsprechung*», en MAUNZ, Thomas (dir.), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift für 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, Múnich, 1956; publicado también en FEMIA, Pasquale (dir.), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati, Un percorso nella dottrina tedesca*, Nápoles, Esi, 2018.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio* (Marta GUASTAVINO, trad.), Barcelona, Ariel, 1984.

DYZENHAUS, David, «*The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy*», en TAGGART, Michael (ed.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997.

EMMERICH FRITSCHÉ, Angelika, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der AG-Rechtsetzung*, Berlín, Duncker und Humblot, 2000.

EMILIOU, Nicolás, *The Principle of Proportionality in European Law, A comparative Study*, Londres/La Haya/Boston, Kluwer, 1996.

ENDERLEIN, Wolfgang, *Abwägung in Recht und Moral*, Friburgo/Múnich, Alber, 1992.

ENDICOTT, Timothy, *La vaguedad en el derecho (Vagueness in Law)*, Oxford, Oxford University Press, 2000, J. A. DEL REAL ALCALÁ y J. VEGA GÓMEZ, trads.), Madrid, Dickinson, 2007.

ENGLE, Eric, “*Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)*”, *Hanse Law Review (Hanse LR)*, vol. 5, 2.

ENGISCH, Karl, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 1960.

ENGISCH, Karl, «*Le fait et le droit en droit allemand*», en *Le fait et le droit*, Bruselas, Bruylant, 1961.

ENGISCH, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico* (Ernesto GARZÓN VALDEZ, trad.), Madrid, Guadarrama, 1967.

ENGISCH, Karl, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, Carl Winter, 2ª Auflage, 1968.

ENGISCH, Karl, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales* (Juan José GIL CREMADES, traducción y estudio preliminar), Granada, Comares, 2004.

ENGISCH, Karl, *Einführung in das juristische Denken*, 11. Auflage, Stuttgart, 2010.

ENNECCERUS, Ludwig/KIPP, Theodor/ y WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil*, v. I. (Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER, trad.), Barcelona, Bosch, 1950.

ERMACORA, Felix, «*Le principe de proportionnalité en droit autrichien et dans le cadre de la Convention européenne des droits de l’homme*», en AA. VV., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg, C.F. Müller, 1985.

ESSER, Josef, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1956.

ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado* (Eduardo VALENTÍ FIOL, trad.), Barcelona, Bosch, 1961.

ESSER, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a. Main, Athenäum, 1970.

ESSER, Josef, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto (Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung)*, trad. italiana de PATTI, Salvatore y ZACCARIA, Giuseppe, introducción de RESCIGNO, Pietro), Nápoles, Esi, 1983.

ESSER, Josef, “*La interpretación*” (Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO, trad., Cap. V. de *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a. Main, 1970), AFD, t. III, 1986.

ESSER, Josef, *Grundsatz und Norm*, Tubinga, Paul Siebeck, 1990.

ESPERT SANZ, Vicente, *La frustración del fin del contrato*, Madrid, Tecnos, 1968.

ESPIAU ESPIAU, Santiago (coord.), *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998*, de 13 de abril, Madrid, Marcial Pons, 1999.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Los límites a la autonomía de la voluntad en el derecho privado*, Murcia, Universidad de Murcia, 1954.

ESTEVAN DE QUESADA, Carmen, *La doble regulación del abuso de una situación de dependencia económica*, Revista de derecho mercantil, 2005.

FABIANI, Ernesto, “*Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, standards valutativi e principi generali dell’ordinamento*”, Il foro italiano, 1999.

FABIANI, Ernesto, voz «*Clausola generale*», en *Enciclopedia del diritto*, Annali V, Milán, Giuffrè, 2012.

FALZEA, Angelo, “*Gli standards valutativi e la loro applicazione*”, Rivista di diritto civile, también en *Id.*, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milán, Giuffrè, 1999, y en AA.VV., *La sentenza in Europa, Metodo, técnica e stile, Atti del Convegno internazionale per l’inaugurazione della nuova sede della facoltà (Ferrara, 10-12 ott. 1985)*, Padua, Cedam, 1988.

FALLON, Richard, “*Strict Judicial Scrutiny*”, UCLA Law Review, 54, 2007.

FARREL, Martín Diego, «*Las obligaciones jurídicas como obligaciones prima facie*», en BULYGIN, Eugenio *et alt.* (eds.), *El lenguaje del derecho, Homenaje a Genaro Carrió*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.

FASSBENDER, Bardo, “*El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”, Cuadernos de Derecho Público, Cdp, 5, 1998.

FEHL, Norbert, “*Systematik des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*”, *Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht*, Band 33, Heidelberg, Verlagsgesellschaft und Wirtschaft mbH, 1979.

FELIU REY, Manuel Ignacio, «*Comentario. Artículo 1º, Requisitos de incorporación*», en ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio y MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge (coords.), *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Tecnos, 1999.

FEMIA, Pasquale (dir.), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati, Un percorso nella dottrina tedesca*, Nápoles, Esi, 2018.

FEENSTRA, Robert, «*Impossibilitas and clausula rebus sic stantibus*», en WATSON, A. (dir.), *Daube Noster, Essays in Legal History for Davis Daube*, Edinburgo y Londres, 1974.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, Antonio, *Derecho público romano y recepción del derecho romano en Europa*, Madrid, Civitas, 1999.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Gabriel Andrés, «*La resurrección de la teoría de la imprevisión y sus vinculaciones con la noción de equivalencia*», ADCU, XXXIV, 2004.

FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Una visión desde el sistema europeo*, Madrid, Dickinson, 2008.

FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *La aplicación judicial europea del principio de proporcionalidad*, Madrid, Dickinson, 2009.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, voz «*Interdicción de la arbitrariedad*», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, 1996.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, voz: «*principio de proporcionalidad*», *Enciclopedia Jurídica Básica*.

FERRARA, Francesco, *La simulación de los negocios jurídicos (Della simulazione nei negozi giuridici*, Roma, Athenaeum, 1922, ATARD, Rafael y DE LA PUENTE, Juan, trad.), Madrid, Revista de Derecho Privado, 1953.

FERRARA, Francesco, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, *Dottrine generali*, I, Nápoles, Esi, 1987.

FERRAND, Frédérique, *Droit privé allemand*, París, Dalloz, 1997.

FERRI, Luigi, *La autonomía privada* (Luis SANCHO MENDIZÁBAL, trad.), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

FERRONI, Lanfranco (ed.), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Esi, Nápoles, 2002.

FETERIS, Eveline, *Fundamentos de la argumentación jurídica, Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales* (Alberto SUPELANO, trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

FIERRO MÉNDEZ, Rafael, «Aspectos contractuales del nuevo estatuto del consumidor, Interpretación de los contratos-Ley 1480 de 2011», en GUAL ACOSTA, José Manuel y VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos (dirs.), *Derecho del consumo, Problemáticas actuales*, Bogotá, Ibáñez/Universidad Santo Tomás, 2013.

FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. IV, Tubinga, Mohr Siebeck, 1977.

FIN-LANGER, Laurence, *L'équilibre contractuel*, París, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, t. 366, 2002.

FISS, Owen, "Objectivity and interpretation", *Stanford Law Review*, 34, 1982.

FORCELLINI, Federica y IULLIANI, Antonello, "Le clausole generali tra struttura e funzione", *Europa e diritto privato*, 2013.

FRANCO VICTORIA, Diego, "Interpretación de los contratos", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, n° 11, 2006.

FRANGI, Marc, *Constitution et droit privé, Les droits individuels et les droits économiques*, París, Economica, 1992.

FREDMAN, Sandra, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

FRIED, Charles, "Two concepts of interests: Some reflections on the Supreme Courts Balancing Test", *Harvard Law Review*, HarvLRev, vol. 76, 1963.

FROSINI, Vittorio, *Gesetzgebung und Auslegung*, Baden-Baden, Nomos, 1995.

FRIEDMAN, Daniel y BARAK-EREZ, Daphne (eds.), *Human Rights in Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2002.

FROSINI, Vittorio, *Teoría de la interpretación jurídica*, Bogotá, Temis, 1991.

FULLER, Lon, *The morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964.

FURGIUELE, Giovanni, *Della simulazione di effetti negoziale*, Padua, Cedam, 1992.
GABRIELLI, Enrico, «I contratti in generale», en RESCIGNO, Pietro y GABRIELLI, Enrico (dirs.), *Trattato dei contratti*, Turín, Utet, 2006.

GABRIELLI, Enrico y MINERVINI, Enrico (dirs.), «*I contratti dei consumatori*», en RESCIGNO, Pietro y GABRIELLI, Enrico (dirs.), *Trattato dei contratti*, Turín, Utet, 2006.

GABRIELLI, Enrico, «*Sulla nozione di consumatore*», en *Studi in onore di C. M. Bianca*, t. III, Milán, 2006.

GADAMER, Hans-Georg, *Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik (Verdad y método, Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Ana AGUD APARICIO y Rafael DE AGAPITO, Salamanca, Sígueme, 1993), Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1990.

GALETTA, Diana-Urania, «*El principio de proporcionalidad en el derecho comunitario*», Cuadernos de Derecho Público, Cdp, 5, 1998.

GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico* (Francisco BLASCO GASCO y Lorenzo PRATS ALBENTOSA, trad.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.

GALLO, Paolo, *Soppravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milán, Giuffrè, 1992.

GAMARRA, Jorge, *Imprevisión y equivalencia contractual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2006.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «*Del método jurídico a las teorías de la argumentación jurídica*», Anuario de Filosofía del Derecho, AFD, t. III, 1986.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «*Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad*», Anuario de Filosofía del Derecho, 5, 1987.

GARCÍA AMIGO, Manuel, *Condiciones generales de los contratos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

GARCÍA AMIGO, Manuel, «*La ley alemana occidental sobre condiciones generales*», Revista de Derecho Privado, v. 62, núm. 5, 1978.

GARCÍA AMIGO, Manuel, *Lecciones de derecho civil, Teoría general de las obligaciones y contratos*, II, Madrid, Mac Graw Hill, 1996.

GARCÍA CARACUEL, Manuel, *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Madrid, Dykinson, 2014.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «*La interdicción de arbitrariedad en la potestad reglamentaria*», Revista de Administración Pública, RAP, 30, 1959.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “*La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*”, *Revista de Administración Pública*, 38, 1962.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Lógica del raciocinio jurídico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964.

GARCÍA SALGADO, María José, “*Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean*”, *Anuario de filosofía del derecho*, t. xx, 2003.

GARCÍA VALDECASAS, Guillermo, *Parte general del derecho civil español*, Madrid, Civitas, 1983.

GARCÍA VICENTE, José Ramón, «*Contratación con consumidores*», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Tratado de contratos*, t. III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

GARDBAUM, Stephen, “*A democratic Defense of Constitutional Balancing*”, *Law and Ethics of Human Rights*, 4, 1, 2010.

GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, t. I, Bogotá, Temis, 1987.

GARRN, Heino, *Zur Rationalität rechtlicher Entscheidungen*, Stuttgart, Steiner, 1986.

GASPARI, Francesco, «*Il diritto di proprietà tra giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e giurisprudenza costituzionale*», en RUGGERI, Lucia, *Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e influenza sul diritto interno*, Nápoles, ESI, 2009.

GAST, Wolfgang, *Juristische Rhetorik, Auslegung, Begründung, Subsumtion*, Heidelberg, Decker, 1988.

GAUDEMET, Eugène, *L’interprétation du Code civil en France depuis 1804*, París, Sirey, 2002 (reimpresión de la edición póstuma de 1934).

GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, CEC, 1994.

GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente, “*Presuposición y riesgo contractual (Introducción al estudio del riesgo contractual)*”, *Anuario de Derecho Civil, ADC*, Madrid, vol. 40, II, 1987.

GENOVESE, Anteo, *Le condizioni generali di contratto*, Padua, Cedam, 1954.

GENTILI, Aurelio, *Il contratto simulato, Teorie della simulazione e analisi del linguaggio*, Nápoles, Jovene, 1982.

GÉNY, François, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid, Reus, 1925.

GÉNY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, París, LGDJ, 2016 (reimp. 1ª edic., 1919).

GÉNY, François, *La libertad en el derecho, Entre certeza e incertidumbre*, Granada, Comares, 2007.

GEORGIADOU, Anna, "Le principe de proportionnalité dans le cadre de la jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté Européenne", ARSP, vol. 81, 4, 1995.

VON GERBER, Carl Friedrich Wilhelm, *System des Deutschen Privatrechts*, Jena, G. Fischer, 1895.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «Comentario Artículo 7º, No incorporación», en ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio y MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge (coords.), *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Tecnos, 1999.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «Comentario Artículo 8º, Nulidad», en ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio y MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge (coords.), *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Tecnos, 1999.

GHESTIN, Jacques, *Traité de Droit Civil, Les Obligations, Le contrat*, París, LGDJ, 1993.

GHESTIN, Jacques y MARCHESSAUX-VAN MELLE, Isabelle, «Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens», en GHESTIN, Jacques (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, París, LGDJ, 1996.

GHESTIN, Jacques, «Rapport introductif», en JAMIN, Christophe y MAZEAUD, Denis (dirs.), *Les clauses abusives entre professionnels*, París, Economica, 1998.

GILMORE, Grant, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio University Press, 1974.

GIORDANO, Alessandro, *Contratti per adesione*, Milán, Giuffrè, 1951.

GIOVENE, Achille, *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza*, Padua, Cedam, 1941.

GIRALDO LÓPEZ, Alejandro/CAICEDO ESPINEL, Carlos/MADRIÑÁN RIVERA, Ramón Eduardo, *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011)*, Bogotá, Legis, 2012.

GOESEL-LE BIHAN, Valéry, “*Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel*”, RFDC, 30, 1997.

GOESEL-LE BIHAN, Valéry, “*Discours introductif: les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*”, Petites affiches, París, núm. 46, 2009.

GOLDSTEIN, Laurence (ed.), *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987.

GOLDSWORTHY, Jeffrey, «*Constitutional Interpretation*», en ROSENFELD, Michel y SAJÓ, András (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, “*El control de oficio de las cláusulas abusivas, El juez nacional como garante de la protección del consumidor*”, Revista de Derecho de la Unión Europea, núm. 26 (enero-junio), 2014.

GÓMEZ LAPLAZA, María del Carmen, *Condiciones generales de los contratos y tutela de los consumidores*, Valladolid, Lex-Nova, 1994.

GÓMEZ LAPLAZA, María del Carmen, “*La responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos en la Unión Europea: presente y futuro*”, San Juan, Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, 61, 2000.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Pamplona, Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, Aranzadi/Thomson, 2003.

GORLA, Gino, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padua, Cedam, 1934; GIOVENE, Achille, *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza*, Padua, Cedam, 1941.

GORLA, Gino, *El contrato, Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico* (José FERRANDIS VILELLA, trad.), Barcelona, Bosch, 1959.

GORDLEY, James, *The philosophical origins of modern contract*, Oxford, Clarendon Press, 1992.

GORDLEY, James, “*Impossibility and changed and unforeseen circumstances*”, American Journal of Comparative Law, 52, summer, 2004.

GORPHE, François, *L'appréciation des preuves en justice: Essai d'une méthode technique*, París, Sirey, 1947.

GORPHE, François, *Les décisions de justice*, Paris, Presses Universitaires de France, PUF, 1952.

GRABA, Hans Ulrich, «*Generalklausel*», en SCHLOSSER, Peter/COESTER-WALTJEN, Dagmar/GRABA, Hans Ulrich, *Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Bielefeld, Giesecking, 1977.

GRANDE STEVENS, Franço, «*Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata*», en LIPARI, N. (dir.), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Nápoles, Esi, 1998.

GRASSETTI, Cesare, voz «*Conservazione (principio di)*», en *Enciclopedia del diritto*, IX, 173.

GRIDEL, Jean-Pierre, «*Le contrôle de proportionnalité exercé par la juge judiciaire français*», en *Actes de colloque les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, Paris, Petite affiches, 46, 2009.

GRIMM, Dieter, «*The Protective Function of the State*», en NOLTE, Georg (ed.), *European and Us Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

GRIMM, Dieter, «*The Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*», *University of Toronto Law Journal*, UTLJ, 57, 2007.

GRONDIN, Jean, *Einführung in die philosophische Hermeneutik*, Darmstadt, Wiss. Buchges, 1991.

GROSSI, Paolo, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2018.

GROSSI, Paolo, «*L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giuristi*», *Rivista trimestrale de diritto e procedura civile*, 2017.

GROSSI, Paolo, «*Della interpretazione come invenzione*», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 47-1, 2018.

GROSSO, Giuseppe: *Il Sistema romano dei contratti*, Turín, 1963.

GRUNDMANN, Stefan y MAZEAU, Denis (dirs.), *General clauses and standards in European Contract Law, Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*, La Haya, Kluwer Law International, 2006.

GRYNBAUM, Luc, *Le contrat contingent, L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, Paris, LGDJ, 2004.

GRYMBBAUM, Luc y NICOD, Marc (dirs.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004.

GUAL ACOSTA, José Manuel, «*Perspectivas globalizadas sobre el control de las cláusulas abusivas, Reflexiones críticas para el derecho interno*», en José Manuel GUAL ACOSTA, José Manuel y VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos (dirs.), *Derecho del consumo, Problemáticas actuales*, Bogotá, Ibáñez/Universidad Santo Tomás, 2013.

GUARNERI, Attilio, «*Le clausole generali*», en SACCO, Rodolfo (dir.), *Tratatto di diritto civile, Le fonti del diritto italiano, II, le fonti non scritte e l'interpretazione*, Turín, Uteb, 1999.

GUASTINI, Riccardo, «*Sui principi del diritto*», en BASCIU, Maurizio (dir), *Soggetto e principi generali del diritto (Atti del XV Congresso nazionale, Pisa-Viareggio, 16-18 maggio 1985)*, Milán, Giuffrè, 1987.

GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica* (Marina GASCÓN y Miguel CARBONELL, trad.), México, Porrúa/UNAM, 2011.

GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente., «*El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación*», Anuario de Derecho Civil, ADC, 54, 2001.

GUELFUCCI-THIBIERGE, Catherine, «*Libres propos sur la transformation du droit des contrats*», Revue Trimestrielle de Droit Civil, 2, 358, París, 1997.

HÄBERLE, Peter, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz (La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*, Joaquín BRAGE CAMAZANO, trad., Madrid, Dickinson, 2003), Heidelberg, Müller C.F., 1983.

HAILBRONNER, Kay, «*The principle of the Proportionality*», en KIADO, K. (ed.), *General Papers to the 10th International Congress of Comparative Law*, Londres, 1981.

HANAU, Hans, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht: zu Herleitung und Struktur einer Angemessenheitskontrolle von Verfassungen wegen*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2004.

HART, Herbert Lionel Adolphus, «*Positivism and the Separation of Law and Morals*», Harvard Law Review, vol. 71, 4, 1958.

HART, Herbert Lionel Adolphus, *El concepto de derecho (The Concept of Law*, Genaro CARRIÓ, trad.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009.

HATTENHAUER, Hans, *Conceptos fundamentales del derecho civil* (Gonzalo HERNÁNDEZ, trad.), Barcelona, Ariel, 1987.

HAYERKATE, Görg, *Normtext-Begriff-Telos, Zu den drei Grundtypen des juristischen Argumentierens*, Heidelberg, C.F. Müller, 1996.

VON HAYEK, Friedrich August, *Derecho, legislación y libertad*, vol. I (*Normas y orden*), Madrid/Buenos Aires, Unión Editorial, 1978.

HEDEMANN, Justus Wilhelm, *Die Flucht in die Generalklausen (Eine Gefahr für Recht und Staat)*, Tubinga, Mohr, 1993.

HEDEMANN, Justus Wilhelm, *Tratado de derecho civil* (versión española y notas de José Luis Díez Pastor y Manuel González Enríquez), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

HENKE, Horst Eberhard, *Die Tatfrage, Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität*, Berlín, Duncker und Humblot, 1966.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, Tecnos, 1971.

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 1988.

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

HERZOG, Tamar, *A Short History of European Law: The Last Two and a Half Millennia (Una breve historia del derecho europeo, Los últimos 2500 años*, COLL RODRÍGUEZ, Miguel Angel, trad., Madrid, Alianza, 2019), Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 2018.

HESSE, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado (Verfassungsrecht und Privatrecht)*, Heidelberg, 1988, trad. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez), Madrid, Civitas, 1995.

HESSE, Konrad, *Derecho constitucional y Derecho Privado* (Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, trad.), Madrid, Civitas, 2016.

HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho constitucional* (CRUZ VILLALÓN, Pedro y AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, trad.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, 2012.

HIMSWORTH, Chris M.G., “*La proporcionalidad en el Reino Unido*”, Cuadernos de Derecho Público, Cdp, 5, 1998.

HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, t. I, II, vols. I y 2, 2007 y 2015.

HINESTROSA, Fernando, «*La révision du contrat, Rapport général*», en Journées Franco-Brésiliennes de l'Association Henri Capitant, Rio de Janeiro-Sao Paulo, 2005.

HINESTROSA, Fernando, “*Función, límites y cargas de la autonomía privada*”, Revista de Derecho Privado, núm. 26, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

HIRSCHBERG, Lothar, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Gotinga, Otto Schwartz, 1981.

HOHFELD, Wesley Newcomb, “*Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*”, The Yale Law Journal, vol. 23, N° 1, nov., 1913.

HOHFELD, Wesley Newcomb, «*Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and other Legal Essays*», en COOK, Walter Wheeler (ed.), New Haven, 1923.

HOHFELD, Wesley Newcomb, *Conceptos jurídicos fundamentales* (Genaro CARRIÓ, trad.), México, Fontamara, 1997.

HOLMES Jr., Oliver Wendell, “*The Path of the Law*”, Harvard Law Review, 10, 1897.

HOLMES Jr., Oliver Wendell, *La senda del derecho* (trad. española y estudio preliminar de José Ignacio SOLAR CAYÓN), Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2012.

HOLMES Jr., Oliver Wendell, *The Common Law*, Granada, Comares, 2020.

HORWITZ, Paul, “*Three Faces of Deference*”, Notre Dame Law Review, 83, 2008.

HUBER, Hans, «Über die Konkretisierung der Grundrechte», en SALADIN, Peter y WILDHABER, Luzius (edits.), *Der Staat als Aufgabe Gedenkschrift für Max Imboden*, Basilea/ Stuttgart, Helbing und Lichtenbahn, 1972.

HÜBNER, Heinz, *Allgemeines Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlín/Nueva York, Walter de Gruyter, 1996.

HUSSMANN, Heinrich, *Wertung und Abwägung im Recht*, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, Heymann, 1977.

HUSTER, Stefan, *Rechte und Ziele, Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes*, Berlín, Duncker und Humblot, 1993.

HUSTER, Stefan, “*Gleichheit und Verhältnismäßigkeit: Der allgemeine Gleichheitssatz als Eingriffsrecht*”, *Juristenzeitung*, JZ, 49, 11, 1994.

IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan, *El indeterminado concepto de de los conceptos indeterminados*, *Revista Vasca de Administración Pública*, 56, 2000.

VON IHERING, Rudolf, *El espíritu del derecho romano en las diferentes etapas de su desarrollo* (versión española y notas de Enrique PRÍNCIPE Y SATORRES), Granada, Comares, 1998.

VON IHERING, Rudolf, *El fin en el derecho (Zweck im Recht*, Leonardo RODRÍGUEZ, trad.), Madrid, Rodríguez Serrra (ed.), s.f., reimpresión, Granada, Comares, 2011.

IRTI, Natalino, *Due saggi sul dovere giuridico (obbbligo e onere)*, Nápoles, Jovene, 1973.

IRTI, Natalino, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Turín, Giappichelli, 1976.

IRTI, Natalino, *Testo e contesto, Una lettura dell’art. 1362 del Codice civile*, Padua, Cedam, 1996.

IRTI, Natalino (dir.), *La polemica sui concetti giuridici*, Milán, Giuffrè, 2004.

IRTI, Natalino, “*La crisi della fattispecie*”, *Rivista di diritto processuale*, vol. 69, 1, 2014.

IRTI, Natalino, “*Controllabilità weberiana e crisi della fattispecie*”, *Rivista di diritto civile*, 2014.

JACOBS, Francis G. «*Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law*», en ELLIS, Evely (ed.), *The principle of proportionality in the laws of Europe*, Oxford, Hart Publishing, 1999.

JAKOBS, Michael Ch., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, DVBL, 1985.

JANSEN, Nils, *Die Abwägung von Grundrechten*, Der Staat, DSt, 36, 1997.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos*, Bogotá, Universidad Javeriana-Ibáñez/, 2016.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Derecho privado, Estudios y escritos de derecho patrimonial*, t. III, v. 3, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Ibáñez, 2017.

JASPERS, Karl, *Origen y meta de la historia*, Barcelona, Madrid, Alianza, 1985.

JELLINEK, George, *System der subjektiven öffentlichen Rechts*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1919.

JELLINEK, George, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi* (trad. italiana de VITAGLIANO, Gaetano), Milán, Società Editrice Libreria, 1912.

JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1987.

JOSSERAND, Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, París, Dalloz, 1939.

JOUANJAN, Olivier, *Le principe d'égalité devant la loi en Droit allemand*, París, Economica, 1992.

JOWELL, Joffrey y LESTER, Anthony, «*Proportionality: Neither Novel nor Dangerous*», en JOWELL, Joffrey y OLIVER, Dawn (eds.), *New Directions in Judicial Review*, Londres, Stevens.

JULIO ESTRADA, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

KASER, Max, *Derecho romano privado* (José SANTACRUZ TEJEIRO, trad.), Madrid, Reus, 1982.

KARIMI, Abbas, *Les clauses abusives et la théorie de l'abuse de droit*, París, LGDJ, 2001.

KELSEN, Hans, *Teoría general de las normas* (Hugo Carlos DELORY JACOBS, trad.), México, Trillas, 1994.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* (Roberto VERNENGO, trad.), México, Porrúa, 2009.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y TAVANO DE AREDES, Josefina, "*La protección del consumidor en el derecho privado*", Derecho del Consumidor, Buenos Aires, núm. 1, 1991.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "*Contratos con consumidores en el nuevo Código civil y comercial argentino*", Revista de Derecho, Universidad de Montevideo, núm. 26, 2014.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "*Prácticas abusivas en los contratos de consumo: análisis desde la nueva legislación argentina*", Revista de Derecho, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, núm. 11, 2015.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio, *El criterio de la razonabilidad en el derecho privado (el "estándar de la persona razonable" y su aplicación en las decisiones judiciales)*, LORENZETTI, Ricardo Luis (prólogo), Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Grupo Editorial Ibáñez, 2020.

KESSLER, Friedrich, "*Contracts of Adhesion-Some Thoughts about Freedom of Contract*", Columbia Law Review, 43 (5), 1943.

KHAIRALLAC, Georges, "*Le raisonnable en droit privé française, Développements*", en Revue trimestrelle de droit civil, RTDC, 1984.

KIRCHHOF, Paul, «*Der allgemeine Gleichheitssatz*», en ISENSEE, Josef y KIRCHHOF, Paul (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 5. Heidelberg, C.F. Müller, 1992.

KLATT, Mathias, «*Ponderando competencias. Acerca de cómo el cosmopolismo institucional puede resolver conflictos jurisdiccionales*» (Francisco CAMPOS ZAMORA, trad.), en Jorge PORTOCARRERO (ed.), *Ponderación y discrecionalidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

KLUG, Ulrich, *Juristische Logik*, Berlín, Springer, 1982.

KLUG, Ulrich, *Lógica jurídica* (Juan David GARCÍA BACCA, trad.), Bogotá, Temis, 2004.

KLUTH, Winfried, “*Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán*”, Cuadernos de Derecho Público, Cdp, (5), 1998.

KOCH, Hans-Joachim, «*Die normtheoretische Basis der Abwägung*», en ERBGUTH, Wilfried (ed.), *Abwägung im Recht*, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, Heymanns, 1996.

KOCH, Hans-Joachim y RÜßMANN, Helmuth, *Juristische Begründungslehre, Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, Múnich, C. H. Beck, 1982.

KOSCHAKER, Paul, *Europa y el derecho romano (Europa und das römische Recht*, Múnich/Berlín, C. H. Beck, 1953, traducción castellana de José SANTA CRUZ TEJEIRO), Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955.

VON KRAUS, Rupprecht, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels in Verwaltungsrecht*, Hamburgo, L. Appel, 1955.

KRELLER, Hans, *Historia del derecho romano* (Fernando HINESTROSA, trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983.

KRIEGEL, Albert/HERMANN, Emil/OSENBRÜGGEN, Eduard, *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte (Instituta-Digesto)* [traducción castellana y notas de Ildfonso GARCÍA DEL CORRAL], Barcelona, Jaime Molinas, 1889.

KUNKEL, Wolfgang, *Historia del derecho romano* (Juan MIQUEL GONZÁLEZ, trad.), Barcelona, Ariel, 2003.

KUTSCHER, Hans/RESS, George/TEITGEN, Francis/ERMACORA, Felix/UBERTAZZI, Giovanni, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg, C.F. Müller, 1985.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Manual de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1980.

LAGARDE, Xavier, *Qu'est-ce qu'une clause abusive?*, París, JCP, 2006.

LAGHI, Pasquale, *L'incidenza dei diritti fondamentali nell'autonomia negoziale*, Padua, Cedam, 2012.

LANDO, Ole/DE LAMBERTERIE, Isabelle/TALLON, Denis/WITZ, Claude, *Principes du droit européen du contrat*, París, SLC, 2003.

LANZILLO, Raffaella, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Corso di diritto civile, Padua, Cedam, 2003.

LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier, “*La creación judicial del derecho y el concepto de derecho implícito*”, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, 6, 2002.

LARA PEINADO, Federico, *Textos para la historia del Próximo Oriente antiguo*, Madrid, Cátedra, 2011.

LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, t. I (*Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, Múnich/Berlín, C.H. Beck, 1957, versión española y notas de Jaime SANTOS BRIZ), Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958.

LARENZ, KARL, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, Frankfurt/Berlín, Metzner, 1966.

LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho* (Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO, trad.), Barcelona, Ariel, 2001.

LARENZ, Karl, *La base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos* (Carlos FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, trad.), Granada, Comares, 2002.

LARENZ, Karl y CANARIS, Claus-Wilhelm, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Studienaufgabe)*, 3. Aufl., Berlín/Heidelberg, Springer, 1995.

LARENZ, Karl y WOLFF, Martin, *Allgemeines Teil des bürgerlichen Rechts*, Múnich, C.H. Beck, 1997.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Manual sobre protección de los consumidores y usuarios*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

LASBORDES, Victoire, *Les contrats déséquilibrés*, Marsella, Presses Universitaires de Aix-en-Provence, 2000.

LARROUMET, Christian, *Teoría general del contrato*, t. I. (Jorge GUERRERO, trad.). Bogotá, Temis, 1999.

LECUYER, Hervé, «*Le principe de proportionnalité et l’extinction du contrat*», en *Existe-t-il un principe de proportionnalité en Droit privé?*, Colloque du 20 mars 1998, PA, 30 septembre 1998, núm. 117, anné 387.

LE GAC-PECH, Sophie, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, París, LGDJ, 2000.

LEGEAIS, Dominique, «*Le principe de proportionalité: Le case du contrat de credit avec constitution de garantie*», en *Existe-t-il un principe de proportionnalité en Droit privé?*, Colloque du 20 mars 1998, PA, 30 septembre 1998, núm. 117, anné 387.

LEGEAIS, Dominique, *Sûretés et garanties du crédit*, París, LGDJ, 2008.

LE GOFF, Jacques, *Pensar la historia*, Barcelona, Altaya, 1995.

LEISNER, Walter, *Grundrechte und Privatrecht*, Múnich, Beck, 1960.

LEMASURIER, Jeanne, «*Vers un nouveau principe general du droit? Le principe du bilan coútes-avantages*», en AA. VV., *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit politique*, t. 2., París, LGDJ, 1974.

DE LEÓN ARCE y GARCÍA GARCÍA (coords.), *Derechos de los consumidores y usuarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

LESGUILLONS, Henri, “*Frustration, force majeure, imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, changed circumstances*”, *J.Int'l Arb.*, 1986.

LEVI, Alessandro, *Manuali di scienze giuridiche*, Padua, Cedam, 1953.

LEVI, Edward Hirsch, *Introducción al razonamiento jurídico (An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago, University of Chicago Press, 1949, trad. castellana de Genaro Carrió), México, Coyoacán, 2005.

LEWISON, Kim, *The interpretation of Contracts*, Londres, Sweet and Maxwell, 1989.

LIBERTINI, Mario, “*Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato, Una proposta di distinzione*”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2011.

LIPARI, Nicolò, *Le categorie del diritto civile (Las categorías del derecho civil*, Madrid, Dykinson, 2016, Agustín LUNA SERRANO, trad.), Milán, Giuffrè, 2013.

LIPARI, Nicolò, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milán, Giuffrè, 2017.

LITTY, Olivier, *Le inégalité des parties et dureé du contrat, Étude de quatre contrats d'adhesion usuels*, París, LGDJ, 1999.

LOMBARDI, Luigi: *Dalla fides alla bona fides*, Milán, 1961.

LOMBARDI VALLAURI, Luigi, “*Norme vaghe e teoria generale del diritto*”, *Jus*, 1999.

LÓPEZ DÍAZ, Patricia, “*El principio de equilibrio contractual en el Código civil chileno*”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Santiago, 25, 2015.

LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*, Sevilla, Instituto García Oviedo/Universidad de Sevilla, 1988.

LÓPEZ MEDINA, Diego, *La letra y el espíritu de la ley, Reflexiones pragmáticas sobre el lenguaje del derecho y sus métodos de interpretación*, Bogotá, Temis-Universidad de los Andes, 2012.

LÓPEZ MEDINA, Diego, *El derecho de los jueces, Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Bogotá, Legis/Universidad de los Andes, 2006.

LORENZETTI, Ricardo, *Tratado de contratos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000.

LÜDERITZ, Alexander, *Auslegung von Rechtsgeschäften, Vergleichende Untersuchung anglo-amerikanischen und deutschen Rechts*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1966.

LUNA SERRANO, Agustín, «*Las normas que contienen conceptos elásticos en la legislación de consumo*» (traducción italiana: “*Le norme che contengono concetti elastici nella legislazione di consumo*”, *Le corti umbre*, Anno V, n° 3, 2017), en PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, José Luis (dir.) y PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, Francisco Javier (coord.), *Derecho privado, responsabilidad y consumo*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson-Reuters, 2018.

LUNA SERRANO, Agustín, *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*, Madrid, Dickinson, 2019.

LUZZATI, Claudio, *La vaghezza delle norme, Un´analisi del linguaggio giuridico*, Milán, Giuffrè, 1990.

LUZZATI, Claudio, “*Le metafore della vaghezza*”, *Analisi e diritto*, 1999.

LUZZATI, Claudio, *Principi e princìpi: la genericità nel diritto*, Turín, Giapichelli, 2012.

LUZZATI, Claudio, «*Clausole Generali e princìpi, Oltre la prospettiva civilistica*», en D’AMICO, Giovanni (dir.), *Principi e clausole generali nell’evoluzione dell’ordinamento giuridico*, Milán, 2017.

LUZZATI, Claudio, *Del giurista interprete, Linguaggio, tecniche e dottrine*, Turín, Giapichelli, 2016.

LLAMAS POMBO, Eugenio, «*Buena fe y cláusulas abusivas en la contratación con consumidores*», en *Tratado de la buena fe en el Derecho*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2004.

LLAMAS POMBO, Eugenio (coord.), *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios: comentarios y jurisprudencia de la ley veinte años después*, Madrid, La Ley/Ministerio de Sanidad y Consumo/Instituto Nacional de Consumo, 2005.

LLAMAS POMBO, Eugenio, «Comentario del artículo 10 bis de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, LGDCU», en LLAMAS POMBO, Eugenio (coord.), *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: Comentarios y jurisprudencia de la ley veinte años después*, Madrid, La Ley/Ministerio de Sanidad y Consumo/Instituto Nacional de Consumo, 2005.

LLAMAS POMBO, Eugenio, «Ordinamento spagnolo e clausole vessatorie», en BELLELLI, Alessandra/ MEZZASOMA, Lorenzo/ RIZZO, Francesco, *La clausole vessatorie a vent'anni dalla Direttiva CEE 93/13*, Nápoles, Esi, 2014.

LLAMAS POMBO, Eugenio, *La compraventa*, Madrid, La Ley, 2014.

MACARIO, Francesco, «Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica», *Giustizia civile*.

MAC BRIDE, Jeremy, «Proportionality and the European Convention on Human Rights», en ELLIS, Evely (ed.), *The principle of proportionality in the laws of Europe*, Oxford/Portland (Oregon), Hart Publishing, 1999.

MAC CORMICK, Neil, «On reasonableness», en PERELMAN, Chaim y VANDER ELST, Raymond (eds.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruselas, Bruylant, 1984.

MAC CORMICK, Neil, «Coherence in legal justification», en KRAWIETZ, Werner y otros (eds.), Berlín, Duncker und Humblot, 1984.

MAC CORMICK, Neil, *La argumentación y la interpretación en el derecho*, RVAP, 36, 1993.

MC KENDRICK, Ewan, *Force majeure and frustration of contrat*, Londres, Lloyds's, 1995.

MAESTRE BENAVENTE, Rafael, «El abuso de situación de dependencia económica: grupos de casos», *Derecho de los negocios*, 2009.

DI MAJO, Adolfo, «Clausole generali e diritto delle obbligazioni», *Rivista critica del diritto privato*, 1984.

MARÍN ECHEVERRÍA, Antonio, «La excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación», en Roma e América, 7, 1999.

MARMOR, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho* (Marcelo MENDOZA HURTADO, trad.), Barcelona, Gedisa, 2001.

MARMOR, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, Londres, Hart Publishing, 2005.

MARTÍN ARESTI, Pilar, *Las garantías de los productos de consumo*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2010.

MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo. «*La recepción por el Tribunal Constitucional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*», en *Id.*, *La Europa de los Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, CEC, 1998.

MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, María Lourdes, *Régimen jurídico de las presunciones*, Madrid, Dykinson, 2007.

MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, Lucio, *Condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos bancarios*, Cádiz, Editora de Publicaciones Científicas, 2002.

MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María, *La alteración de las circunstancias contractuales*, Madrid, Civitas, 2003.

MARTENS, Paul, «*L'irresistible ascension du principe de proportionnalité*», en AA. VV., *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruselas, Bruylant, 1992.

MARUZZI, Luca, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, Temi, 1954.

MAUGERI, Maria Rosaria, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milán, Giuffrè, 2003.

MAUNZ, Theodor y DÜRIG, Günther (dirs.), *Grundgesetz*, Múnich, C.H. Beck, 2021.

MAZZAMUTO, Salvatore y NIVARRA, Luca (dirs.), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Turín, Giappichelli, 2017.

MAZARESSE, Tecla, *Forme di razionalità delle decisione giudiziali*, Turín, Giapichelli, 1996.

MAZEAUD, Denis, «*Le principe de proportionnalité et la formation du contrat*», en *Existe-t-il un principe de proportionnalité en Droit privé?*, Colloque du 20 mars 1998, PA, 30 septembre 1998, núm. 117, anné 387.

MAZZONI, Cosimo Marco, *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, Nápoles, Jovene, 1996.

MAURY, Jacques, «*Observations sur les modes d'expression du droit: règles et directives*», en *Etudes Lambert*, París, Sirey-LGDJ, t. I., 1938.

MAURY, Jacques, «*Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit*», en *Études offertes au professeur Ripert*, París, LGDJ, tome 1, 1950.

MEDICUS, Dieter, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht*, Archiv für civilische Prazis, 1922 (H. ½).

MEDICUS, Dieter, «*Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage*», en *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, Colonia, 1979.

MENGONI, Luigi, «*Spunti per una teoria delle clausole general*», *Rivista critica del diritto privato*, 1986.

MENGONI, Luigi, *Ermeneutica e dogmatica giuridica, Saggi*, Milán, Giuffrè, 1996.

MERRYMAN, John Henry, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal System of Europe and Latin America*, Stanford, California, Stanford University Press, 2007.

MICHAEL, Lothar, «*Grundfälle zur Verhältnismässigkeit*», *JuS*, 2001.

MICHAEL, Lothar, «*Die drei Argumentationsstrukturen der Verhältnismäßigkeit*», *JuS*, 2001.

MICHAEL, Lothar, «*Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit*», *JuS*, 9, 2001.

MICHELET, Geneviève, «*L'incidence de la conception du contrat sur les contours des principes généraux contractuels*», en BESSON, Samantha y LEVRAT, Nicolás (dirs.), *Principles in European Law*, París, L.G.D.J.-Schulthess, 2011.

MIQUEL, JOAN, *Historia del derecho romano*, Barcelona, PPU, 1995.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «*Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho*», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997, I (*Vinculación del juez a la ley*).

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «*Artículo 10 bis*», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio y DíEZ-PICAZO, Luis (dirs.); ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús (coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación*, Madrid, Civitas, 2002.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «*Algunos aspectos del control de contenido de las condiciones generales de la contratación en la ley española de 1998*», en *Estudios de derecho civil, Obligaciones y contratos, Libro homenaje a Fernando Hinestrosa*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge, «Comentario. Artículo 6º, Reglas de interpretación», en ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio y MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge (coords.), *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Tecnos, 1999.

MOLFESSIS, Nicolás, «Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat», en *Existe-t-il un principe de proportionnalité en Droit privé?*, Colloque du 20 mars 1998, PA, 30 septembre 1998, núm. 117, anné 387.

MOLFESSIS, Nicolás, «Le principe de proportionnalité en droit des garanties», *Revue Banque & Droit*, París, num. 71, 2000.

MOURALIS, Jean, voz «Imprévision», en *Encyclopédie Dalloz*, VI, París, 1989.

MOLITOR, Erich, *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Karlsruhe, Müller, 1949.

MOLITOR, Erich y SCHLOSSER, Hans, *Perfiles de la nueva historia del derecho privado* (Angel MARTÍNEZ SARRIÓN, trad.), Barcelona, Bosch, 1980.

MOLITOR, Erich y SCHLOSSER, Hans, *Perfiles de la nueva historia del derecho privado* (Angel MARTÍNEZ SARRIÓN, trad.), Santiago de Chile, Olejnik, 2020.

MOMMSEN, Theodor, *Römisches Staatsrecht (Roman Constitutional Law)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

MORALES MORENO, Manuel Antonio, «Artículo 11 b», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio y DIEZ-PICAZO, Luis (dirs.); ALFARO AGUILA-REAL, Jesús (coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 2002.

MOWBRAY, Alastair, *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Londres, Hart Publishing, 2004.

MUÑIZ ARGÜELLES, Luis, *Las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual*, Bogotá, Temis, 2006.

MUÑOZ LAVERDE, Sergio, «Equilibrio financiero en los contratos privados, Concepto, formas de ruptura y mecanismos de reparación», en CASTRO DE CIFUENTES, Marcela (coord.), *Modernización de las obligaciones y los contratos*, Bogotá, Temis, 2015.

MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.), *Libro de estilo de la Justicia*, Bogotá, Real Academia Española/Espasa/Concejo General del Poder Judicial, Bogotá, Planeta, 2018.

MÜLLER, Friedrich, *Juristische Methodik*, Berlín, Duncker und Humblot, 1989.

MÜLLER, Friedrich, «*Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas*», REDC, 27, 1989.

MÜLLER, Friedrich, «*Verfassungskonkretisierung*», en CHRISTENSEN, Ralph (ed.), *Methodik, Theorie, Linguistik des Rechts: neue Aufsätze (1995-1997)*, Berlín, Duncker und Humblot, 1997.

NATOLI, Ugo, *Il diritto soggettivo*, Milán, Giuffrè, 1943.

NATOLI, Roberto, *L'abuso di dipendenza economica, Il contratto e il mercato*, Nápoles, Jovene, 2004.

NAVARRO CHINCHILLA, José, *Condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas: condiciones generales y cláusulas abusivas en la contratación bancaria*, Valladolid, Lex Nova, 2000.

NAVIA ARROYO, Felipe, «*Prólogo*», en ALARCÓN ROJAS, Fernando, *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

NIPERDDEY, Hans Carl, «*Grundrechte und Privatrecht*», en *Festschrift für E. Molitor*, Múnich/Berlín, Scherpe, 1962, p. 17 ss; publicado también en FEMIA, Pasquale (dir.), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati, Un percorso nella dottrina tedesca*, Nápoles, ESI, 2018.

NEUMANN, Ulfrid, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986.

NIETO CAROL, Ubaldo (dir.), *Condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, Lex Nova, 2000.

NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1983.

NIVARRA, Luca, «*Ragionevolezza e diritto privato*», en AA. VV., *Ars interpretandi, Annuario di ermeneutica giuridica*, VII, *Ragionevolezza e interpretazione*, Padua, 2002.

DE NOVA GIORGIO, «*Criteri generali di determinazione dell'abusività di clausole ed elenco di clausole abusive*», en *Contratti*, 1994.

NUTI, Giuseppe, *La simulazione del contratto nel sistema del diritto civile*, Milán, Giuffrè, 1986.

NUZZO, Mario, «*Condizioni generali di contratto*», en IRTI, Natalino (ed.), *Dizionario del diritto privato*, Milán, Giuffrè, 1980.

OCCELLI, Federico, «*L'abuso di dipendenza economica come clausole generale?*», *Giurisprudenza italiana*, 2015.

OERTMANN, Paul, *Die Geschäftsgrundlage: ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, Schulz, 1921.

OLIVER, Dawn y FEDTKE, Jörg (eds.), *Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study*, London, Routledge/Cavendish, 2007.

OLIVER-LALANA, Daniel, «*El control del proceso de justificación legislativa y la teoría de los principios formales*», en Jorge PORTOCARRERO (ed.), *Ponderación y discrecionalidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier y MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María, *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus, Tratamiento doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, Civitas, 2013.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, *Régimen general de las obligaciones*, Bogotá, Temis, 2008.

OSTI, Giuseppe, «*Clausola 'rebus sic stantibus'*», en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. III, Turín, 1959.

OVIEDO ALBÁN, Jorge, *La garantía por vicios ocultos en la compraventa*, Bogotá, Temis, 2015.

PAGADOR LÓPEZ, Javier, *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid/Bacelona, Marcial Pons, 1998.

PAGADOR LÓPEZ, Javier, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 1998.

PAGLIANTINI, Stefano, «*L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*», en VETTORI, Giuseppe (dir.), *Squilibro e usura nei contratti*, Padua, Cedam, 2002.

PAGLIANTINI, Stefano, «*Principio di effettività e clausole generali: il canone "armonizante" della Corte di Giustizia (in particolare nei rapporti B2C)*», en MAZZAMUTO, Salvatore y NIVARRA, Luca (dirs.), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Turín, Giappichelli, 2017.

PAISANT, Gilles, «*La lutte contre les clauses abusives des contrats dans l'Union européenne*», en *Vers un code européen de la consommation*, Bruselas, Bruylant, 1998.

PANUCCIO, Vincenzo, «*Applicazioni giurisprudenziale degli standards valutativi*», *Giurisprudenza civile*, 2000, II.

PAPIER, Hans-Jürgen, «*Kommentar Grundgesetz Art. 14*», en MAUNZ, Theodor y DÜRIG, Günther (dirs.), *Grundgesetz*, Múnich, C.H. Beck, 2021.

PARDO GATO, José Ricardo, *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (análisis legislativo y jurisprudencial)*, Madrid, Dijusa, 2004.

PARRA LUCÁN, María Ángeles, «*Riesgo imprevisible y modificación de los contratos*», *Revista Práctica de Derecho*, 177, 2015.

PASTORE, Baldassare, *I principi ritrovati, Saggio su Ronald Dworkin*, Palermo, 1985.

PATTARO, Enrico, «*Aspetti etici nel concetto di standard giuridico*», en MODUGNO, Franco, *Esperienze giuridiche del '900*, Milán, Giuffrè, 2000.

PATTI, Salvatore, «*I contratti in generale*», en RESCIGNO, Pietro y GABRIELLI, Enrico (dirs.), *Trattato dei contratti*, Turín, Utet, 2006.

PATTI, Salvatore, «*La ragionevolezza nel diritto civile*», *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2012 (ahora también en el volumen *ID, Ragionevolezza e clausole generali*, Milán, 2013).

PATTI, Salvatore, *La ragionevolezza e clausole generali*, Milán, Giuffrè, 2013.

PATTI, Salvatore, «*Clausole generali e discrezionalità del giudice*», en RESCIGNO, Pietro y Patti, Salvatore (dirs.), *La genesi della sentenza*, Bolonia, Il Mulino, 2016.

PATTI, Salvatore, «*Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*», en RESCIGNO, Pietro y PATTI, Salvatore (dirs.), *La genesi della sentenza*, Bolonia, Il Mulino, 2016.

PATTI, Salvatore, «*Dall'accertamento del fatto all'individuazioni della norme*», en RESCIGNO, Pietro y PATTI, Salvatore (dirs.), *La genesi della sentenza*, Bolonia, Il Mulino, 2016.

PAWLOWSKI, Hans Martin, *Methodenlehre für Juristen*, Heidelberg, C.F. Müller, 1991.

PAYET, Marie-Stéphane, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, París, Dalloz, 2001.

PECZENIK, Alexander, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Viena y Nueva York, Springer, 1983.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto y ORTEGA BENITO, Victoria, “*El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del TC y literatura especializada alemanas*”, Poder Judicial, 17, 1990.

PEDRINI, Federico, *Le “clausole generali”, Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, Bononia University Press, 2013.

PEDRINI, Federico, “*Clausole generali, Una (prima) mappa concettuale*”, Forum di quaderni costituzionale, Milán, 2009.

PÉGLION-SIKA, Claire-Marie, *La notion de clause abusive, Étude de droit de la consommation*, París, LGDJ, 2018.

PEGLION-SIKA, Claire-Marie, *La notion de clause abusive: au sens de l’article L. 132-1 du Code de la consommation*, París, Université Panthéon-Assas, Universidad de París, 2013.

PEÑA LÓPEZ, Fernando, «*Artículo 10. Irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario. Comentario*», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Pamplona, Aranzadi, 2009.

PENSKI, Ulrich, “*Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln*”, JZ, 1989.

PERELMAN, Chaim, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, París, Jurisprudence Generale Dalloz, 1976.

PERELMAN, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica* (Luis Díez-PICAZO, trad.), Madrid, Civitas, 1979.

PERELMAN, Chaim y VENDER ELST, Raymond (dirs.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruselas, Bruylant, 1984.

PERELMAN, Chaim y VAN DER ELST, Raymond (eds.), *Les notions à contenu variable en droit*, Revue Internationale de Droit Comparé, 1985.

PERELMAN, Chaim y OLBRECHTS-TYTECA, Lucy, *La nueva retórica, Tratado de la argumentación* (Julia SEVILLA, trad.), Madrid, Gredos, 1989.

PERELMAN, Chaim, *El imperio retórico, Retórica y argumentación* (Adolfo León GÓMEZ GIRALDO, trad.), Bogotá, Norma, 1997.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, José Luis (dir.) y PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, Francisco Javier (coord.), *Derecho privado, responsabilidad y consumo*, Cizur Menor, Aranzadi-Aranzadi-Thomson Reuters, 2018.

PERFETTI, Ubaldo, *L'ingiustizia del contratto*, Milán, Giuffrè, 2005.

PEROT MOREL, Marie-Angèle, *De l'équilibre de prestations dans la conclusion du contrat*, París, Dalloz, 1961.

PERLINGIERI, Giovanni y CARAPEZZA FIGLIA, Gabriele, *L'«interpretazione secondo costituzione» nella giurisprudenza*, Nápoles, Esi, 2012.

PERLINGIERI, Giovanni, *Aspectos aplicativos de la razonabilidad en derecho civil (Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civil*, Nápoles, Esi, 2015, trad. española y prólogo de Agustín LUNA SERRANO), Madrid, Dickinson, 2015.

PERLINGIERI, Giovanni, “*Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente de la Corte costituzionale*”, *Rivista di diritto civile*, 3, 2018.

PERLINGIERI, Giovanni, «*Sul criterio della ragionevolezza*», en PERLINGIERI, Carolina y RUGGERI, Lucía (dirs.), *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Nápoles, Esi, 2016.

PERLINGIERI, Giovanni y FACHECHI, Alessia (dirs.), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporáneo*, Nápoles, Esi, 2017.

PERLINGIERI, Giovanni y D'AMBROGIO, Marcelo (dirs.), *Fonti, metodo e interpretazione (Primo incontro dell'Associazione di Dottorati in Diritto Privato), 10-11 novembre 2016*, Nápoles, Esi, 2017.

PERLINGIERI, Pietro, «*Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*», en FERRONI, Lanfranco, *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, Esi, 2002.

PERLINGIERI, Pietro, “*Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*”, *Rassegna di diritto civile*, RDC, 2001, ahora también en *Id.*, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato, Profili di diritto civile*, Nápoles, Esi, 2003.

PERLINGIERI, Pietro, «*Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*», en *Id.*, *Scuola, tendenze e metodi*, Nápoles, Esi, 1989.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «*La contratación en el ámbito de las relaciones con consumidores (Significación del contrato en las distintas ramas del ordenamiento)*», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Tratado de contratos*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «*Los contratos de adhesión*», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Tratado de contratos*, t. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «*Contratos de adhesión y contratos electrónicos*», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Tratado de contratos*, t. III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

PESENTI, Sophie, «*Le principe de proportionnalité en droit des sûretés*», *Petite affiches*, París, núm. 51, 2004.

PHILIPPE, Denis, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruselas, Bruylant, 1986.

PHILIPPE, Xavier, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Marsella, Economica/Puam, 1990.

PHILIPPE, Xavier, «*El principio de proporcionalidad en el derecho público francés*», *Cuadernos de Derecho Público*, Cdp, 5, 1998.

PICOD, Yves, «*Proportionnalité et cautionnement, Le mythe de Sisyphe*», en KRAUSZ, Catherine (coord.), *Etudes du droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, París, Dalloz, 2004.

PICOD, Yves y DAVO, Hélène, *Droit de la consommation*, París, Armand Colin, 2005.

PICHONNAZ, Pascal, «*Les principes en droit européen des contrats: De règles communes à une compréhension partagée*», en BESSON, Samantha y LEVRAT, Nicolas (dirs.), *Principles in European Law*, París, L.G.D.J./Schulthess, 2011.

PINTORE, Anna, *Norme e principi, Una critica a Dworkin*, Milán, 1982.

PINO, Augusto, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, Padua, Cedam, 1952.

PINO, Augusto, *La excesiva onerosidad de la prestación* (Federico DE MALLOL, trad. y notas), Barcelona, J.M. Bosch, 1959.

PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge, “*Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*”, Revista de Derecho Privado, 17, Universidad de los Andes, Bogotá, 1995.

PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge, «*Contratos con cláusulas predispuestas*», en CASTRO DE CIFUENTES, Marcela (dir.), *Derecho de las obligaciones*, Bogotá, Temis/Universidad de los Andes, 2010.

PLANUTIS, Dagmara, *Le déséquilibre contractuel dû au changement imprevisible des circonstances et ses remèdes, Étude de droit comparé: Espagne-Pologne-France*, París, Université Paris, 2013. Disponible en <http://idc.u-paris2.fr>.

PODLECH, Adalbert, *Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes*, Berlín, Duncker und Humblot, 1971.

PONZANELLI, Giulio, *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile: Studio di diritto comparato*, Giuffrè, Milán, 1984.

PORTALIS, Jean Étienne Marie, «*Discours préliminaire sur le project de Code civil*», en *Le Discours et Le Code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, París, Lexis-Nexis/Litec, 2004.

PORTOCARRERO, Jorge (ed.), *Ponderación y discrecionalidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

POILLOT, Élise, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, París, LGDJ, 2006.

POSTEMA, Gerald, “*Implicit Law*”, en *Law and Philosophy*, 13, 1994.

POTHIER, Robert, *Tratado de los contratos*, Bogotá, Ibáñez, 2020.

POUND, Roscoe, *The administrativ application of legal standard, Reports of American Bar Association*, t. XLIV, 1919.

DEL PRATO, Enrico, “*I principi nell’esperienza civilistica, una panoramica*”, *Rivista italiana di scienze giuridiche*, 2014.

PRITCHARD, J. B. (comp.), *Ancient Near Eastern Texts Relating to the Old Testament [Código de Hammurabi, LARA PEINADO, Federico (ed.), Introducción, traducción y comentarios, Madrid, Editora Nacional, 1982]*, New Jersey, Princeton, 1969.

PROSPERI, Francesco, *Il contratto de subfornitura e l'abuso di dipendenza economica, Profili ricostruttivi e sistematici*, Nápoles, Esi, 2002.

PUIG BRUTAU, José, *Introducción al derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1981.

PUIG BRUTAU, José, *Compendio de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1987.

RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del derecho* (MEDINA ECHAVARRÍA, José, trad.), Madrid, Editorial Revista de Derecho Pivado, 1933.

RADBRUCH, Gustav, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Stuttgart, Koehler, 1952.

RAISCH, Peter, *Juristische Methoden, Vom antiken Rom bis zur Gegenwart*, Heidelberg, C.F. Müller, 1995.

RAISER, Ludwig, *Das Recht der Geschäftsbedingungen*, Bad Homburg, Gentner, 1961.

RAKOFF, Todd, "Contracts of Adhesión: an Essay in Reconstruction", *Harvard Law Review*, HarvLawRev, 96, 1983.

RASSOW, Reinhard, "Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes", *Zeitschrift für Gesetzgebung*, ZG, 20, 2005.

RAZ, Joseph (ed.), *Practical Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 1978.

REALMONTE, Francesco, *Condizioni generali di contratto*, Milán, Giuffrè, 1975.

RECASENS SICHES, Luis, *Nueva filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1956.

REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. "Régimen de ineficacia de las condiciones generales de la contratación, Cláusulas no incorporadas y cláusulas abusivas: conceptos y tipología", *Aranzadi civil*, n° 3, mayo 1999.

REMMERT, Barbara, *Verfassungs-und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes*, Heidelberg, C.F. Müller, 1995.

REMY, Philippe, en *L'évolution contemporaine de droit des contrats*, *Journées René Savatier*, París, Puf, 1986.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, Bogotá, Legis, 2017.

RENGIFO GARDEAZÁBAL, Mauricio, *La formación del contrato*, Bogotá, Universidad de los Andes-Temis, 2016.

RESCIGNO, Pietro, *Manuale del diritto civile italiano*, Nápoles, Jovene, 1975.

RESCIGNO, Pietro y GABRIELLI, Enrico (dirs.), *Trattato dei contratti*, Turín, Utet, 2006.

RESCIGNO, Pietro (dir.), “*Le clausole generali nel diritto privato*”, *Giurisprudenza italiana*, 2011.

REY MARTÍNEZ, Fernando, *La propiedad privada en la Constitución española*, Madrid, Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Constitucionales, CEC, 1994.

REYES LÓPEZ, María José, *Derecho privado de consumo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005.

REZZONICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predispuestas*, Buenos Aires, Astrea, 1987.

REZZONICO, Juan Carlos, «*Cláusulas abusivas en condiciones contractuales generales: panorama y soluciones*», en ANAYA, J.L. y ALEGRÍA, H. (dirs.); CHOMER, H.O. y SICOLI, J. (coords.), *Derecho comercial, contratos comerciales (parte general y especial), Doctrinas esenciales 1936-2009*, t. II. Buenos Aires, La Ley, 2009.

RIALS, Stephane, *Le juge administratif français et la technique du standard, Essai sur le traitement juridictionnel de l’idée de normalité*, París, LGDJ, t. 135, 1980.

RIAÑO SAAD, Anabel, “*La proporcionalidad y la protección del fiador en el derecho francés*”, *Revista de Derecho Privado*, 22, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

RIEG, Alfred, «*La lutte contre les clauses abusives des contrats (Esquisse comparative des solutions allemande française)*», en AA. VV., *Études offertes à René Rodière*, París, Dalloz, 1981.

RIESENHUBER, Karl (ed.), *Europäische Methodenlehre: Handbuch für Ausbildung und Praxis*, Berlín/Múnich/Boston, Walter de Gruyter, 2015.

RIPERT, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, París, LGDJ, 2013 (reimp. de la edición de 1949).

RIVERS, Julian, «*A Theory of Constitutional Rights and the British Constitution (Traslator’s Introduction)*», en ALEXY, Robert, *Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

RIVERS, Julian, “*Proportionality and Variable Intensity of Review*”, *Cambridge Law Journal*, 65, 2006.

RIZZO, Nicola, “*Principi costituzionali e diritto dei contratti, Note minime sull’uso dei principi costituzionali nel diritto dei contratti, rilegendo Dworkin e Hart*”, *Rivista di diritto civile*, v. 65, n° 4, 2019.

RIZZO, Vito, «*Principios, cláusulas generales, proporcionalidad, razonabilidad y contrato*», en PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, José Luis (dir.) y PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, Francisco Javier (coord.), *Derecho privado, responsabilidad y consumo*, Cizur Menor, Aranzadi-Aranzadi-Thomson Reuters, 2018.

RODOTÀ, Stefano, “*Il tempo de la clausole generali*”, *Rivista critica de diritto privato*, 1987.

RODOTÀ, Stefano, «*Le clausole generali*», en ALPA, Guido y BESONE, Mario (dirs.), *contratti in generale*, Turín, Utet, 1991.

RODRÍGUEZ CALERO, Juan Manuel, *Principios del derecho y razonamiento jurídico*, Madrid, Dikinson, 2004.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

RODRÍGUEZ OLMOS, Javier, “*La interpretación de los contratos con el consumidor: elementos para la contextualización de la problemática (Primera parte)*”, *Revista de Derecho Privado*, 24, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

RODRÍGUEZ YONG, Camilo, *Una aproximación a las cláusulas abusivas*, Bogotá, Legis, 2013.

RODRÍGUEZ YONG, Camilo, “*The doctrines of unconscionability and abusive clauses, a common point between civil and common law legal traditions*”, Oxford, Oxford University Comparative Law Forum, 2017.

RÖHL, Klaus Friedrich, *Allgemeine Rechtslehre*, Múnich, Vahlen, 2008.

ROPPO, Vincenzo, *Contratti standard*, Milán, Giuffrè, 1975.

ROPPO, Vincenzo, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, Monduzzi, 2001.

ROPPO, Vincenzo (a cura di), *Trattato del contratto*, Milán, Giuffrè, 2006.

ROPPO, Vincenzo, “*Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo*”, *Revista de Derecho Privado*, 20, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

ROSENKRANTZ, Carlos Fernando, "A Compensatory Conception of Corrective Justice Revisited", *Diritto e Questioni Pubbliche*, Palermo, Università degli Studi di Palermo, v. 12, 2012.

ROSS, Alf, *Directives and norms*, Londres, The Lawbook Exchange, 2009.

ROUBIER, Paul, *Droits subjectifs et situations juridiques*, París, Dalloz, 2005 (reimp. de la edición de 1963).

ROTHEL, Anne, *Normkonkretisierung in Privatrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2004.

ROTHEL, Anne, «Die Konkretisierung von Generalklausen», en REISENHUBER, Karl, (dir.), *Europäische Methodenlehre*, Berlín, De Gruyter, 2015.

ROTHEL, Anne y MÖSLEIN, Florian, «Concretisation of General Clauses», en REISENHUBER, Karl (dir.), *European Legal Methodology*, Cambridge, Intersentia, 2017.

ROUHETTE, Georges, «Droit de la consommation et théorie générale du contrat», en *Études offertes à René Rodière*, París, Dalloz, 1981.

ROVELLI, Luigi, «Principi, clauseole generali, concetti indeterminati nell'applicazione giurisprudenziale», en D'AMICO, Giovanni (dir.), *Principi e clauseole generali nell'evoluzioni del ordinamento giuridico*, Milán, Giuffrè, 2017.

RUBIO LLORENTE, Francisco, «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», en *Id.*, *La forma del poder, Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, CEC, 1997.

RUIZ MUÑOZ, Miguel, *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Valladolid, Lex Nova, 1993.

RÜTHERS, Bernd, *Allgemeiner Teil des BGB*, C.H. Beck, Múnich, 2017.

RÜTHERS, Bernd, *Teoría general del derecho (Rechtstheorie, Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, Múnich, C.H. Beck, 1999, Minor SALAS, trad.), Bogotá, Temis, 2018.

RZEPECKI, Nathalie, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Marsella, Puam, 2002.

SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio, *Il contratto*, Milán, Utet, 2016.

SAJÓ, Andras y UITZ, Renata (eds.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, La Haya, Eleven International Publishing, 2005.

SANTORO-PASARELLI, Francesco, *Dottrine generali del diritto civile*, Nápoles, Jovene, 1964.

SCALI, Marianna, “*Eccessiva onerosità sopravvenuta del mutuo e tutela del consumatore*”, *Cultura e diritto*, año VI, 2/3, 2017.

ROSS, Alf, *Directives and Norms*, Nueva York, Humanities Press, 1967 (reprinted by The Lawbook Exchange, 2009).

SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976.

SALAZAR, Diego, “*Asimetrías de información y análisis económico de los contratos de adhesión: Una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual*”, *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, Universidad de los Andes, 37, 2006, p. 3-56.
SALEILLES, Raymond, *De la déclaration de volonté: Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (Art. 116 à 144)*, París, Pichon, 1901.

SALGADO RAMÍREZ, Catalina, «*Consideraciones sobre el deber precontractual de información y su particularidad en la relación de consumo*», VALDERRAMA ROJAS, Carmen Ligia (dir.), *Perspectivas del derecho del consumo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

SANDULLI, Aldo, “*Eccesso di potere e controllo di proporzionalità, Profili comparati*”, *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 2, 1995.

SANTOS BRIZ, Jaime, *La contratación privada, Sus problemas en el tráfico moderno*, Madrid, Montecorvo, 1966.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Dottrine generali del diritto civile*, Nápoles, Jovene, 2012.

SANTOS MORÓN, María José, *La forma de los contratos en el Código Civil*, Madrid, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, BOE, 1996.

SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, París, LGDJ, 2000.

SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha, “*Clauses abusives dans les contrats de consommation: critères de l'abus*”, *Contrats, Concurrence, Consommation*, 6, París, Lexis-Nexis, 2008.

SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha, *Traité de Droit civil, Les contrats de consommation, Règles communes*, París, LGDJ, 2012.

SCAGLIONE, Francesco, *“Abuso di potere contrattuale e dipendenza economica”*, Giurisprudenza italiana, 2010.

SCHIOPPA, Antonio Padoa, *Storia del diritto in Europa: Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 2007.

SCOGNAMIGLIO, Claudio, *Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata*, PELLEGRINI, Lorenzo (dir.), *Studi in memoria di Giovanni Gabrielli*, v. II, Nápoles, Esi, 2018.

SEARLE, John, *«Prima facie obligations»*, en RAZ, Joseph (ed.), *Practical Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 1978.

SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *Cláusulas abusivas en la contratación: en especial, la cláusulas limitativas de responsabilidad*, Pamplona, Aranzadi, 2002.

SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *«Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores»*, en REYES LÓPEZ, María José, *Derecho Privado de consumo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005.

SCHMIDT, Martin, *Konkretisierung von Generalklausen im europäischen Privatrecht*, Berlín, De Gruyter, 2009.

SCHMIDT, Martin, *Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht (Concretization of General Clauses in European Private Law)*, Berlín, Walter de Gruyter, 2009.

SCHMIDT-SALZER, Joachim, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, Múnich, Beck, 1971.

SCHREIER, Fritz, *Concepto y formas fundamentales del derecho* (Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, trad.), Buenos Aires, Losada, 1942.

SCODITTI, Enrico, *«Concretizzare ideali di norma, Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis»*, en D'AMICO, Giovanni (dir.), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milán, Giuffrè, 2017.

SCODITTI, Enrico, *«Interpretazione e clausole generali»*, en DALFINO, Domenico, *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, Roma Tre Press, 2016.

SIECKMANN, Jan-Reinard, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990.

SIECKMANN, Jan-Reinard, «Zur Abwägungsfähigkeit von Prinzipien», en KOCH, Hans-Joachim y NEUMANN, Ulfried (eds.), *Praktische Vernunft und Rechtsanwendung*, ARSP, Beiheft 53, 1994.

SIECKMANN, Jan-Reinard, «Zur Begründung von Abwägungsurteilen», RTh, 26, 1995.

SIECKMANN, Jan-Reinard, «Abwägung von Rechten», ARSP, 81, 1995.

SIECKMANN, Jan-Reinard, «Richtigkeit und Objektivität im Prinzipienmodell», ARSP, 83, 1995.

SIECKMANN, Jan-Reinard, «Zum Verhältnis von Werten und Normen», en NIDA-RÜMELIN, Julian (edit.), *Rationalität, Realismus, Revision, Vorträge des 3. Internationalen Kongresses der Gesellschaft für Analytische Philosophie vom 15. Bis zum 18. September 1997 in München*, Berlin/Nueva York, De Gruyter, 1999.

SIECKMANN, Jan-Reinard, *Die Prinzipientheorie der Grundrechte, Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden, Nomos, 2007.

SIECKMANN, Jan-Reinard, «Principios formales» (Francisco CAMPOS ZAMORA, trad.), en Jorge PORTOCARRERO (ed.), *Ponderación y discrecionalidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

VON SAVIGNY, Friedrich Karl, *Sistema de Derecho Romano Actual* (traducción francesa del alemán por GUENOUX, M. Ch., y versión castellana de MESÍA, Jacinto y POLEY, Manuel), Granada, Comares, 2005.

SCHEFER, Markus, *Konkretisierung von Grundrechten durch den U.S. Supreme Court, Zur sprachlichen, historischen und demokratischen Argumentation im Verfassungsrecht*, Berlin, Duncker und Humblot, 1997.

SCHLINK, Bernhard, «Proportionality», en ROSENFELD, Michel y SAJÓ, András (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012.

SCHULZ, Fritz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, Clarendon Press, 1967.

SCHULZ, Fritz, *Principles of Roman Law*, Oxford, Clarendon Press, 1956.

SCHULER, Alois, *Über Grund und Grenzen der Geltung von Geschäftsbedingungen*, Berna, 1978.

SCHIAVELLO, Aldo, «Riflessioni sulla distinzione rules/principles nell'opera di Ronald Dworkin», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1995.

SCODITTI, Enrico, «Concretizzare ideali di norma, Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis», *Giustizia Civile*, 4, 2015.

SCOGNAMIGLIO, Claudio, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padua, Cedam, 1992.

SCOGNAMIGLIO, Renato, «*Negoziio giuridico e autonomia privata*», en *Id.*, *Scritti giuridici*, t. I, Padua, Cedam, 1996.

SCOGNAMIGLIO, Renato, *Teoría general del contrato* (Fernando HINESTROSA, trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

SLAWSON, W. David, «*Standard Form Contracts and Democratic Control of Power*», *Harvard Law Review*, vol. 84, 3, 1971.

SMEND, Rudolf, «*Verfassung und Verfassungsrecht*» (*Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985), en *Id.*, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlín, Duncker und Humblott, 2010.

SMITS, Jan, «*On the Role of Principles in European Private Law*», en BESSON, Samantha y LEVRAT, Nicolas (dirs.), *Principles in European Law*, París, L.G.D.J/Schulthess, 2011.

SNYDER, David, «*Private Lawmaking*», *Ohio State Law Journal*, vol. 64, 2003.

SOHM, Rudolf, *Instituciones de derecho privado romano, Historia y sistema* (Wenceslao ROCES, trad.), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1936.

SPOTA, Alberto, *Tratado de derecho civil*, t. I, vol. 2. (*Relatividad y abuso de los derechos*), Buenos Aires, Depalma, 1947.

STERN, Klaus, *Derecho de la República Federal de Alemania*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel, *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección del consumidor*, Buenos Aires, Depalma, 1985.

STIGLITZ, Rubén, *Las cláusulas abusivas en el contrato de seguro*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

STIGLITZ, Rubén, «*Contratos de consumo y cláusulas abusivas*», *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, 4, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

STIGLITZ, Rubén, *Derecho de seguros*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.

STOFFEL-MUNCK, Phillippe, *L'abuse dans le contrat, Essai d'une théorie*, París, LGDJ, 2000.

STOFFEL-MUNCK, Phillippe, “*La autonomía del derecho contractual del consumo: de una lógica civilista a una lógica de regulación*”, *Revista de Derecho Privado*, 25, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

STOLFI, Emanuele, *Bonae fidei interpretatio, Ricerche sull'interpretazione di buona fide fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Jovene, Nápoles, 2004.

STOLFI, Giuseppe, *Teoría del negozio giuridico*, Padua, Cedam, 1962.

STOLFI, Giuseppe, «*Appunti sui contratti di durata*», en *Studi in memoria di B. Scorta*, Roma, 1940.

STOLLEIS, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* (trad. francesa de Michel SENELLART (correspondiente al tomo I de la edición alemana de 1990, *Histoire du droit public en Allemagne, Droit public impérial et science de la pólíce, 1600-1800*, París, PUF, 1998), Múnich, Beck, 1992.

STÜCK, Hege, *Subsumtion und Abwägung*, ARSP, 84, 1998.

STÜRNER, Michael, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2010.

SUÁREZ FRANCO, Roberto, *Introducción al derecho civil*, Bogotá, Temis, 2008.

SUESCÚN DE ROA, Felipe, “*Control judicial de las cláusulas abusivas en Colombia: una nueva causal de nulidad*”, *Revista de Derecho Privado*, 41, Bogotá, Universidad de los Andes, 2009.

SULLIVAN, Kathleen, “*Foreward: The Justice of Rules and Standars*”, 106, *Harvard Law Review*, 106, Issue 1, 1992.

SUMMERS, Robert, «*The conceptualisation of good faith in American contract law: a general account*», en ZIMMERMANN, Reinhard/WHITTAKER, Simon (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

TALAMANCA, Mario, “*La buona fides nei giuristi romani: ‘Leerformeln’ e valori dell’ordinamento*”, en «*Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti convegno in onore di A. Burdese*», IV, Padua, 2003.

TARUFFO, Michele, “*La giustificazione delle decisioni fundate su standars*”, *Materiali per una storia de la cultura giuridica*, Anno XIX-1, 1989 (giugno), también en COMANDUCCI, Paolo y GUASTINI, Riccardo, *L’analisi del ragionamento giuridico, Materiali ad uso degli studenti*, t. II., Turín, Giappichelli, 1989.

TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos* (Jordi FERRER BELTRÁN, trad), Madrid, Trotta, 2011.

TARUFFO, Michele, *La motivación de la sentencia civil* (Lorenzo CÓRDOVA VIANELLO, trad), Madrid, Trotta, 2006.

TASSONE, Bruno, “*Unconscionability*” e abuso di dipendenza económica”, *Rivista di diritto privato*, 2001, vol. 6, fasc. 3.

TERRANOVA, Carlo Giuseppe, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, Milán, 1995.

TERRAZA MARTORELL, José, *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución, Teoría de la cláusula rebus sic stantibus*, Barcelona, Bosch, 1951.

THON, August, *Norma jurídica e diritto soggettivo: indagini di teoría generale del diritto (Rechtsnorm und subjektives Recht: Untersuchungen Zur Allgemeinen Rechtslehre*, Aalen, Scientia Verlag, 1964, Alessandro LEVI, trad. italiana), Padua, Cedam, 1967.

VON THUR, Andreas, *Derecho civil. Teoría general del derecho civil (Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Tito RAVÁ, trad.), Madrid, Marcial Pons, 2005.

VON THUR, Andreas, *Tratado de las obligaciones* (Wenceslao ROCES, trad.), Granada, Comares, 2007.

TREITEL, Guenter Heinz, *Frustration and force majeure*, Londres, 1994.

TREITEL, Guenter Heinz, *Remedies for breach of contract*, Oxford, 1998.

TROIANO, Stefano, *Ragionevolezza (diritto privato)*, en *Enc. Dir.*, Annali, VI, Milán, 2013.

TZEMOS, Vasileio, *Das Untermaßverbot*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2004.

UBERTAZZI, Giovanni, «*Le principe de proportionnalité en droit italien*», en KUTSCHER, Hans (ed.), *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäische Rechtordnungen*, Heidelberg, 1985.

ULMER, Peter, «*La protección contra cláusulas contractuales abusivas preformuladas unilateralmente, La armonización del derecho europeo y las experiencias alemana con la ley sobre CGC de 1976*» (Santiago WALTRAUD BALL, trad.), en WALTRAUD BALL, Santiago, *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

URIBE HOLGUÍN, Ricardo, *Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos*, Bogotá, Temis, 1970.

VALBUENA QUIÑONES, Gustavo, «*Reflexiones sobre el tratamiento de las cláusulas abusivas en Colombia*», en VALDERRAMA ROJAS, Carmen Ligia (ed.), *Perspectivas del Derecho del consumo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

VALDERRAMA ROJAS, Carmen Ligia (ed.), *Perspectivas del Derecho del consumo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Buenos Aires, Universidad, 1984.

VÁSQUEZ DE CASTRO, Eduardo, *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.

VÁSQUEZ, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 1998.

DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del derecho* (Clemente DE DIEGO, trad.), Barcelona, Bosch, 1991.

VELLUZI, Vito, «*Osservazioni sulla semántica delle clausole generali*», *Etica & Politica / Ethics & Politics*, VIII, 2006.

VELLUZZI, Vito, *Le Clausole generali, Semantica e politica del diritto*, Milán, Giuffrè, 2010.

VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia* (DÍEZ-PICAZO, Luis, trad.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, prólogo), Madrid, Civitas, 2016.

VILLEGAS, Laurent, *Les clauses abusives dans le contrat d'assurance*, Marsella, Université Aix en Provence, 1998.

VIOLA, Francesco y ZACCARIA, Giuseppe, *Diritto e interpretazione, Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

WATSON, Alan, «*The Evolution of Law: The Roman System of Contracts*», en *Law and History Review*, II, 1984.

WEBER, Wilhelm, *Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Eine Rechtliche Gesamtdarstellung*, en *Staudingers Kommentar zum BGB*, 11. Aufl., Band II, Teil 1^a, Berlín, Beck, 1967.

WEBBER, Grégoire, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

WEINBERGER, Otta, *Norm und Institution, Eine Einführung in die Theorie des Rechts*, Viena, Manz Verlag, 1988.

WEINRIB, Ernest, "Corrective Justice", *Iowa Law Review*, volume 77, number 2, January 1992.

WESENBERG, Gerhard y WESENER, Günter, *Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa* (José Javier DE LOS MOZOS TOUYA, trad.), Valladolid, Lex Nova, 1998.

WIEACKER, Franz, *Privatrechts-geschichte der Neuzeit, Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Gotinga, Vandenhoeck und Ruprecht, 1952.

WIEACKER, Franz, *Historia del derecho privado de la edad moderna* (Francisco FERNÁNDEZ JARDÓN, trad.), Madrid, Aguilar, 1957.

WIEACKER, Franz, "Zum Ursprung der bonae fidei iudicia", *ZSS*, LXXX, 1963.

WIEACKER, Franz, *El principio general de buena fe* (José Luis CARRÓ, trad.), Madrid, Civitas, 1977.

WIEACKER, Franz, «Geschichtliche Wurzeln des Prinzips de verhältnismässigen Rechtsanwendung», en LUTTER, Marcus/STIMPEL, Walter/WIEDEMANN, Herbert (eds.), *Festschrift für Robert Fischer*, Berlín/Nueva York, Walter de Gruyter, 1979.

WIEACKER, Franz, *A History of Private Law in Europe* (Tony WEIR, trad; Reinhard ZIMMERMANN, prólogo), Oxford, Clarendon Press, 1996.

WIESNER MORALES, Luis Roberto, "Sociedad de masas, derecho privado y contratación estándar", *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, Bogotá, Universidad de los Andes, 1986.

WINDSCHEID, Bernhard Joseph Hubert, *Tratado de derecho civil alemán (Lehrbuch des Pandektenrecht*, I, Frankfurt, 1900, Fernando HINESTROSA, trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1976 (reimp. 1987).

WHITTAKER, Simon y ZIMMERMANN, Reinhard, «Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape», en ZIMMERMANN, Reinhard/WHITTAKER, Simon (edits.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, “*Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*”, *Rechtstheorie*, 5, 1974.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, “*Les standards juridiques: problèmes théoriques de la législation et de l’application du droit*”, *Droit prospectif, Revue de la recherche juridique*, 3, 1988.

XYNOPOULOS, Georges, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, LGDJ, 1995.

YI, Zoonil, *Das Gebot der Verhältnismäßigkeit in der grundrechtlichen Argumentation*, Frankfurt am Main, 1998.

ZACCARIA, Giuseppe, *Questioni di interpretazione*, Padua, Cedam, 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo, “*Diritto per valori, principi e regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*”, *Quaderni fiorentini*, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mite, Legge, diritto, giustizia (El derecho dúctil, Ley, derecho, justicia*, Marina GASCÓN ABELLÁN, trad., Madrid, Trotta, 2007), Turín, Einaudi, 1995.

ZENTNER, Diego, *Contrato de consumo*, Buenos Aires, La Ley, 2010.

ZORZETTO, Silvia, “*Reasonableness*”, *Italian Law Journal*, ItLJ, 2015.

ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1990.

ZIMMERMANN, Reinhard, *The New German Law of Obligations, Historical and Comparative Perspectives*, Oxford, Clarendon Press, 2006.

ZIMMERMANN, Reinhard, *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo, La tradición del derecho civil en la actualidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

ZIPELIUS, Reinhold, *Introduction to German Legal Methods* (Kirk W. JUNKER and P. Mathew ROY, translate from the Thend German edition of *Juristischen Methodenlehre*, C.H. Beck, München, 2006), Durham (North Carolina), Carolina Academic Press, 2008.

ZIPELIUS, Reinhold, *Juristische Methodenlehre*, München, C.H. Beck, 11 Aufl., 2012.

**FINIS OPERIS
LAVS DEO**