



Revista de
Derecho
Privado

**PROPORCIONALIDAD Y CLÁUSULAS ABUSIVAS. EL PRINCIPIO
DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO ESTRUCTURAL DE
CONCRECIÓN NORMATIVA DE LA PROHIBICIÓN GENERAL DE ABUSO**

JUAN FELIPE CRIADO-CASTILLA

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.57.2017.04>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Rev. derecho priv. No. 57

enero - junio de 2017. e-ISSN 1909-7794

Proporcionalidad y cláusulas abusivas. El principio de proporcionalidad como criterio estructural de concreción normativa de la prohibición general de abuso

Resumen

El presente artículo plantea la posibilidad de utilizar el principio de proporcionalidad como criterio metodológico estructural, que permita al juez organizar de modo racional la fundamentación de sus decisiones sobre la abusividad de las condiciones generales en los contratos de adhesión, en especial para determinar el contenido normativo de la prohibición general de abuso y los derechos y posiciones que tal norma garantiza en favor de los consumidores, frente a la libertad contractual del predisponente y su facultad para definir el contenido del contrato.

Palabras clave: cláusulas abusivas, contratos de adhesión, contratos de consumo, condiciones generales, juicio o test de abusividad, ponderación, principio de proporcionalidad, prohibición general de abuso.

Proportionality and unfair terms. The principle of proportionality as a structural criterion to the normative realization of the general prohibition of abuse.

Abstract

The present paper proposes the possibility to utilize the principle of proportionality as a methodological criterion that permit to judge to organize, in a rational manner, the grounding of his decisions upon the conditions general's unfairness in the adhesion contracts celebrated with consumers, prohibition of abuse'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.

Keywords: abusive clauses (unfair terms), adhesion contracts, balancing, consumer contracts, generals conditions, general prohibition of abuse, unfairness judgement (abusivity test), proportionality principle.

Proporcionalidad y cláusulas abusivas. El principio de proporcionalidad como criterio estructural de concreción normativa de la prohibición general de abuso*

JUAN FELIPE CRIADO-CASTILLA**

SUMARIO

Introducción – I. JUICIO DE ABUSIVIDAD – A. *Control material de abusividad* – B. *Disposición y norma de abusividad* – C. *Ámbito objetivo del control* – D. *Estructura de la fundamentación* – 1. *Fundamentación interna* – 2. *Fundamentación externa* – E. *Criterios metodológicos materiales y estructurales* – II. PROHIBICIÓN GENERAL DE ABUSO – A. *La validez prima facie de la prohibición general de abuso* – B. *La indeterminación normativa de la prohibición general de abuso* – C. *La estructura “principal” de la prohibición general de abuso* – D. *Derechos y posiciones del consumidor* – 1. *La estructura normativa de la posición jurídica del consumidor* – 2. *Derechos a acciones negativas del predisponente* – III. JUICIO DE ABUSIVIDAD Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD – A. *El principio de proporcionalidad como criterio metodológico estructural* – B. *Los presupuestos de aplicación de la prohibición general de abuso* – C. *La estructura del juicio de abusividad* – 1. *Desequilibrio del contrato (etapa declarativa)* – 2. *Desequilibrio contractual injustificado (etapa discursiva)* – 3. *Estructura del principio de proporcionalidad* – D. *Examen de idoneidad* – 1. *Fijación del fin perseguido por el predisponente* – 2. *Legitimidad del fin* – 3. *Idoneidad de la cláusula o condición* – 4. *Intensidad del examen de idoneidad* – E. *Examen de necesidad* – F. *Examen de proporcionalidad en sentido estricto* – 1. *El grado de afectación de los principios en colisión* – IV. CONCLUSIONES – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Criado-Castilla, J. F. (Junio, 2017). Proporcionalidad y cláusulas abusivas. El principio de proporcionalidad como criterio estructural de concreción normativa de la prohibición general de abuso. *Revista de Derecho Privado*, (57). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.57.2017.04>

** Abogado especialista en Derecho Contractual y Derecho Comercial del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Especialista y magíster en Derecho Privado Económico de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Civil, DEA y doctorando en Derecho Privado de la Universidad de Salamanca. Asesor IDPAC, Alcaldía Mayor de Bogotá. Correo jfcriado@usal.es.

Introducción

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 estos en el comercio y su notable importancia económica y social.

Tal 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 (Criado-Castilla, 2014, 2015, p. 4; Sauphanor-Brouillaud, 2012).

El art. 42 del Estatuto del Consumidor (EC) establece dos normas claramente identificables: por una parte, la prohibición general de abuso y, por la otra, el mandato de ponderación (*Abwägungsgebote*), o principio de proporcionalidad en sentido estricto.

De acuerdo con dicha disposición, “los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En caso de ser incluidas, serán ineficaces de pleno de derecho”. “Son cláusulas abusivas 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”.

Por otra parte, el mismo art. 42 EC establece que para definir “la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza”.

A la prohibición general 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 aquellos.

En términos generales, la estructura de la posición del consumidor corresponde a la de los derechos a algo.

En otros términos, frente al predisponente en los contratos de adhesión, los consumidores tienen el derecho a que aquel no incluya cláusulas o condiciones abusivas.

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.¹

1. El art. 42 EC corresponde a la “cláusula general de abusividad” del art. 82 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) de España, según el cual “se considerarán cláusulas 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 usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, que se deriven del contrato” (num. 1) ... “el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo

Ahora bien, la aplicación de la prohibición general de abuso requiere que el juez establezca, previa y cumulativamente, los siguientes presupuestos:

- (1) Que la cláusula o condición produzca, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en el contenido del contrato; y
- (2) Que, ponderadas las razones que juegan a favor o en contra de la abusividad de la cláusula o condición en examen, estas sean suficientes para justificar tal desequilibrio, pues solo las cláusulas o condiciones que produzcan un desequilibrio injustificado del contrato pueden ser consideradas abusivas.

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 Código de Comercio [C. Co.] y 4º Estatuto del Consumidor [EC]).

Según lo anterior, el principal problema metodológico que plantea la aplicación judicial de la prohibición general 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.

La tesis principal del presente artículo 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 general de abuso y los derechos y posiciones que esta norma garantiza a favor de los consumidores, así como fundamentar las decisiones que aquel deba adoptar en los procesos de control material de las condiciones generales de los contratos de consumo.

Como es obvio, 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 general 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 general

do 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 éste dependa” (num. 3). Ver: Bercovitz Rodríguez-Cano (2009), Díez-Picazo y Menéndez (2002), Llamas Pombo (2005).

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 (Larenz, 2001, pp. 200-203).

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 general de abuso (Alexy, 1997, p. 144).²

La base de la tesis propuesta es la consideración de la prohibición general de abuso como una norma con carácter de principio, entendido este como un *mandato de optimización* (*Optimierungsgebote*) que exige la máxima reali-

zación, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas, de los derechos y posiciones que tal prohibición garantiza a favor de los consumidores, así como su protección judicial (arts. 4º y 3º, 1.6 EC).

Las posibilidades fácticas de la prohibición general 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 general 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 consumidores, así como para definir los límites de la libertad contractual del predisponente y su facultad para configurar el contenido normativo del contrato (Alexy, 2007 b).³

-
2. La concreción de la prohibición general de abuso y los resultados de tal concreción, en particular las normas derivadas que pueden ser adscritas interpretativamente al art. 42 EC, serán reconocidos como actos correctos en la medida en que 1) ofrezcan razones o argumentos acertados como respaldo de la postura asumida por el juez (pretensión de validez), y 2) 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. Con este propósito, la dogmática y la metodología jurídica 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 general 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 juicio de abusividad (Bernal, 2003, p. 60).
 3. El juicio de abusividad, como concreción especial del principio *pro consumatore*, constituye un mecanismo judicial de control que modera el uso desproporcionado o abusivo, 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 este, han de ser apreciadas en cada caso concreto teniendo en cuenta, como señala el art. 42 EC, las condiciones particulares del contrato (Stoffel-Munck, 2000).

En otros términos, la abusividad de una cláusula o condición supone una colisión entre principios cuya aplicación separada conduciría a resultados contradictorios entre sí: por una parte, la prohibición general de abuso (P_1), 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 (P_2). Mientras P_1 prohíbe, *prima facie*, dicha imposición, P_2 , por el contrario, la autoriza o permite.

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 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 una *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.

Tal norma adscrita define lo que al predisponente está prohibido, permitido u ordenado según las circunstancias del caso concreto y expresa, según Alexy (2007b) 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.

De acuerdo con la llamada “ley de colisión” (*Kollisionensgesetz*), 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 (Alexy, 2007b).

Las circunstancias en que unas razones prevalecen sobre otras constituyen el supuesto de hecho de la norma 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.

I. JUICIO DE ABUSIVIDAD

A. Control material de abusividad

Las normas sobre abusividad contractual, principalmente la prohibición general de abuso, juegan un papel central en el control material de las condiciones generales de los contratos de consumo.

Tal control material exige que previamente se hayan surtido, por parte del predisponente, los requisitos formales de incorporación de las condiciones generales al contenido del contrato, en especial los relacionados con el deber de informar de manera suficiente al consumidor los efectos y alcances de tales condiciones (art. 37, 1 EC).

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 general 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.

Cuando el contrato subsista, el juez aclarará los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente (art. 44 EC).

B. Disposición y norma de abusividad

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, y sus efectos jurídicos.

De acuerdo con una concepción semántica, las normas de abusividad se definen como el conjunto de significados prescriptivos de las disposiciones legales de abusividad.

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.

La norma, en otros términos, es el contenido semántico o prescriptivo de un enunciado le-

gislativo, en este caso, de las disposiciones legales sobre abusividad contractual en las relaciones de consumo (Atienza y Ruiz, 1996).

C. Ámbito objetivo del control

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.

El art. 42 EC estatuye directamente la prohibición general de abuso que incorpora, como se ha dicho, un mandato de ponderación.

Ahora bien, la prohibición general 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.

En consecuencia, el juez se ve en la necesidad de concretar una norma más específica que se pueda fundamentar a partir de la prohibición general 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” (Alexy, 2007b; Bernal, 2003).⁴

Las normas individuales de abusividad, 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 (Kelsen, 2009, p. 254).

Tales normas son el resultado de la subsunción del caso concreto bajo el supuesto de he-

cho de la norma adscrita deducida interpretativamente en el proceso de concreción.⁵

D. Estructura de la fundamentación

1. Fundamentación interna

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:

- (1) Una premisa mayor (la norma legal de abusividad, que puede ser una norma directamente estatuida o una norma adscrita);
- (2) Una premisa menor, y
- (3) Una conclusión (Alexy, 2007a, pp. 214-223; Bernal, 2003, p. 92; Wróblewski, 1974, pp. 33-46).⁶

4. Sobre la expresión “norma adscrita” (Alexy), “norma de decisión” (Fr. Müller), “norma del caso” (Fikenscher) o “juicio concreto de deber ser jurídico” (Engisch), ver Alexy, 2007b, 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 este 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 sea de identidad, el juez deberá declarar la validez de la cláusula o condición en examen.

5. 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, 2003, p. 130).

6. 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

Premisa mayor: (1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$

Premisa menor: (2) Ta

Conclusión: (3) Ora (1), (2).

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 general de abuso), 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 está conformada por 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 norma legal que le ordena declarar la nulidad de la cláusula o condición abusiva

(a), en la medida en que esta 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:

1. 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 ($-q$), establecida por una norma legal de abusividad, el juez deberá declarar la nulidad de la cláusula o condición en examen (x); y
2. 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),

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 general de abuso y de las prohibiciones especiales contenidas en la lista de cláusulas abusivas, imponen a este 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 (Alexy, 2007; Bernal, 2003, p. 87).

que contradice el comportamiento ($\neg q$) previsto por la norma legal de abusividad (1).

El principal problema del control material de abusividad es establecer si, en un caso concreto, lo previsto en la cláusula o condición examinada (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.

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 (Bernal, 2003, p. 94).

2. Fundamentación externa

Lo que prescribe la norma de abusividad (1), así como el examen de la cláusula o condición

bajo control constituyen 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 (Alexy, 2007a; Bernal, 2003, p. 95).

Según lo propuesto en el presente artículo, el principio de proporcionalidad estructura de manera racional la fundamentación externa del juicio de abusividad, en especial el proceso de concreción normativa de la prohibición general de abuso y la 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.

E. Criterios metodológicos materiales y estructurales

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 general de abuso y la fundamentación de la norma adscrita a que da lugar, la efectúa el juez con la ayuda de varios criterios metodológicos, de carácter material o estructural.

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 objeto 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 sirven para definir cuándo una cláusula es o no abusiva.

En este sentido, son criterios materiales, utilizados corrientemente por los jueces, el principio de buena fe y las teorías sobre el equilibrio normativo del contrato.

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 estos, principios como la buena fe son normalmente insuficientes para fundamentar correctamente las normas adscritas que requiere la aplicación concreta de la prohibición general de abuso (Bernal, 2003, p. 97).⁷

La discusión ética actual, influenciada metodológicamente por la lógica moderna, la filosofía del lenguaje, la teoría de la argumentación, de la decisión y del conocimiento, han mostrado que ciertamente no es posible enunciar teorías morales materiales que den una única respuesta, con certeza intersubjetivamente concluyente, a cada pregunta moral, pero que sí es posible enunciar teorías morales

7. Al respecto véase la muy autorizada crítica de Wieacker (1977, pp. 29-41) 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.

procedimentales que formulan reglas o condiciones de la argumentación o de la decisión práctica racional. (Alexy, 2007b, p. 487).

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.

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 o en contra de la validez de la norma adscrita relevante.

Dentro de tales criterios estructurales sobresalen el principio de proporcionalidad y los conceptos de racionalidad y razonabilidad (Bernal, 2003, pp. 127-128).

II. PROHIBICIÓN GENERAL DE ABUSO

A. La validez *prima facie* de la prohibición general de abuso

La prohibición general de abuso no proscribire cualquier desequilibrio que se produzca en los contratos de adhesión celebrados con consumidores, sino aquellos desequilibrios que sean injustificados, es decir, carentes de

razones que de manera suficiente los justifiquen.

En otras palabras, la prohibición general de abuso no contiene 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.

En este sentido, la prohibición general 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.

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 general de abuso ostenta una validez *prima facie* (Bernal, 2014, pp. 814-823; Borowsky, 1988).

B. La indeterminación normativa de la prohibición general de abuso

La prohibición general de abuso se caracteriza por su elevado grado de indeterminación normativa.

Con independencia de su grado de abstracción y generalidad, y de la alusión que hace al “desequilibrio injustificado del contrato”, concepto de por sí bastante indeterminado, el texto del art. 42 EC solo permite deducir la prohibición general 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 solo de lo expresado en su texto sino de otras premisas que lo complementan en su interpretación.

Tal incertidumbre obedece a diferentes causas, entre las cuales sobresalen la indeterminación semántica en sentido estricto, la indeterminación sintáctica, la indeterminación estructural, la redundancia y la indeterminación pragmática.

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.

Una expresión es ambigua cuando se atribuyen a la expresión 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.

Por último, 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 (Bernal, 2003, pp. 100-103; Hart, 2009, pp. 155-169).

La expresión desequilibrio injustificado, empleada por el art. 42 EC para definir las cláusulas abusivas, presenta una indeterminación de este tipo.

C. La estructura “principal” de la prohibición general de abuso

Por la forma como ha de ser aplicada, la prohibición general de abuso es una norma con estructura de principio, entendido este 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 general 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 puede entrar en colisión, como puede ser la libertad contractual del predisponente y su facultad para definir el contenido del contrato (Perlingieri, 2002).

El carácter de principio de la prohibición general 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.⁸

Además de no prescribir de manera definitiva la conducta prohibida o permitida al predisponente, la prohibición general 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 general 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 general 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 (Borowsky, 1998).⁹

8. Las reglas son normas que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible y que solo 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. Una norma será una regla o un principio en función de la manera como 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 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. 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 (Alexy, 2007b; Bernal, 2003, p. 574).

9. 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, 1984). 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 estos. 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.

D. Derechos y posiciones del consumidor

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 a los productores y proveedores (**b**), a que estos no incluyan en sus contratos cláusulas abusivas.

En otros términos, **a** (consumidores) tienen frente a los productores y proveedores (predisponentes en los contratos de adhesión), el derecho a que estos no les incluyan en los contratos cláusulas o condiciones abusivas.

Si la anterior norma es válida, entonces **a** se encuentra frente al predisponente en una posición que consiste exactamente en que tiene el derecho a que no le sean incluidas en sus contratos cláusulas o condiciones abusivas.

Esta posición puede expresarse con el mismo enunciado mediante el cual se expone aquella norma individual.

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 tiene frente a **b** un derecho a G, entonces es válida la norma individual según la cual **a** tiene frente a **b** un derecho a G (Alexy, 2007b, p. 155).

1. La estructura normativa de la posición jurídica del consumidor

La estructura normativa 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 general 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 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 (Alexy, 2007b, p. 165).

2. Derechos a acciones negativas del predisponente

Los derechos del consumidor a acciones negativas del predisponente son de diferente tipo.

Al respecto puede verse la lista de supuestos vedados *prima facie* al predisponente en relación con los derechos y posiciones del consumidor, y que de manera ejemplificativa se establecen en las *listas negras* del derecho colombiano o español (Díez-Picazo, 2007, pp. 466-483).

El primero lo constituyen los derechos a que el predisponente no impida u obstaculice determinadas acciones del consumidor.

El segundo por los derechos a que el predisponente no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho.

El tercero, por los derechos a que el predisponente no elimine determinadas posiciones jurídicas 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.

Puede hablarse de la obstaculización de una acción de **a** por **b** cuando este crea situaciones que pueden impedir a **a** realizar la acción.

El segundo grupo de los derechos del consumidor a acciones negativas del predisponente está constituido por los derechos a que este no afecte determinadas propiedades o situaciones del consumidor (titular del derecho).

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**.

El tercer grupo de derechos a acciones negativas del predisponente está constituido por los derechos a que este 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.

La forma estándar a que se reducen tales enunciados es la siguiente: **a** (consumidor) tiene derecho frente a **b** (predisponente), a que este no elimine u obstaculice la posición jurídica (PJ) de **a**.

Que exista una posición jurídica (PJ), significa que existe una norma (individual o universal) correspondiente (Alexy, 2007b, pp. 169-170).

III. JUICIO DE ABUSIVIDAD Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

A. El principio de proporcionalidad como criterio metodológico estructural

El principio de proporcionalidad es un criterio metodológico general, aplicable, por tanto, a cualquier área del ordenamiento (pública o privada) y a cualquier tipo de intervención en el contenido de los derechos subjetivos, 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 (Behar-Touchais, 1998; Hanau, 2004; Stürner, 2010, pp. 1-11 y 16-18).

En las menciones que de tal principio hacen la doctrina o la jurisprudencia, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Alexy, 2007b).

Según el subprincipio de idoneidad, toda medida de intervención, limitación o restricción de un derecho debe ser adecuada para obtener un fin constitucional o legalmente legítimo.

De acuerdo con el subprincipio de necesidad, tal medida de intervención debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todos

los demás medios igualmente idóneos para alcanzar el objetivo propuesto.

Finalmente, según el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o mandato de ponderación, se ha de considerar si las ventajas obtenidas mediante la intervención en el contenido del derecho compensan de alguna forma los sacrificios que dicha intervención supone para su titular.

La relación medio-fin constituye, en síntesis, la base epistemológica del principio de proporcionalidad (Bernal, 2003, pp. 35-37).

Ahora bien, si una medida de intervención no supera el test o las exigencias que de manera sucesiva y conjunta suponen los anteriores subprincipios, se vulnera el derecho intervenido, lo que razonadamente permite al juez declarar su nulidad.¹⁰

B. Los presupuestos de aplicación de la prohibición general de abuso

La estructura del juicio de abusividad la definen los presupuestos de aplicación de la prohibición general de abuso.

Frente a la facultad de imponer de manera unilateral el contenido del contrato, dicha prohibi-

10. El principio de proporcionalidad, como concepto jurídico y criterio metodológico para la aplicación del derecho, ha sido utilizado desde antiguo (incluso en el derecho romano), primero en el derecho privado y más modernamente y de manera más extendida en el derecho público europeo, en especial en el derecho administrativo y constitucional alemán. Actualmente, como criterio metodológico general en la fundamentación de las decisiones judiciales, el principio de proporcionalidad es utilizado por los más altos tribunales de Europa y América (Wieacker, 1957, 1979).

ción significa que el predisponente debe, *prima facie*, abstenerse de introducir cláusulas o condiciones que produzcan desequilibrios injustificados en perjuicio del consumidor, lo que significa, *a contrario sensu*, que el predisponente puede introducir desequilibrios en el contenido del contrato siempre que se encuentren debidamente justificados.

En este sentido, solo serán abusivas las cláusulas o condiciones que, además de romper el equilibrio del contrato, lo hagan de manera injustificada.

De acuerdo con lo anterior, dos son los presupuestos que de manera cumulativa exige la aplicación de la prohibición general de abuso:

- (1) 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
- (2) Establecida la existencia de tal desequilibrio, que se defina la suficiencia de las razones que puedan 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.

C. La estructura del juicio de abusividad

Los anteriores extremos constituyen los presupuestos lógicos de aplicación de la prohibición general de abuso, a los que corresponden, respectivamente, las etapas declarativa y discursiva del juicio de abusividad.

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

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

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 general de abuso y los derechos y posiciones del predisponente, en especial la libertad contractual de este y su facultad para definir el contenido del contrato. 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 propuestas debe prevalecer en un caso concreto

en que se discute la abusividad de la cláusula o condición en examen (Fin-Langer, 2002, pp. 201-237).

Ahora bien, la suficiencia de las razones que puedan justificar un desequilibrio la define el juez con la ayuda del principio de proporcionalidad.

De esta manera, solo los desequilibrios justificados de acuerdo con tal criterio estructural, es decir, los desequilibrios razonables o proporcionados, constituyen estipulaciones contractuales válidamente impuestas.

En otros términos, cuanto más y mejores sean las razones que sustentan la cláusula o condición impuesta por el predisponente, estará justificado su mantenimiento como contenido del contrato. Se tratará entonces de una estipulación razonable o proporcionada en el sentido de no arbitraria.

Por el contrario, cuanto más y mejores sean las razones que tenga el adherente para oponerse a la cláusula o condición en examen, estará justificada su calificación como cláusula o condición abusiva y su exclusión del contenido del contrato (Le Gac-Pech, 2000).

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 un conjunto armónico o equilibrado.

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 una norma adscrita o de decisión, que sirve de premisa mayor (**N**) al fallo con que se define la abusividad de la cláusula o condición en examen.

1. Desequilibrio del contrato (etapa declarativa)

Para que una cláusula o condición pueda ser considerada abusiva, la prohibición general de abuso exige que produzca un desequilibrio en los derechos y obligaciones del contrato.

Tal exigencia representa el control de contenido en su acepción más clásica, pues se trata de valorar si la reglamentación que representan las cláusulas o condiciones impuestas por el predisponente constituyen un conjunto armónico o equilibrado, es decir, si suponen una “justa repartición de los elementos del contrato”, entendido este como un “conjunto de elementos en interacción dinámica organizados en función de un fin” (Fin-Langer, 2002, pp. 160-246).

Dicha valoración puede obtenerse mediante la confrontación del contenido del contrato con la reglamentación que objetivamente se considere justa o equilibrada, como puede ser el modelo de referencia que representa el derecho dispositivo, que para algunos “constituye en

abstracto el equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes previsto por el legislador” (Stiglitz y Stiglitz, 1985, pp. 127-232).

Sin embargo, para concluir que una cláusula o condición es o no abusiva, el legislador colombiano exige que no se trate simplemente de un desequilibrio en el contenido del contrato, sino de un *desequilibrio injustificado*.

En este sentido, no puede admitirse que la simple contravención al derecho dispositivo sea motivo suficiente para calificar una cláusula como abusiva, pues el legislador prevé que las partes pueden regular de manera distinta, dentro de los límites impuestos por normas imperativas, el contenido del contrato, de modo que se adecúe a sus necesidades y preferencias según el tipo de acuerdo celebrado y a las circunstancias de cada caso concreto (Mazeaud, 1998; Peglion-Sika, 2013, pp. 229-257).¹¹

2. Desequilibrio contractual injustificado (etapa discursiva)

La finalidad de la etapa discursiva será definir la suficiencia de las razones que puedan justi-

ficar el desequilibrio deducido previamente en la etapa declarativa del juicio de abusividad.

En otras palabras, en la etapa discursiva se determina o especifica la 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.

Ahora bien, la suficiencia de las razones que justifican el desequilibrio en el contenido del contrato puede ser definida con la ayuda del principio de proporcionalidad, criterio que permite al juez concretar la prohibición general de abuso caracterizada por su alto grado de apertura e indeterminación normativa.

En la etapa discursiva, en efecto, el juez pondera las razones que juegan a favor o en contra de la abusividad de la cláusula y, en función de su peso específico, establece la norma adscrita que expresa la relación de precedencia condicionada de los derechos en conflicto y lo que al predisponente le está prohibido, permitido u ordenado, en el caso concreto, desde el punto de vista de la prohibición general de abuso.

Tal norma adscrita sirve de premisa mayor en la fundamentación interna del fallo con la

11. Existe un buen número de cláusulas o condiciones que se separan del derecho dispositivo y, pese a ello, no pueden ser consideradas abusivas por estar plenamente justificadas según las circunstancias de cada caso concreto. De esta manera, no todas las cláusulas que limiten o priven al consumidor de derechos reconocidos por normas dispositivas son abusivas, pues además de esa disconformidad, tales cláusulas deben suponer una ruptura injustificada de los derechos y obligaciones derivados del contrato, apreciada de manera circunstanciada según las especificidades de cada caso en particular. El control del equilibrio objetivo del contrato debe entenderse, en resumen, no como una mera contravención del derecho dispositivo, sino como una contravención injustificada, lo que supone una valoración de la cláusula o condición en examen según las circunstancias de cada caso concreto, con el propósito de determinar si, pese a apartarse del modelo equilibrado que representa el derecho dispositivo o la regulación legal de cada tipo contractual específico, no es abusiva por estar justificada, teniendo en cuenta la economía o distribución de derechos y obligaciones que se haya hecho en el resto del contrato (contexto contractual), la naturaleza del bien o servicio objeto de este o las circunstancias concurrentes al momento de su celebración (Pertíñez, 2011, p. 1635).

cual se define la abusividad de la cláusula o condición en examen (Alexy, 2007a, pp. 349-374; Bernal, 2003, pp. 757-791; Le Gac-Pech, 2000, p. 29).

De acuerdo con lo anterior, el papel que cumple el principio de proporcionalidad dentro de la etapa discursiva del juicio de abusividad es doble.

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.

Por otra parte, dada la indeterminación normativa de la prohibición general 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 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.

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 art. 42 EC.

3. Estructura del principio de proporcionalidad

El papel que juega el principio de proporcionalidad en el marco del juicio de abusividad se explica por la consideración de la prohibición general de abuso como principio y, como tal, como mandato de optimización, que exige su máxima realización según las posibilidades fácticas y jurídicas.

La realización de la prohibición general de abuso respecto de las posibilidades fácticas fundamenta la existencia de los exámenes de idoneidad y necesidad.

La realización de la prohibición general de abuso en relación con las posibilidades jurídicas fundamenta, por su parte, la existencia del examen de proporcionalidad en sentido estricto.

Ahora bien, la aplicación sucesiva de cada uno de estos exámenes en el marco del juicio de abusividad, se explica por los mayores niveles de racionalidad que garantiza el principio de proporcionalidad en comparación con los demás criterios alternativos, como pueden ser los principios de razonabilidad o de buena fe (Clérico, 2001, pp. 17-20; Stüner, 2010, p. 318).

D. Examen de idoneidad

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.

Si una cláusula o condición no es apta para alcanzar tal finalidad, entonces la máxima realización de la prohibición general de abuso y de los derechos y posiciones que dicha norma garantiza exige la eliminación de la cláusula o condición en examen.

Dicho de otro modo: respecto de las posibilidades fácticas, la máxima realización de la prohibición general de abuso exige la nulidad de la cláusula o condición cuando esta no sea idónea para alcanzar el objetivo o fin perseguido por el predisponente.

De acuerdo con lo anterior, el subprincipio de idoneidad establece dos exigencias a la cláusula o condición impuesta por el predisponente:

- (1) Que la cláusula o condición persiga un fin o propósito legítimo; y
- (2) 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).

La legitimidad del fin presupone que el juez haya fijado previamente este último extremo, como quiera que la fijación del fin es un presupuesto metodológico para la definición posterior de su legitimidad (Clérico, 2001, p. 28).

1. Fijación del fin perseguido por el predisponente

Dicha fijación la obtiene el juez mediante la interpretación teleológica de la ley y del contra-

to, teniendo en cuenta la finalidad económica de este (interpretación teleológica-objetiva), o atendiendo la intención de las partes (interpretación teleológica-subjetiva), según lo dispuesto en el art. 1824 de nuestro Código Civil.

Una misma cláusula o condición puede perseguir diversos fines que no estén en una relación de generalidad y especialidad, 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.

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.

Fijado el fin, corresponderá al juez definir si este es o no legítimo, es decir, si el fin fijado se encuentra dentro del ámbito de alguna norma constitucional o legal que lo respalde (Clérico, 2001, pp. 17-20; Stüner, 2010, pp. 318-319).

2. Legitimidad del fin

El fin u objetivo perseguido por el predisponente es legítimo si no se encuentra prohibido explícita o implícitamente por la Constitución o la ley.

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 la Constitución o la ley.

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.

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.

Solo 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.

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.

Cuando la realización de otro derecho respalda dicha imposición, se traba una auténtica colisión de derechos que puede revestir muy diversas formas.

3. Idoneidad de la cláusula o condición

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.

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.

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 (Bernal, 2003, pp. 687-728).

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).

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.

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.

Una cláusula o condición no es un medio idóneo 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 (Bernal, 2003, pp. 687-728).

4. 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.

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.

Una versión fuerte del examen de idoneidad aumenta la intensidad del control judicial so-

bre las cláusulas o condiciones que afectan los derechos y posiciones garantizados por la prohibición general de abuso, pues no todas ellas serán medios idóneos para alcanzar, conseguir o asegurar la obtención del fin perseguido por el predisponente.

Por el contrario, una versión débil del examen de idoneidad disminuye la intensidad del control de abusividad, lo que supone el reconocimiento de la 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.

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.

En síntesis, la opción por una versión fuerte o débil del examen de idoneidad es indicativa de una actitud más activa del juez respecto de su función de proteger los derechos del consumidor o, por el contrario, más deferente con la libertad contractual del predisponente, y en especial con la facultad de este para definir el contenido del contrato (Bernal, 2003, pp. 687-728).

E. Examen de necesidad

El ámbito de posibilidad fáctica de la prohibición general 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.

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 general de abuso. [Clérico, 2001, pp. 17-20; Stüner, 2010, pp. 318-319].

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:

- (1) 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
- (2) Determinar si la intensidad de afectación del medio alternativo hipotético sobre la prohibición general 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 produ-

cida efectivamente por la cláusula o condición en examen (medio alternativo más benigno o menos restrictivo con los derechos de los consumidores).

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.

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 general 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.

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.

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.

El fin perseguido por el predisponente será el principal criterio para definir tanto la relevancia

como la idoneidad de los medios alternativos (Bernal, 2003, pp. 734-752).

F. Examen de proporcionalidad en sentido estricto

Mediante el examen de proporcionalidad en sentido estricto el juez define el ámbito de las posibilidades jurídicas de la prohibición general de abuso.

En un caso concreto de abusividad contractual, las posibilidades jurídicas de la prohibición general 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 este y su facultad para definir el contenido normativo del contrato) [Stüner, 2010, p. 326].

El examen de proporcionalidad en sentido estricto supone entonces una ponderación entre la prohibición general 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 art. 42 EC.

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.

El principio de proporcionalidad es el criterio que permite al juez establecer la relación de precedencia condicionada entre la prohibición general de abuso (P_1) y el principio que fundamenta la imposición de una cláusula o condición (P_2), en un caso concreto (C).

Si en unas circunstancias determinadas (C_1), la prohibición general de abuso (P_1) prevalece sobre el principio que fundamenta la imposición de una cláusula o condición (P_2), 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 art. 42 EC, y el juez deberá declarar su nulidad y su exclusión como contenido normativo del contrato.

Por el contrario, si en unas circunstancias distintas (C_2), el principio que fundamenta la imposición de cláusula o condición en examen

(P₂) precede a la prohibición 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 general 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 general de abuso un mandato de optimización que exige la máxima realización posible de los derechos y posiciones por ella garantizados.

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.

1. 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

general del abuso 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.

Con fundamento en tales magnitudes, el juez definirá si la cláusula o condición en examen es proporcionada o desproporcionada en sentido estricto.

La consideración de la prohibición general de abuso como mandato de optimización exige que una cláusula o condición sea 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 general de abuso garantiza a favor de los consumidores.

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 general de abuso sea mayor que el grado de realización del principio en que se fundamenta la imposición de aquella.

Cuanto mayor sea el grado de afectación de la prohibición general de abuso, mayor tendrá que ser el grado de realización del principio que fundamenta la imposición de la cláusula o condición en examen.

Si una cláusula o condición, aun siendo idónea y necesaria, afecta desproporcionadamente

los derechos y posiciones garantizados a favor de los consumidores por la prohibición general de abuso, la optimización de este principio exige la invalidez, por desproporcionada o abusiva, de dicha cláusula o condición (Alexy, 2000, p. 103; Clérico, 2001).¹²

IV. CONCLUSIONES

1.^a En Colombia, la regulación legal de la abusividad en los contratos de adhesión celebrados con consumidores se articula en torno a una prohibición general de abuso, que define el concepto de cláusula abusiva, centrado, a su vez, en el concepto de desequilibrio injustificado, y en un mandato de ponderación que supone la valoración circunstanciada de todas las condiciones particulares del contrato.

2.^a A la prohibición general de abuso corresponden múltiples derechos a favor de los consumidores, que prohíben al predisponente en los contratos de adhesión incluir cláusulas o condiciones abusivas que afecten a aquellos.

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.

El derecho a algo puede concebirse como una relación triádica, compuesta de los siguientes tres elementos: el portador o titular del derecho (consumidor); el destinatario del derecho (predisponente en los contratos de adhesión); y el objeto del derecho (la abstención 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 este no introduzca en el contrato cláusulas o condiciones abusivas.

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.

12. En los casos de colisión uno de los principios ha de ceder ante el otro, teniendo en cuenta las circunstancias específicas 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. 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. 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. 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. 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 (Alexy, 2007b; Bernal, 2003, p. 575).

A tales derechos se refiere la lista no exhaustiva de supuestos vedados *prima facie* por el art. 43 EC.

3.^a La prohibición general de abuso no prohíbe de manera definitiva cualquier desequilibrio en el contenido normativo del contrato, sino aquellos desequilibrios que sean injustificados, es decir, carentes de razones que de manera suficiente los justifiquen, de acuerdo a las circunstancias particulares del caso concreto.

El deber ser de la prohibición de abuso no tiene en cuenta las razones que puedan jugar en contra de lo ordenado por esta, lo que no supone determinaciones definitivas, sino solo determinaciones *prima facie* que deben ser contrastadas con las determinaciones *prima facie* de los principios con los que puede entrar en colisión.

Por otra parte, la prohibición general de abuso, por ser una norma estructuralmente indeterminada, no prescribe de manera inequívoca la conducta que está prohibida o permitida 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 legítimamente justificarlo.

El principal problema que plantea la aplicación judicial de la prohibición general de abuso es que el art. 42 EC, por su grado de apertura e indeterminación normativa, no proporciona criterios o elementos de juicio suficientes de los cuales se pueda inferir la existencia de un

desequilibrio del contrato, ni tampoco la suficiencia de las razones que puedan justificarlo, lo que hace que el juez deba, en los casos en que tenga que definir la abusividad de la cláusula o condición en examen, emprender un proceso de concreción normativa mediante el cual se determine lo que al predisponente está prohibido, ordenado o permitido hacer desde el punto de vista de la prohibición general de abuso.

Lo anterior plantea también la cuestión de saber con fundamento en qué criterios pueden los jueces definir la suficiencia de las razones que justifican un desequilibrio contractual y si tal definición ofrece las suficientes garantías de racionalidad jurídica.

4.^a De acuerdo con lo anterior, la aplicación judicial de la prohibición general de abuso exige dos presupuestos básicos: en primer lugar, que se establezca la existencia de un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, producido por la imposición de la cláusula o condición en examen y, en segundo término, establecido dicho desequilibrio, que se defina la suficiencia de las razones que puedan justificarlo.

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 declarativa del juicio de abusividad consiste, básicamente, en un proceso de interpretación teleológica-objetiva del contrato, en el cual se valora si la reglamentación que representan las cláusulas o condiciones impuestas por el predisponente constituyen un conjunto armónico o equilibrado, es decir, si suponen una “justa repartición de los elementos del contrato”, entendido este como un “conjunto de elementos en interacción dinámica organizados en función de un fin” (Fin-Langer, 2002, p. 160).

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 una norma adscrita o de decisión que sirve de premisa mayor (**N**) al fallo con que se define la abusividad de la cláusula o condición en examen.

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 (Alexy, 2007b).

Dicha regla es una norma adscrita que se fundamenta a partir de las premisas fácticas y ju-

rídicas que sean relevantes en la etapa discursiva del juicio de abusividad.

5.^a El papel que cumple el principio de proporcionalidad dentro de la etapa discursiva del juicio de abusividad es doble.

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.

Por otra parte, dada la indeterminación normativa de la prohibición general 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 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.

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 art. 42 EC.

El papel que juega el principio de proporcionalidad en el marco del juicio de abusividad

se explica por la consideración de la prohibición general de abuso, y los derechos que ella garantiza a favor de los consumidores, como principio y, como tal, como mandato de optimización, que exige su máxima realización en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas.

La realización de la prohibición general de abuso respecto de las posibilidades fácticas fundamenta la existencia de los exámenes de idoneidad y necesidad.

La realización de la prohibición general de abuso en relación con las posibilidades jurídicas fundamenta, por su parte, la existencia del examen de proporcionalidad en sentido estricto.

Ahora bien, la aplicación sucesiva de cada uno de estos exámenes en el marco del juicio de abusividad se explica por los mayores niveles de racionalidad que garantiza el principio de proporcionalidad en comparación con los criterios alternativos tradicionalmente utilizados por los jueces, como pueden ser los principios de razonabilidad o buena fe.

6.^a El principio de proporcionalidad permite al juez establecer la relación de precedencia condicionada entre la prohibición general de abuso (P_1) y el principio que fundamenta el desequilibrio contractual (P_2), en un caso concreto (C).

Si en unas circunstancias determinadas (C_1), la prohibición general de abuso (P_1) prima o prevalece sobre el principio que fundamenta el desequilibrio contractual (P_2), es decir, $C_1 (P_1$

$P_2)$, significa entonces que tal desequilibrio 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 supuesto, el desequilibrio contractual representa una restricción ilegítima de los derechos garantizados por el art. 42 EC, y el juez deberá declarar la nulidad de la cláusula o condición enjuiciada.

Por el contrario, si en unas circunstancias distintas (C_2), el principio que fundamenta el desequilibrio contractual (P_2) precede o prima sobre la prohibición general de abuso (P_1), es decir, $C_2 (P_2 \mathbf{P} P_1)$, significa entonces que el desequilibrio contractual es proporcionado o legítimo por cumplir las exigencias de los exámenes de idoneidad, necesidad o proporcionalidad en sentido estricto.

En tal caso, el desequilibrio contractual representa una intervención legítima en el contenido de los derechos garantizados por la prohibición general de abuso, y el juez deberá declarar su validez como contenido normativo del contrato.

7.^a Mediante el examen de idoneidad el juez define la aptitud de la cláusula o condición en examen para alcanzar la finalidad perseguida por el predisponente.

Si la cláusula o condición (M) no es idónea para lograr la finalidad propuesta por el predisponente, entonces la máxima realización de los

derechos garantizados por la prohibición general de abuso exige la nulidad de tal cláusula o condición (M), sin detrimento del principio que la fundamenta.

Dicho de otro modo, respecto de las posibilidades fácticas, tanto la máxima realización de la prohibición general de abuso (P₁) como del principio que fundamenta el desequilibrio contractual (P₂) exigen la invalidez de la cláusula o condición en examen (M), en los casos en que esta no sea idónea para alcanzar el fin perseguido por el predisponente.

8.^a El fin perseguido por el predisponente es legítimo si no se encuentra prohibido explícita o implícitamente por la Constitución o la ley.

Una prohibición explícita se deduce directamente del texto de estas, en tanto que las prohibiciones implícitas son deducidas, de manera excepcional y restrictiva, mediante interpretación.

El principio de autonomía de la voluntad 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.

Solo 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.

En este sentido, todo derecho o bien jurídico sobre cuyo contenido no recaiga una prohibición explícita o implícita puede fundamentar legítimamente un desequilibrio contractual.

9.^a Fijado el fin perseguido por el predisponente, y definida su legitimidad constitucional o legal, debe el juez examinar si la cláusula o condición que produce el desequilibrio contractual es un medio idóneo o adecuado para alcanzar el fin perseguido por el predisponente.

La comprobación de la aptitud de tal cláusula o condición para obtener el fin presupone definir previamente el concepto de idoneidad.

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 (Bernal, 2003).

Dicha relación de causalidad positiva la reconstruye el juez a partir de premisas empíricas.

Si de acuerdo con tales 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 como contenido normativo del contrato.

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 en examen para procurar o facilitar la obtención del fin propuesto.

En este caso, la intervención en los derechos garantizados a favor de los consumidores por la prohibición general de abuso debe ser considerada idónea o *prima facie* legítima, y someterse a los subsiguientes exámenes de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

10.^a El concepto de idoneidad se refiere siempre a la aptitud del medio para, de alguna forma, alcanzar el fin perseguido por el predisponente, pero esa relación de causalidad positiva puede tener un mayor o menor grado de intensidad según el criterio desde el cual se le aprecie.

Por esta razón puede haber tanto una versión fuerte como una versión débil del examen de idoneidad que determina la intensidad del control material con que el juez revisa la cláusula o condición en examen.

Una versión fuerte del examen de idoneidad supone un aumento de la intensidad del control judicial sobre las intervenciones del predisponente, que afectan los derechos y posiciones garantizados por la prohibición general de abuso, pues no todas ellas serán medios idóneos para alcanzar, conseguir o asegurar la obtención del fin perseguido por el predisponente.

Por el contrario, una versión débil del examen de idoneidad disminuye la intensidad del control, lo que supone el reconocimiento de la 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 condiciones contractuales, no a que estas sean plenamente eficaces

para alcanzar su finalidad, sino que faciliten en alguna medida su obtención.

Salvo las cláusulas o condiciones que de ningún modo contribuyen a la realización del fin, deberán considerarse válidas y, en consecuencia, someterse a los exámenes de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, las cláusulas o condiciones contractuales que de algún modo contribuyan a la obtención del fin perseguido por el predisponente.

En síntesis, la opción por una versión fuerte o débil del examen de idoneidad es indicativa de una actitud más activa del juez respecto de su función de proteger los derechos de los consumidores o, por el contrario, más deferente con los derechos o principios que respaldan el desequilibrio contractual en examen o, lo que es lo mismo, los derechos del predisponente en los contratos de adhesión a condiciones generales.

11.^a Establecida la idoneidad de una cláusula o condición para alcanzar la finalidad perseguida por el predisponente, corresponde al juez definir si dicho medio es también necesario o imprescindible.

Una cláusula o condición es necesaria siempre que no exista un medio alternativo (M_2) que, siendo por lo menos igualmente idóneo para alcanzar la finalidad perseguida por el predisponente (P_2), sea menos restrictivo, o más benigno, con los derechos de los consumidores (P_1).

Mediante el examen de necesidad, el juez busca establecer la existencia de un medio alter-

nativo equivalente, así como el medio alternativo más benigno, o menos restrictivo, con los derechos que la prohibición general de abuso garantiza a favor de los consumidores.

En la medida en que exista un medio alternativo que reúna ambas cualidades, el desequilibrio contractual en examen deberá considerarse innecesario o prescindible y declararse la nulidad de la cláusula o condición que lo contiene.

El examen de necesidad presupone la existencia de medios alternativos a la cláusula o condición en examen, frente a los cuales se pueda medir su idoneidad y el grado de afectación de los derechos y posiciones garantizados por la prohibición general de abuso.

12.^a Mediante el examen de proporcionalidad en sentido estricto, el juez define el ámbito de las posibilidades jurídicas de realización de la prohibición general de abuso.

En los casos concretos, las posibilidades jurídicas de tal norma las determinan los principios que fundamentan el desequilibrio contractual producido por la cláusula o condición en examen.

El examen de proporcionalidad en sentido estricto supone entonces una ponderación entre las razones que fundamentan la prohibición general de abuso (P_1) y las que sustentan el desequilibrio contractual en examen (P_2).

La colisión que supone dicho desequilibrio es resuelta por el juez estableciendo una relación de precedencia entre los principios enfrenta-

dos, teniendo en cuenta las condiciones particulares del caso concreto.

Tales condiciones constituyen el supuesto de hecho de una regla cuya realización conlleva 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.

La ponderación, a su vez, presupone definir tanto el grado de afectación negativa de los derechos garantizados por la prohibición general de abuso (P_1) como el grado de realización del principio que fundamenta el desequilibrio contractual en examen (P_2).

Con fundamento en tales magnitudes, el juez definirá si tal desequilibrio es proporcionado o desproporcionado en sentido estricto.

Como mandato de optimización, la prohibición general de abuso exige que un desequilibrio contractual sea desproporcionado en sentido estricto, cuando logre un grado de realización del principio que lo fundamenta menor que el grado de afectación que ella misma produce en los derechos que la prohibición general de abuso garantiza a favor de los consumidores.

En otros términos, un desequilibrio contractual será desproporcionado en sentido estricto cuando el grado de afectación de los derechos de los consumidores sea mayor que el grado

de realización del principio que fundamenta aquel desequilibrio.

Cuanto mayor sea el grado de afectación de los derechos de los consumidores, mayor tendrá que ser el grado de realización del principio que fundamenta el desequilibrio contractual.

Si un desequilibrio contractual, aun siendo idóneo y necesario, afecta de manera desproporcionada los derechos de los consumidores en relación con el grado con que dicha medida contribuye a realizar el principio que la fundamenta, la optimización de tales derechos exige la invalidez, por injustificada o abusiva, de la cláusula o condición que contiene tal desequilibrio.

Referencias

1. Alexy, R. (1997). *El concepto y la validez del derecho* (J. Malem Seña, Trad.). Barcelona: Gedisa.
2. Alexy, R. (2007a). *Teoría de la argumentación jurídica* (M. Atienza e I. Espejo, Trads.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
3. Alexy, R. (2007b). *Teoría de los derechos fundamentales* (C. Bernal Pulido, Trad.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
4. Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.
5. Behar-Touchais, M. (1998). *Rapport introductif. 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. 6-10.
6. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.) (2009). *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Pamplona: Aranzadi.
7. Bernal Pulido, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
8. Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
9. Borowsky, M. (1998). *Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima facie Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos.
10. Clérico, L. (2001). *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*. Baden-Baden: Nomos.
11. Criado-Castilla, J. F. (2014). *Cláusulas abusivas en los contratos de consumo*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Obtenido de bdigital: <http://www.bdigital.unal.edu.co>.
12. Criado-Castilla, J. F. (2015). *El juicio de abusividad en los contratos de consumo*.

- Revista de Derecho Privado*, (53), 1-32. Universidad de los Andes.
13. Díez-Picazo, L., Menéndez Menéndez, A. (Dirs.) y Alfaro Águila-Real, J. (Coord.). (2002). *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. Madrid: Civitas.
 14. Díez-Picazo, L. (2007). *Fundamentos de derecho civil patrimonial* (t. I). Madrid: Civitas.
 15. Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio* (M. Gustavino, Trad.). Barcelona: Ariel.
 16. Fin-Langer, L. (2002). *L'équilibre contractuel*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
 17. Hart, H. L. A. (2009). *El concepto del derecho* (G. Carrió, Trad.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
 18. Hanau, H. (2004). *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht: zu Herleitung und Struktur einer Angemessenheitskontrolle von Verfassungswegen*. Tübingen: Mohr Siebeck.
 19. Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho* (R. Vernengo, Trad.). México: Porrúa.
 20. Le Gac-Pech, S. (2000). *La proportionnalité en droit privé des contrats*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
 21. Larenz, K. (2001). *Metodología de la ciencia del derecho* (M. Rodríguez Molinero, Trad.). Barcelona: Ariel.
 22. Llamas Pombo, E. (2005). *Comentario del artículo 10 bis de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, LGDCU*. En E. Llamas Pombo (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.
 23. Mazeaud, D. (1998). *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.
 24. Peglion-Sika, C. M. (2013). *La notion de clause abusive: au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*. Paris: Université Panthéon-Assas.
 25. Perlingieri, P. (2002). *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*. En L. Ferroni, *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata* (pp. 52-62). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
 26. Pertíñez Vílchez, F. (2011b). *Los contratos de adhesión*. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), *Tratado de contratos* (t. II). Valencia: Tirant lo Blanch.
 27. Sauphanor-Brouillaud, N. (2012). *Traité de Droit civil, Les contrats de consommation, Règles communes*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

28. Stiglitz, R. y Stiglitz, G. (1985). *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Buenos Aires: Depalma.
29. Stoffel-Munck, Ph. (2000). *L'abuse dans le contrat. Essai d'une théorie*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
30. Stürner, M. (2010). *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht. Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten*. Tübingen: Mohr Siebeck.
31. Wieacker, F. (1957). *Historia del derecho privado de la edad moderna* (F. Fernández Jardón, Trad.). Madrid: Aguilar.
32. Wieacker, F. (1979). *Geschichtliche Wurzeln des Prinzips de verhältnismässigen Rechtsanwendung*. En M. Lutter, W. Lutter y H. Wiedemann (Eds.), *Festschrift für Robert Fischer*. Berlín-Nueva York: Walter de Gruyter.
33. Wieacker, F. (1977). *El principio general de buena fe* (J. L. Carro, Trad.). Madrid: Civitas.
34. Wróblewski, J. (1974). *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*. *Rechtstheorie*, (5), 33-46.