



JUICIO DE ABUSIVIDAD EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO

JUAN FELIPE CRIADO-CASTILLA

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.53.2015.05>

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho
Revista de Derecho Privado N.º 53
Enero - Junio de 2015. ISSN 1909-7794

Juicio de abusividad en los contratos de consumo

Resumen

El presente trabajo es un análisis descriptivo del sistema colombiano de control judicial de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión a condiciones generales celebrados con consumidores, según la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor. Se trata de definir las pautas o criterios conforme a los cuales una cláusula específica, establecida en tal clase de contratos, es considerada abusiva por el juez, y la estructura del juicio de abusividad mediante el cual se llega a dicha conclusión.

Palabras clave: contratación masiva, estandarización contractual, contratos de consumo, derecho de consumo, *principio pro consumatore*, contratos de adhesión, condiciones generales de contratación, cláusulas abusivas, juicio de abusividad, cláusula general de abusividad, prohibición general de abuso, lista negra de cláusulas abusivas, reglas especiales de interpretación del contrato, regla de interpretación *contra proferentem*, regla *in dubio pro consumatore*.

Unfairness judgement in the consumer contracts

Abstract

The present work is a descriptive analysis of Colombian judicial control system of abusive clauses in the adhesion contracts to general conditions celebrated with consumers, according to the Colombian consumer's statute (Ley 1480 de 2011). It's about to define the guides or criterion according to which an specific clause, established in that kind of contracts, is considered abusive by the judge, and the structure of the abusivity judgement in which way it gets to that conclusion.

Keywords: massive contracts, contractual standardization, consumer contracts, consumer law, adhesion contracts, general conditions, abusive clauses (unfair terms), unfairness judgement (abusivity test), *Pro consumatore* principle, general clause of abusivity, blacklist of abusive clauses (unfair terms), general prohibition of abusivity, contract's special rules of interpretation, *Interpretatio contra proferentem* rule, *In dubio pro consumatore* rule.

Juízo de abusividade nos contratos de consumo

Resumo

O presente trabalho é uma análise descritiva do sistema colombiano de controle judicial de cláusulas abusivas nos contratos de adesão a condições gerais celebrados com consumidores, segundo a Lei 1480 de 2011 ou Estatuto do Consumidor. Trata-se de definir as pautas ou critérios conforme os quais uma cláusula específica, estabelecida em tal classe de contratos, é considerada abusiva pelo juiz, e a estrutura do juízo de abusividade mediante o qual se chega à dita conclusão.

Palavras-chave: contratação massiva, padronização contratual, contratos de consumo, direito de consumo, *princípio pro consumatore*, contratos de adesão, condições gerais de contratação, cláusulas abusivas, juízo de abusividade, cláusula general de abusividade, proibição geral de abuso, lista negra de cláusulas abusivas, regras especiais de interpretação do contrato, regra de interpretação *contra proferentem*, regra *in dubio pro consumatore*.

Juicio de abusividad en los contratos de consumo*

Juan Felipe Criado-Castilla**

SUMARIO

Introducción – I. LAS NORMAS SOBRE ABUSIVIDAD CONTRACTUAL EN EL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR – A. *Definición legal de cláusula abusiva* – B. *Sistemas de regulación de cláusulas abusivas* – C. *Normas generales y concretas de abusividad* – D. *La indeterminación normativa de la prohibición general de abuso* – E. *La indeterminación relativa de la lista de cláusulas abusivas* – F. *Validez prima facie y validez definitiva* – G. *Normas de abusividad prima facie* – H. *Normas de abusividad definitivas* – I. *La validez de las normas dentro del juicio de abusividad* – J. *Los presupuestos lógicos de aplicación de la prohibición general de abuso* – II. FUNDAMENTO Y ESTRUCTURA DEL JUICIO DE ABUSIVIDAD – A. *Fundamento* – B. *La estructura del juicio de abusividad* – C. *Desequilibrio de derechos y obligaciones* – D. *La etapa discursiva del juicio de abusividad* – 1. *La estructura de la etapa discursiva* – 2. *Ponderación circunstanciada* – 3. *El resultado de la ponderación* – E. *Valoración circunstanciada de la abusividad* – III. INTENSIDAD DIFERENCIADA DEL CONTROL MATERIAL SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS – A. *Test o escrutinio débil* – B. *Test o escrutinio estricto* – IV. CONCLUSIONES – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Criado-Castilla, J. F. (Junio 2015). Juicio de abusividad en los contratos de consumo. *Revista de Derecho Privado*, 53.

** Abogado especialista en Derecho Contractual y Derecho Comercial, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Especialista y magíster en Derecho Privado Económico, Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Civil y DEA en Derecho Privado, 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 (Criado-Castilla, 2014).¹

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. Este juicio circunstanciado de abusividad, a su vez, tiene como objeto definir la existencia, en perjuicio del consumi-

dor, de un desequilibrio en el contenido del contrato, vale decir, de los derechos y obligaciones derivados de este, producido por la imposición unilateral de una cláusula o condición, así como la suficiencia de las razones que puedan objetivamente justificarlo.

En el Estatuto del Consumidor (EC), el control de las cláusulas abusivas se articula en torno a una prohibición general de abuso (art. 42) y una lista no exhaustiva de cláusulas abusivas prevista en el artículo 43. La noción legal de cláusula abusiva, a su vez, gravita en torno al concepto de “desequilibrio injustificado”, el cual ha de ser definido por el juez mediante la valoración circunstanciada de las condiciones particulares del contrato.

Para concluir que una cláusula es o no abusiva, el juez deberá definir previamente, con arreglo a criterios objetivos de concretización normativa, los presupuestos de aplicación del precepto legal que establece la prohibición general de abuso.

Por la manera como está estructurada legalmente la noción de cláusula abusiva, puede concluirse que la prohibición general de abuso no proscribiera de manera definitiva cualquier desequilibrio de los derechos y obligaciones del contrato, sino aquel desequilibrio que sea además injustificado, es decir, carente de razones que de manera suficiente lo justifiquen, atendiendo las condiciones particulares del caso concreto.

En otras palabras, para definir si una cláusula es o no abusiva, el juez, mediante un proceso

1 Los demás mecanismos de protección previstos en la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor –EC) son los siguientes: 1. La declaración del carácter imperativo de las normas de protección (art. 4º EC), que singulariza, como seña de identidad, al derecho contractual de consumo respecto del derecho común de contratos, de carácter generalmente dispositivo; 2. Los deberes de información como mecanismo prevalente de protección de los consumidores (arts. 1º, num. 2; 3º, num. 1.3; 5º, num. 7; 23 a 28 (título V); y 37, num. 1 EC), aspecto en el que existe una mayor confluencia entre el derecho contractual de consumo y el derecho común de contratos (civil y comercial) y en donde las insuficiencias de este justifican los remedios ideados por el primer; 3. Un tercer mecanismo de protección, que guarda una proximidad evidente con el anterior, es el relacionado con la integración contractual de las declaraciones publicitarias y la represión de la publicidad engañosa (arts. 3º, num. 1.4; 5º, nums. 12 y 13; 29 a 33 (título VI EC); 4. El derecho de desistimiento o retracto (art. 47 EC), mecanismo de protección de uso generalizado que disfruta de una posición preeminente en el derecho contractual de consumo; y 5. También son mecanismos de protección la responsabilidad contractual en sentido amplio, por el propósito que motiva a todo contratante de ver satisfecho su interés en el cumplimiento del contrato; la forma de este, teniendo en cuenta que el derecho contractual de consumo es esencialmente formal, en el sentido de que impone, para la eficacia, validez u oponibilidad del contrato que se cumpla una determinada forma; la invalidez y la impugnación del contrato; la posibilidad de modificación de este y ciertas modalidades de contratación que se identifican por el modo de celebración de los contratos o las circunstancias en que se desarrolla su perfección o ejecución (contratos a distancia y contratos celebrados por fuera de los establecimientos mercantiles: arts. 5º, nums. 15 y 16; y 46 a 48 EC).

de ponderación, deberá sopesar las razones que juegan a favor o en contra de considerar una situación específica como un desequilibrio injustificado del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares de celebración de este.

En consecuencia, para que una cláusula sea considerada abusiva se requiere no solo que comporte un desequilibrio del contrato, sino que tal desequilibrio sea además injustificado, para definir lo cual no es útil cualquier motivo, sino aquellas razones que sean suficientes de acuerdo con un criterio de valoración razonable y objetivo.

El principal problema metodológico que plantea la aplicación judicial de la prohibición general de abuso es precisamente que la fijación del plan de ordenación previsto por el legislador (en este caso, el concepto de desequilibrio injustificado), por la especificidad de los casos en conflicto y la variabilidad de criterios a utilizar, supone el riesgo de decisiones absurdas o arbitrarias del juzgador.

La tesis principal del presente artículo es que los presupuestos de aplicación de la prohibición general de abuso, centrados en el concepto de desequilibrio injustificado, determinan la estructura del juicio de abusividad y de cada una de sus etapas declarativa y discursiva.

En efecto, cuando se define si la cláusula o condición de un contrato de adhesión es o no abusiva, el juez deberá establecer, previa y cumulativamente, los siguientes requisitos:

1. Si la cláusula o condición produce, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en el contenido del contrato. Antes, incluso, tendrá que definir qué se entiende por desequilibrio, pues la ley colombiana, a diferencia de la española, no suministra ninguna cualificación adicional que permita precisar tal concepto; y
2. Si ponderadas las razones que juegan a favor o en contra de la abusividad de la cláusula o condición, estas son suficientes para justificar tal desequilibrio, pues solo las cláusulas o condiciones que produzcan un desequilibrio injustificado en el contenido normativo del contrato merecen ser calificadas como abusivas.

Solo en este caso podrá el juez declarar la nulidad de la cláusula o condición en examen y, eventualmente, ordenar la reparación de los daños que tal desequilibrio haya causado al consumidor.

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

Estas distintas versiones del juicio de abusividad pueden ser reconducidas a dos sistemas básicos:

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

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

El test o escrutinio estricto se aplicaría a los supuestos enunciados en la lista de cláusulas *prima facie* abusivas, en la medida en que en tales casos existen serios motivos para “sospechar” de la buena fe del predisponente, como ocurre, por ejemplo, con las cláusulas o condiciones que limitan o excluyen la responsabilidad de este o que restringen los derechos del consumidor, las cuales constituyen, precisamente, las cláusulas más frecuentemente consideradas abusivas en la práctica contractual.

De acuerdo con lo anterior, a partir de la definición legal de cláusula abusiva, del carácter indeterminado de la prohibición general de abuso y de los presupuestos lógicos de su aplicación (I), en el presente trabajo se propone un modelo metodológico para el control material de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión a condiciones generales celebrados con consumidores (II), concebido como un proceso

de concretización normativa estructurado en dos etapas (declarativa y discursiva), provisto de una intensidad diferenciada de control (test débil o estricto), según se trate de la aplicación de la prohibición general de abuso o de la lista de supuestos *prima facie* abusivos (III).

I. LAS NORMAS SOBRE ABUSIVIDAD CONTRACTUAL EN EL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR

A. Definición legal de cláusula abusiva

Según el artículo 42 EC, 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. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.

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.

A su vez, el artículo 43 EC establece una lista indicativa o ejemplificativa de catorce supuestos considerados *prima facie* abusivos, igualmente ineficaces de pleno derecho.²

² Según la mencionada disposición, son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que: 1. limiten la responsabilidad legal del productor o proveedor; 2. impliquen la renuncia de los derechos legales del consumidor; 3. inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; 4. trasladen al consumidor, o un tercero que no sea parte del contrato, la responsabilidad del productor o proveedor; 5. el productor o pro-

Finalmente, el artículo 44 ^{EC} determina que la nulidad o ineficacia de una cláusula no afecta la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces. Cuando el contrato subsista, la autoridad competente aclarará cuáles serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente.

En Colombia, pues, la regulación legal de la abusividad en los contratos de consumo se articula en torno a una prohibición general de abuso (art. 42 ^{EC}) y una lista no exhaustiva de cláusulas abusivas (art. 43 ^{EC}). La prohibición general de abuso se centra, a su vez, en el concepto de desequilibrio injustificado y en la necesidad de una valoración circunstanciada de todas las condiciones particulares del contrato.

Entre la prohibición general de abuso y la lista de cláusulas abusivas no solo existe una relación de concretización normativa, sino también de fundamentación, en el sentido de que no basta, para que una cláusula sea considerada

veedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado; 6. vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones; 7. concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo; 8. impidan al consumidor resolver el contrato en caso de que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero; 9. presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo; 10. incluyan el pago de intereses no autorizados legamente; 11. impongan al consumidor, para la terminación del contrato, mayores requisitos que los solicitados al momento de la celebración de este, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas; 12. obliguen al consumidor a acudir a la jurisdicción arbitral; 13. eliminen o restrinjan la facultad del usuario del bien para hacer efectiva directamente, ante el productor o proveedor, las garantías legales en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles; y 14. establezcan cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento, o que le impongan sanciones por la terminación anticipada del contrato.

abusiva, que esta se subsuma en alguno de los supuestos previstos en la lista, sino que se requiere, además, que produzca, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en los derechos y obligaciones derivados del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares de este.

B. Sistemas de regulación de cláusulas abusivas

En el derecho comparado existen dos sistemas básicos de regulación de las cláusulas abusivas: uno en el que el legislador delimita claramente el supuesto de hecho de la norma, bastando al juez su comprobación procesal para deducir la existencia de un acto abusivo. Dicho sistema se relaciona estrechamente con los conceptos de lista negra, cláusulas-reglas o cláusulas abusivas concretas. El ejemplo paradigmático al respecto lo constituye la regulación italiana de la materia.

El segundo sistema, predominante en España y Alemania, se relaciona más con los conceptos de lista gris, cláusulas-principios, prohibición general de abuso y cláusulas abusivas generales.

El legislador enuncia de manera general y abstracta el supuesto de hecho de la norma —“desequilibrio contractual importante” (España), “desequilibrio injustificado” (Colombia), “limitación desproporcionada de derechos derivados del contrato” (Alemania)—, dejando al juez, con la ayuda de algún criterio metodológico de concretización —proporcionalidad, racionalidad o razonabilidad—, la misión de especificar la abu-

sividad de una determina cláusula teniendo en cuenta las particularidades del contrato.

El supuesto de hecho de la prohibición general de abuso, por ejemplo, centrado en el concepto de desequilibrio injustificado, solo suministra al juez una directriz para la búsqueda de la norma de decisión del caso concreto, lo que requiere que los elementos de dicho supuesto se interpreten flexiblemente de manera que permita la acomodación de las diversas situaciones específicas a la fórmula general prevista por el legislador.

Con esta fórmula abierta y necesitada de concretización, se busca dar cabida a una multiplicidad de hipótesis que se irían precisando a través de la práctica judicial (Pertíñez, 2011b, pág. 1587).

En el derecho comparado, la mayoría de los países han optado por una solución combinada de su régimen de control de cláusulas abusivas, pues al lado de la prohibición general de abuso, estructurada, a su vez, sobre conceptos como desequilibrio importante (España), o desequilibrio injustificado (Colombia), coexisten fórmulas intermedias, cláusulas abusivas generales y cláusulas abusivas concretas (listas grises y negras de cláusulas abusivas).

C. Normas generales y concretas de abusividad

En conexión con los sistemas generales de regulación de las cláusulas abusivas, las normas sobre abusividad se dividen en generales y concretas según su grado de indeterminación normativa.

En el derecho contractual de consumo, el máximo grado de indeterminación normativa lo ostenta la prohibición general de abuso (art. 42 EC),³ pasando por la lista más o menos indeterminada de cláusulas abusivas, gris o negra según el caso (art. 43 EC), hasta llegar, como veremos más adelante, a las normas particulares de decisión deducidas por el juez como resultado del proceso de concretización que supone el juicio de abusividad, que son las normas con el más alto grado de precisión y determinación normativa.

D. La indeterminación normativa de la prohibición general de abuso

El legislador colombiano, siguiendo al español y al comunitario europeo, estableció una norma general (la prohibición de abuso), que define a las cláusulas abusivas en torno a un concepto genérico e indeterminado: el desequilibrio injustificado del contenido del contrato, cuya especificación exige la valoración circunstanciada de todas las condiciones particulares de su celebración (juicio de abusividad).

Con esta fórmula abierta se busca dar cabida en el supuesto de hecho a una multiplicidad de hipótesis o de enunciados normativos que se irían precisando a través de la práctica judicial.

Tal supuesto de hecho proporciona al juez solo una directriz para la búsqueda de una norma de decisión, lo que excluye que su elemento prin-

³ La prohibición general de abuso del artículo 42 EC corresponde a la "cláusula general de abusividad" del artículo 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU) de España.

cial (el concepto de desequilibrio injustificado) sea interpretado de manera rígida, sino de manera flexible como instrumento que permite al juez la formulación de las diferentes normas de decisión en que se iría concretando la cláusula general.⁴

En otras palabras, el legislador colombiano ha enunciado de manera abierta e indeterminada el concepto de desequilibrio injustificado como elemento característico de la prohibición general de abuso, conforme al cual el juzgador tendrá que valorar el carácter abusivo de una cláusula o condición concreta.

Ahora bien, según lo dispuesto en el mismo artículo 42 EC, el carácter abusivo de una cláusula o condición se aprecia teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes al momento de su celebración, así como las demás cláusulas del acuerdo en examen o de los otros contratos con que este tenga conexión, lo que permite ajustar el control de contenido que supone el juicio de abusividad a las circunstancias de cada caso concreto (Pertíñez, 2011b, págs. 1635-1636).

De acuerdo con una interpretación que reconoce efectividad a todos los elementos del supuesto de hecho, tanto el desequilibrio injustificado del contrato como la necesidad de una valoración circunstanciada de todas las condiciones particulares de este se deben entender como requisitos independientes y cumulativos para

calificar una cláusula o una condición como abusiva.

Esto implica que el desequilibrio contractual no valdrá por sí solo para calificar una cláusula como abusiva si al mismo tiempo no va acompañado de su justificación (desequilibrio injustificado), pues una cláusula puede producir una ruptura de los derechos y obligaciones derivados del contrato y no ser, pese a ello, abusiva por estar plenamente justificada según las condiciones particulares de su celebración (Pertíñez, 2011b, pág. 1631).

E. La indeterminación relativa de la lista de cláusulas abusivas

El artículo 43 EC establece una lista de cláusulas *ab initio* abusivas, cuya ilegalidad el legislador sanciona con la ineficacia de pleno derecho.

Esta lista meramente ejemplificativa —enunciativa y no exhaustiva, como se le califica en el derecho español—, complementa la prohibición general de abuso y concretiza el concepto de cláusula abusiva sin ninguna pretensión de acaparar o agotar todas sus hipótesis posibles, como quiera que no excluye la posibilidad de que otras también lo sean en la medida en que reúnan las exigencias del artículo 42 EC.

En cuanto a la naturaleza de la lista, esto es, si se trata de una lista negra o gris de cláusulas abusivas, teniendo en cuenta el grado de indeterminación normativa de cada uno de sus supuestos, la aplicación judicial del artículo 43 EC no prescinde por completo de valoración alguna,

4 Sobre la indeterminación o "textura abierta" de las normas jurídicas, véase Hart (2009, págs. 155-169).

que es el rasgo con que la doctrina identifica las listas negras (Díez-Picazo, 1996b, pág. 466), ni permite tener por abusiva la cláusula o condición que simplemente se subsuma en alguna de las hipótesis previstas, pues a pesar de que el legislador redujo considerablemente el número de supuestos (14 en total) y comprimió al máximo cada uno de ellos, subsisten en la lista “conceptos jurídicos indeterminados” que en sí mismos suponen una ponderación que impide la calificación automática de la cláusula como abusiva.

Además, el carácter complementario de la lista respecto de la prohibición general de abuso, que sujeta la abusividad de una cláusula al cumplimiento de los requisitos de desequilibrio injustificado y valoración circunstanciada de las condiciones particulares del contrato, induce a catalogar como gris el elenco de cláusulas abusivas que de manera abierta y ejemplificativa establece el artículo 43 EC.

Tal lista gris la integrarían aquellos supuestos *prima facie* abusivos, pero que podrían no serlo de acuerdo con las condiciones particulares del contrato, la naturaleza del bien o servicio que constituye su objeto, el contexto contractual o las circunstancias especiales de su celebración.

En efecto, condición necesaria para que una cláusula sea considerada abusiva es que se subsuma en alguno de los supuestos más o menos indeterminados contenidos en la lista del artículo 43 EC.

Tal condición, sin embargo, no es suficiente, porque a pesar de que una cláusula se subsuma

en alguna de las hipótesis previstas en la lista, puede que no sea abusiva en vista de las condiciones que para el efecto exige el artículo 42: equilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y valoración de las condiciones particulares del contrato (Pertíñez, 2011b, pág. 1646).⁵

Podría decirse que el elenco de supuestos previsto en la ley constituye una lista negra cuando, además de prever unas hipótesis en términos precisos y concretos, no exista razón alguna, o cuando las razones existentes, teniendo en cuenta las condiciones particulares del contrato, no sean suficientes para justificar el desequilibrio que en los derechos del consumidor produce su inclusión como cláusula del mismo (Pertíñez, 2011b, pág. 1646).

F. Validez *prima facie* y validez definitiva

Las normas legales de abusividad, esto es, tanto la prohibición general de abuso como la lista de cláusulas abusivas, generales o concretas (listas grises o negras), pueden revestir una validez *prima facie* o una validez definitiva.⁶

El criterio más importante para distinguir cuándo una de tales normas ostenta una validez *prima facie* o una validez definitiva, lo constituyen las razones que pueden justificar, en un momento

5 La lista del artículo 43 EC, por comprender los supuestos más frecuentes de cláusulas abusivas en el comercio, se presumen tales, pero por su grado de indeterminación relativa o por el reenvío tácito que el legislador hace a los requisitos del artículo 42 EC, su abusividad debe ser examinada en función de los requisitos allí exigidos sobre equilibrio injustificado, teniendo en cuenta las condiciones particulares del contrato.

6 Sobre el concepto de validez *prima facie* y validez definitiva, véase Borowsky (1998) y Bernal (2003, págs. 637-645).

dado, la imposición unilateral de una cláusula o condición que produce, como establece el artículo 42 ec, un desequilibrio injustificado en el contenido del contrato.

Según dicho criterio, una norma 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 la imposición unilateral de una cláusula o condición determinada.

Por el contrario, una norma ostenta una validez definitiva cuando es considerada en relación con las demás normas del ordenamiento con las que puede entrar en colisión, teniendo en cuenta las razones que pueden justificar la imposición unilateral de una cláusula o condición (Bernal, 2003, págs. 637-645).

La consideración de las razones que pueden justificar el desequilibrio producido por la imposición unilateral de una cláusula o condición tiene lugar en la etapa discursiva del juicio de abusividad.

En dicha etapa, con la ayuda de algún criterio metodológico de valoración, el juez define la suficiencia de las razones que pueden justificar la imposición unilateral de una cláusula o condición.

De esta manera, la relación entre la validez definitiva de una norma y la aplicación de alguno de estos criterios es bastante estrecha, pues antes de tal aplicación las normas sobre abusividad contractual ostentan una validez *prima facie*.

G. Normas de abusividad *prima facie*

Como se ha dicho, una norma sobre abusividad ostenta una validez *prima facie* cuando se la considera en sí misma o de manera aislada, sin tener en cuenta las razones que puedan justificar la imposición unilateral de una cláusula o condición.

Ejemplo de una norma de abusividad con validez *prima facie* es la prohibición general de abuso que, con independencia de las razones que puedan justificar la imposición de una cláusula o condición, prohíbe, sancionándolas con nulidad, las cláusulas que produzcan, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado.

Frente a la facultad de imponer de manera unilateral el contenido normativo del contrato, dicha prohibición significa que el predisponente debe, *prima facie*, abstenerse de introducir cláusulas o condiciones que produzcan desequilibrios contractuales en perjuicio del consumidor, es decir, rupturas entre los derechos y obligaciones derivados del contrato, o que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos.

A *contrario sensu*, la validez *prima facie* de dicha prohibición significa que el predisponente (profesional o empresario) puede válidamente, mediante la imposición unilateral de cláusulas o condiciones generales, producir un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, siempre que tal desequilibrio se encuentre debidamente justificado.

En otros términos, la prohibición general de abuso no proscribire de forma definitiva o categórica cualquier desequilibrio, sino aquellos desequilibrios contractuales que no se encuentren suficientemente justificados.

En este sentido, solo son abusivas las cláusulas o condiciones que, además de producir un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, sean injustificadas, así como las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo y lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos.

Injustificado significa el desequilibrio arbitrario o no fundado en razones que de manera suficiente lo justifiquen (Stoffel-Munck, 2000).

Tanto por su carácter relativamente indeterminado como por el reenvío tácito que el legislador hace a la prohibición general de abuso, la disposición que establece la lista de supuestos *ab initio* abusivos (art. 43 EC), ostenta también una validez *prima facie*.

H. Normas de abusividad definitivas

Como se ha dicho, una norma sobre abusividad ostenta una validez definitiva cuando se la considera en relación con las demás normas del ordenamiento con las que puede entrar en colisión, teniendo en cuenta las razones que puedan justificar la imposición unilateral de una cláusula o condición determinada.

La consideración de tales razones tiene lugar en la etapa discursiva del juicio de abusividad

cuando, con la ayuda de algún criterio de valoración, el juez define la suficiencia de las razones que puedan justificar la producción de un desequilibrio en el contenido del contrato. Antes de dicha aplicación, las normas de abusividad ostentan una validez *prima facie*.

Un ejemplo de norma de abusividad con validez definitiva lo constituye la regla particular de decisión que sirve de premisa mayor en la fundamentación interna del fallo con que se define la abusividad de una cláusula o condición concreta (Alexy, 2007a, págs. 214-222).

I. La validez de las normas dentro del juicio de abusividad

Establecida la existencia de un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, producido por el predisponente mediante la imposición unilateral de una cláusula o condición, corresponde al juez definir la suficiencia de las razones que puedan justificar tal desequilibrio.

Como ya se dijo, la existencia de un desequilibrio no es suficiente, por sí mismo, para considerar abusiva la cláusula o condición que lo genera, ni para declarar la nulidad de esta. Antes bien, el juez debe dar paso a la etapa discursiva del juicio de abusividad y establecer, con la ayuda de algún criterio de valoración, la “relación de precedencia condicionada” (Alexy, 2007b, págs. 69-79) entre las razones que sustentan la imposición unilateral de la cláusula o condición (pretensión del predisponente) y las que sustentan su expulsión como contenido normativo del contrato (pretensión del adherente o consumidor).

En otros términos, en tal etapa el juez pondera las razones que juegan a favor o en contra de la imposición unilateral de la cláusula o condición en examen.

Si la medida supera las exigencias del criterio de valoración, el juez deberá declarar, de manera definitiva, la legitimidad de la imposición unilateral de la cláusula o condición y la validez de esta como contenido normativo del contrato, pues a pesar de introducir un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, tal desequilibrio se encuentra justificado de acuerdo con el criterio de valoración utilizado.

Por el contrario, si la cláusula o condición no supera las exigencias del criterio de valoración, el juez deberá declarar, de manera definitiva, la abusividad de aquella y su exclusión del contenido normativo del contrato, como quiera que produce un desequilibrio injustificado en la distribución de los derechos y obligaciones de las partes según el criterio de valoración empleado.

J. Los presupuestos lógicos de aplicación de la prohibición general de abuso

De acuerdo con lo anterior, la aplicación judicial de la prohibición general de abuso exige dos presupuestos lógicos: en primer lugar, que se establezca la existencia de un desequilibrio en el contenido normativo del contrato; y, en segundo término, establecido lo anterior, que se definan las razones que puedan justificar dicho desequilibrio.

Tales extremos constituyen el objeto de las etapas declarativa y discursiva, respectivamente, del juicio de abusividad.

Según se ha dicho, el problema central que plantea la aplicación judicial de la prohibición general de abuso es que dicha norma presenta un alto grado de apertura e indeterminación que impide al juez deducir directamente del artículo 42 EC los anteriores presupuestos.

Tal disposición, en otras palabras, no proporciona criterios o elementos de juicio de los cuales pueda inferir el juez cuándo existe un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, ni cuándo unas razones concretas son suficientes para justificar tal desequilibrio.

Dicha indeterminación hace que el juez, cuando tenga necesidad de definir la abusividad de una cláusula o condición impuesta de manera unilateral por el predisponente, deba emprender un proceso de concretización mediante el cual defina lo que está permitido, prohibido u ordenado desde el punto del artículo 42 EC, teniendo en cuenta las condiciones particulares del caso concreto.

Tal concretización consiste en un proceso de interpretación contractual mediante el cual el juez define la existencia de un desequilibrio del contrato, así como la suficiencia de las razones que puedan objetivamente justificarlo.

La etapa discursiva consiste, precisamente, en un proceso de interpretación teleológico-objetivo por medio del cual se define el contenido con-

creto de la prohibición general de abuso frente al desequilibrio que provoca la imposición unilateral de la cláusula en cuestión, deducido previamente en la etapa declarativa (Larenz, 2001, págs. 312-316; Guastini, 2014, págs. 105-113).

En la etapa discursiva se ventilan las razones que juegan a favor o en contra de la abusividad de la cláusula o condición, conflicto que resuelve el juez mediante un proceso de ponderación cuyo resultado es una norma particular que sirve de premisa mayor en la fundamentación interna del fallo con que se define la abusividad de la cláusula o condición en examen.

II. FUNDAMENTO Y ESTRUCTURA DEL JUICIO DE ABUSIVIDAD

A. Fundamento

El control que supone el juicio de abusividad se justifica por la posibilidad que tiene dicho mecanismo de equilibrar la facultad que ostenta el predisponente de imponer unilateralmente el contenido normativo del contrato, por una parte, en contraste con la dificultad que enfrenta el consumidor de elegir libremente entre las diferentes ofertas del mercado, por la otra.

El desequilibrio estructural en que se hallan las partes en los contratos de adhesión, y la posibilidad de abuso del predisponente sobre el extremo débil de la relación, justifica la existencia de normas que, como la prohibición general de abuso, establecen mecanismos protectores de los derechos de los consumidores frente a

las cláusulas o condiciones impuestas unilateralmente por el empresario o profesional como contenido normativo del contrato.

Los presupuestos sobre los que se asienta la autonomía privada (la libertad y la igualdad de las partes), se rompen cuando el predisponente se dedica profesionalmente a la producción o comercialización de bienes y servicios, y el adherente o consumidor acude a su contratación para satisfacer sus necesidades de consumo.

Las razones que explican la desigualdad negocial de las partes en los contratos de consumo son, en primer término, el desequilibrio informativo y, en segundo lugar, la facultad del empresario de predisponer unilateralmente las cláusulas del contrato.

Es claro el desequilibrio informativo entre quien celebra de manera habitual una pluralidad de contratos del mismo tipo y quien contrata ocasionalmente para satisfacer sus necesidades de consumo; entre el empresario que conoce los productos y servicios que él mismo produce o distribuye en masa (y en especial de los riesgos que pueden acaecer a lo largo del contrato y que trata de trasladar a la otra parte), y el adherente o consumidor como parte legítima de dicha relación.

La quiebra del principio de la autonomía se explica, por otro lado, por la posibilidad que tiene el profesional de predisponer unilateralmente el contenido del contrato, como ocurre con la imposición de condiciones generales, a las que tiene que adherir forzosamente el consumidor si quiere adquirir el bien o servicio que requiere.

Si bien el empleo de tales condiciones es necesario en la contratación en masa, es también indudable que ello conlleva que el contenido del contrato sea el reflejo exclusivo de los intereses negociales del empresario predisponente (Pertíñez, 2011b, pág. 1598-1599).⁷

De acuerdo con lo anterior, en las relaciones de consumo existe un desequilibrio estructural, y no una mera ruptura ocasional derivada de la situación de necesidad, ingenuidad o inexperiencia de un contratante concreto, lo que justifica un régimen especial de protección de la parte débil de las relaciones contractuales en masa, caracterizadas por la asimetría informativa y la desigualdad negocial de las partes y que, más que una limitación de la libertad privada, se debe concebir como una limitación al poder de predisposición del sector de la oferta sobre el de la demanda, con el objeto de restablecer el equilibrio de una paridad rota por un fallo estructural del mercado (Pertíñez, 2011a, pág. 284).⁸

7 El juicio de abusividad se fundamenta también en los principios de buena fe, equilibrio contractual e interdicción de la arbitrariedad. Según este último, el contenido del contrato no puede quedar al arbitrio exclusivo de una de las partes sin una razón suficiente que lo justifique, en especial el precio, su cumplimiento o incumplimiento, o la modificación o resolución sin justa causa de este, así como el establecimiento de exoneraciones de responsabilidad en que pueda incurrir el predisponente por dolo, culpa o mora. Este es el sentido de la prohibición contenida en el artículo 1522 de nuestro Código Civil sobre condonación del dolo futuro.

8 Incluso desde una perspectiva liberal no se podría sostener que el garante de la autonomía del consumidor en la contratación en masa sea el mercado y la posibilidad de elección entre distintas alternativas, pues el mercado no ha servido para equilibrar el contenido de las relaciones de consumo, ya que no son penalizados ni expulsados aquellos competidores que utilizan sus ventajas informativas y su facultad de imposición unilateral de condiciones generales para establecer un contenido contractual solo favorable a sus intereses. Tampoco en una situación de competencia perfecta (ausencia de monopolios u oligopolios, o de acuerdos entre empresas competidoras sobre las condiciones de bienes y servicios), existe un equilibrio entre el sector

El juicio de abusividad de las cláusulas no negociadas individualmente, respecto a las cuales no vale la regla general *pacta sunt servanda*, se fundamenta también en las peculiaridades de la adhesión a las condiciones generales como fuente de legitimación negocial frente al consentimiento.

La fuerza vinculante de las condiciones generales deriva de una fuente de legitimación distinta de la autonomía de la voluntad, toda vez que estas pasan a formar parte del contenido del contrato cuando el consumidor manifieste su adhesión y se cumplan los requisitos formales de incorporación, exigencias que se relacionan con la transparencia del proceso y que se surte con la puesta a disposición del contrato y con su redacción clara, comprensible y completa.

La adhesión representa un acuerdo sobre la incorporación de las condiciones generales al contrato, pero no respecto de cada una de las condiciones individualmente consideradas, toda vez que el cumplimiento de los requisitos de incorporación no supone su conocimiento por parte del adherente, quien no tiene otra alternativa que el rechazo o la aceptación en bloque del contrato.

de la oferta y la demanda, dada la distinta atención que el empresario y el consumidor prestan a los diferentes aspectos del contrato. El consumidor dirige su atención al precio y su relación con el bien o servicio que constituye la contraprestación, y atendiendo a estos aspectos, y no a los que constituyen el contenido normativo del contrato, adopta su decisión de contratar o no. Tal desatención del contenido normativo del contrato permite al profesional reglamentar unilateralmente los aspectos distintos del precio y de la contraprestación, en perjuicio del adherente y sin que ello comporte una pérdida de clientela. El empresario tratará de captar clientela reduciendo el precio a costa de empeorar las condiciones normativas del contrato. Al respecto, Pertíñez (2011a, págs. 284-287).

No existe, por tanto, ni libertad ni autodeterminación del adherente respecto del contenido de las condiciones generales, ni un consentimiento libre y consciente, ya que no hay en el mercado opciones alternativas sobre el contenido de tales condiciones (Berlioz, 1976).

El juicio de abusividad constituye entonces la garantía de equilibrio del contrato frente a la falta de conocimiento y libertad propia del acto de adhesión, como quiera que las condiciones generales no son tenidas en cuenta por el consumidor a la hora de contratar y que los requisitos de incorporación tratan pero no aseguran el conocimiento efectivo de estas (Alfaro Águila-Real, 2002, págs. 75-92).

Por otra parte, la falta de conocimiento de las condiciones generales también puede producir un perjuicio al adherente, que tiene que ser corregido por el control de contenido, como ocurre, por ejemplo, en el caso de las cláusulas sorpresivas o de las que inciden en la determinación de las condiciones principales del contrato (precio y contraprestación), las cuales pueden producir una alteración del equilibrio económico pactado o un falseamiento de las reglas de la competencia (Pertíñez, 2011b, pág. 1628).

B. La estructura del juicio de abusividad

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

Como se reitera, dicha norma establece que 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 este puede ejercer sus derechos.

Frente a la facultad de imponer de manera unilateral el contenido normativo del contrato, dicha prohibición significa que el predisponente debe, *prima facie*, abstenerse de introducir cláusulas o condiciones que produzcan desequilibrios en perjuicio del consumidor o que, *a contrario sensu*, el predisponente puede válidamente, mediante la imposición unilateral de cláusulas o condiciones, introducir un desequilibrio del contrato, siempre que se encuentre suficientemente justificado.

En este sentido, solo serán abusivas las cláusulas o condiciones que, además de producir un desequilibrio del contrato, sean injustificadas, así como las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo y lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos.

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

1. En primer lugar, 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 normativo del contrato; y
2. En segundo término, establecida la existencia de tal desequilibrio, que se defina la suficien-

cia de las razones que puedan jurídicamente legitimarlo.

Un desequilibrio suficientemente justificado equivale a una estipulación válidamente impuesta por el predisponente. Por el contrario, un desequilibrio contractual injustificado equivale a una cláusula abusiva, que el juez tiene la obligación de excluir del contenido normativo del contrato.⁹

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 la existencia de un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, es decir, si el predisponente, mediante la imposición unilateral de una cláusula o condición, produce, en detrimento del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones derivadas del contrato (Fin-Langer, 2002).

9 Establecida la existencia de un desequilibrio injustificado, o lo que es lo mismo, de una cláusula abusiva, el juez ha de definir la forma como se debe reparar la ilicitud que supone dicha cláusula abusiva, bien mediante su expulsión del contenido normativo del contrato (declaratoria de nulidad), o bien mediante tal declaratoria de nulidad y la reparación de los daños causados al adherente, según el caso. La prohibición general de abuso no solo proscribire, como ya se dijo, los desequilibrios injustificados, sino que también establece la sanción de las cláusulas que resulten abusivas, ordenando su exclusión del contenido normativo del contrato (nulidad parcial) y la reparación de los daños que su adopción haya producido al adherente o consumidor. Para el juez, el problema radica no tanto en la fundamentación de tal derecho a la reparación, que se desprende de la prohibición general de abuso o de sus normas complementarias (art. 830 del Código de Comercio), sino en la definición de los criterios que permitan establecer en cada caso concreto dicha reparación.

Por su parte, la finalidad de la etapa discursiva es ponderar, verificada la existencia del desequilibrio producido por el predisponente, la suficiencia de las razones que puedan justificar tal desequilibrio pues, como se ha dicho, un desequilibrio suficientemente justificado representa una estipulación contractual válidamente impuesta por el predisponente, en tanto que un desequilibrio injustificado representa una cláusula abusiva que el juez debe excluir como contenido normativo del contrato.

La etapa discursiva tiene entonces por objeto resolver la colisión que suponen las razones que tuvo el predisponente para imponer unilateralmente una cláusula o condición determinada, frente a las razones que tiene el consumidor o adherente para oponerse a ella.

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

La etapa discursiva se explica, por otra parte, por la validez *prima facie* de la prohibición general de abuso, la cual, se insiste, no prohíbe cualquier desequilibrio sino aquel que sea arbitrario o carente de razones que de manera suficiente lo justifiquen.

Ahora bien, la suficiencia de las razones que puedan justificar un desequilibrio en el contenido del contrato la define el juez con la ayuda

de algún criterio metodológico de valoración, ya se trate del principio de proporcionalidad o de los criterios de racionalidad o razonabilidad. De esta manera, solo los desequilibrios justificados de acuerdo con alguno de tales criterios, es decir, los desequilibrios razonables o proporcionados, constituyen estipulaciones contractuales válidas, pese a ser impuestas unilateralmente por el predisponente.

Cuanto más y mejores sean las razones que sustentan la cláusula o condición impuesta unilateralmente por el predisponente, estará justificado su mantenimiento definitivo como una cláusula válida del contrato. Se tratará entonces de una estipulación razonable o proporcionada en el sentido de no arbitraria (Le Gac-Pech, 2000).

Por el contrario, cuanto más y mejores sean las razones que tenga el adherente para oponerse a la cláusula o condición en disputa, estará justificada su calificación como cláusula abusiva y su exclusión como contenido normativo del contrato.

C. Desequilibrio de derechos y obligaciones

Para que una cláusula contractual pueda ser considerada abusiva, la prohibición general de abuso exige que esta produzca, en primer lugar, un desequilibrio en los derechos y obligaciones derivados del contrato. Esta regla de decisión representa el control de contenido en su acepción más clásica, pues se trata de valorar el equilibrio de la reglamentación contenida en las cláusulas o condiciones del contrato median-

te su confrontación con la reglamentación que objetivamente se considere justa o equilibrada (Peglion-Sika, 2013, págs. 229-257).

Para juzgar el carácter objetivamente equilibrado del contrato es preciso confrontar su contenido con un modelo de referencia, modelo que viene dado por el derecho dispositivo que representa en abstracto el equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes previsto por el legislador (Stiglitz y Stiglitz, 1985, págs. 127-232).

Sin embargo, no se puede admitir que una simple contravención al derecho dispositivo sea motivo suficiente para calificar una cláusula como abusiva, pues el propio derecho dispositivo prevé que las partes pueden regular de manera distinta, dentro de los límites marcados por las normas imperativas, el contenido normativo del contrato, de modo que se adecúe a sus necesidades y preferencias según el tipo de acuerdo celebrado y a las circunstancias concretas de cada caso, razón por la cual el legislador exige que se trate de un desequilibrio injustificado y no de cualquier desequilibrio.

Existe un buen número de cláusulas o condiciones que se separan del derecho dispositivo y que, pese a ello, no pueden ser consideradas abusivas por estar plenamente justificadas según las circunstancias de cada caso concreto. 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 (Pertíñez, 2011b, pág. 1635).

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 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 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.

Es en el contexto de este juicio circunstanciado, y no en la mera desviación del derecho dispositivo, donde debe recaer el acento para determinar el carácter abusivo o no de una cláusula de contenido jurídico.

D. La etapa discursiva del juicio de abusividad

La finalidad de la etapa discursiva, como se ha visto, será definir la suficiencia de las razones que puedan justificar un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, introducido por el predisponente mediante la imposición unilateral de las cláusulas o condiciones en examen.

En otras palabras, en tal etapa se establecen las normas particulares que sirven de premisa mayor en la fundamentación interna del fallo con que se defina la abusividad de una cláusula o condición determinada (Bernal, 2003, págs. 757-791). Tales normas particulares son el resultado de un proceso de concretización de la prohibición general de abuso, estructurada a partir del concepto de desequilibrio contractual injustificado.

Ahora bien, la suficiencia de las razones que puedan justificar un desequilibrio en el contenido normativo del contrato la define el juez con la ayuda de alguno de los criterios metodológicos de proporcionalidad, razonabilidad o racionalidad señalados, que le permita especificar o concretizar disposiciones con un alto grado de apertura e indeterminación normativa, como la prohibición general de abuso establecida en el artículo 42 EC (Le Gac-Pech, 2000).

En la etapa discursiva, en efecto, el juez pondera las razones que juegan a favor o en contra y, en función de su peso específico, establece entre ellas una relación de precedencia condicionada que le sirva para definir la abusividad de la cláusula o condición en examen (Alexy, 2007a, págs. 349-374).¹⁰

¹⁰ De allí que la existencia de dicho desequilibrio constituya el presupuesto lógico de la etapa discursiva y de la aplicación de algún criterio metodológico de ponderación en el marco del juicio de abusividad, pues solo si se ha definido previamente la existencia de tal desequilibrio tiene sentido indagar por la suficiencia de las razones que puedan justificarlo.

1. La estructura de la etapa discursiva

Establecida la existencia de un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, producido por la imposición unilateral de una cláusula o condición concreta, corresponde al juez definir la suficiencia de las razones que puedan justificarlo.

A partir de la existencia de tal desequilibrio, el juez ha de ponderar, con la ayuda de los criterios de valoración señalados, las razones fácticas o jurídicas que le permitan definir la abusividad de tal cláusula o condición (Le Gac-Pech, 2000; Bernal, 2003, págs. 757-791).

De acuerdo con lo anterior, la etapa discursiva del juicio de abusividad persigue los siguientes objetivos:

1. Definir la suficiencia de las razones que puedan justificar el desequilibrio contractual derivado de la imposición unilateral de una cláusula o condición concreta. Dicha definición la logra el juez mediante la ponderación de las razones fácticas y jurídicas que juegan a favor o en contra de mantener tal cláusula o condición (pretensión del predisponente), o, por el contrario, excluirla del contenido normativo del contrato según le proponga el adherente; y
2. Definir y fundamentar la norma particular de decisión que sirve al juez de premisa mayor al fallo con que se define la abusividad de la cláusula o condición en examen, como quiera que en la etapa discursiva el juez concretiza el contenido normativo de la prohibición

general de abuso frente a un caso concreto de imposición unilateral de una cláusula o condición.

El resultado de tal proceso es una norma particular de decisión que define lo que al predisponente le está prohibido, permitido u ordenado desde el punto de vista de la prohibición general de abuso.

Tal norma particular de decisión expresa la relación de precedencia condicionada de las razones fácticas o jurídicas que juegan a favor o en contra del mantenimiento de la cláusula o condición cuestionada, o de su exclusión como contenido normativo del contrato.¹¹

2. Ponderación circunstanciada

La imposición unilateral de una cláusula o condición, cuya exclusión del contenido del contrato pretende el consumidor por considerarla abusiva, supone una colisión de razones que juegan a favor o en contra de su posible abusividad, que el juez debe definir con la ayuda de algún criterio objetivo de valoración (Le Gac-Pech, 2000).

¹¹ Además de servir como límite objetivo frente a la facultad de imposición del predisponente y de criterio para valorar la suficiencia de las razones que permitan justificar un desequilibrio contractual concreto, los criterios metodológicos de valoración sirven para definir y fundamentar la norma de decisión mediante la cual se concretiza el contenido normativo de la prohibición general de abuso, premisa mayor en la fundamentación interna del fallo con que se define la abusividad de una determinada cláusula o condición. La aplicación de los mencionados criterios en el marco del juicio de abusividad se explica por la función que estos cumplen en la concretización de normas generales que, como la establecida en el artículo 42 EC, se caracterizan por su alto grado de indeterminación normativa, así como por su validez *prima facie*. La valoración de la suficiencia de las razones que puedan justificar un desequilibrio contractual producido por la imposición unilateral de una cláusula o condición determinada, la efectúa el juez con la ayuda de tales criterios.

Por una parte, las razones que sustentan la pretensión del predisponente a favor del mantenimiento de la cláusula o condición y, por la otra, las que sustentan la pretensión del adherente a favor de la exclusión de tal cláusula o condición del contenido normativo del contrato.

Tal colisión la resuelve el juez estableciendo una relación de precedencia entre ambos grupos de razones, condicionada por las circunstancias especiales del caso concreto. Bajo unas circunstancias diferentes, la relación de precedencia puede ser distinta, pues las colisiones de este tipo tienen lugar en la dimensión del peso específico de cada una de las razones que entran en colisión, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto.

En los casos concretos, tales razones tienen un peso relativo o diferenciado y en la colisión entre ellas prima la razón con un peso mayor. Dicho peso es definido por el juez mediante la ponderación de las razones fácticas y jurídicas en juego.

El criterio metodológico utilizado permite al juez establecer, en unas circunstancias determinadas, la relación de precedencia entre las razones que tiene el predisponente para mantener la cláusula o condición cuestionada y las que tiene el adherente o consumidor para pretender su exclusión del contenido normativo del contrato.

Si en unas circunstancias determinadas priman las razones aducidas por el predisponente a favor del mantenimiento de la cláusula o condición cuestionada, significa entonces que esta

supera las exigencias del criterio de valoración y que la cláusula no puede considerarse abusiva. En dicho caso, la cláusula o condición en examen constituye una estipulación contractual válida que hace parte del contenido normativo del contrato.

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

3. El resultado de la ponderación

Que las razones del predisponente o del adherente, según el caso, primen unas sobre otras significa que debe aplicarse la consecuencia jurídica que la prohibición general de abuso establezca según los resultados del proceso de su concretización.

Las circunstancias en que unas razones prevalecen sobre otras constituyen el supuesto de hecho de la norma de decisión con que el juez define la abusividad de la cláusula o condición en examen. En este sentido, resolver un caso de abusividad de una determinada cláusula, mediante el empleo de algún criterio objetivo de concretización, es establecer una regla de deci-

sión que se fundamenta a partir de las razones relevantes de la ponderación.

La ley de colisión expresa el hecho de que entre las razones que sustentan la pervivencia de la cláusula o condición impuesta unilateralmente (pretensión del predisponente), y las que sustentan su exclusión como contenido normativo del contrato, su nulidad e incluso la indemnización de perjuicios (pretensión del adherente), no existe una relación de precedencia absoluta, sino relaciones de precedencia condicionada (Le Gac-Pech, 2000; Bernal, 2003, págs. 791-792).¹²

Cuando bajo unas circunstancias determinadas las razones del predisponente prevalecen sobre las que sustentan la pretensión del consumidor por ser conformes con el criterio de valoración empleado, la cláusula o condición objeto de control debe estimarse válida y parte integrante del contenido normativo del contrato. La validez de la cláusula constituye la consecuencia jurídica de la norma de decisión.¹³

Por el contrario, si bajo unas circunstancias distintas, las razones del adherente o consumidor prevalecen sobre las que sustentan la pretensión del predisponente (la validez y mantenimiento de la cláusula o condición impuesta por él de forma unilateral), la cláusula en cuestión debe

estimarse abusiva por incumplir las exigencias del criterio de valoración empleado, debiendo, en consecuencia, ser excluida o declarada nula como contenido normativo del contrato.

La nulidad en este caso constituye la consecuencia jurídica que se deriva del cumplimiento del supuesto de hecho de la norma de decisión derivada del criterio de valoración escogido.¹⁴

Las consecuencias jurídicas que apareja la realización del supuesto de hecho de la norma de decisión son diversas y se refieren a la validez de la cláusula o condición objeto del control, al deber de reparación o a la carga de argumentación.

De acuerdo con lo anterior, en las circunstancias en que las razones del predisponente tengan prelación sobre las del adherente, es decir, en el caso en que aquellas satisfagan las exigencias del criterio de valoración empleado, el juez deberá considerar justificada la cláusula o condición objeto de control y declarar su validez como parte integrante del contrato.

En consecuencia, la cláusula o condición cuestionada mantendrá su validez por su conformidad con el criterio de valoración y adquirirá validez definitiva para el caso concreto.

En términos del artículo 42 EC, tal cláusula o condición, así produzca en detrimento del adherente

12 En la fijación de tal relación de precedencia concurren por igual, complementándose recíprocamente, los métodos de la ponderación, propia de los principios, y de subsunción, propia de las reglas.

13 Si bajo unas circunstancias específicas (C1), las razones del predisponente (Gp) prevalecen sobre las razones del adherente (Ga), es decir, C1 (Gp P Ga), entonces adquiere validez una norma de decisión (Nd) cuyo supuesto de hecho es C1 y F su consecuencia jurídica (la validez de la cláusula o condición impugnada): Nd (C1)→F.

14 Si bajo unas circunstancias distintas (C2), las razones que fundamentan la pretensión del adherente (nulidad de la cláusula o condición), prevalecen sobre las que sustentan la pretensión del predisponente, es decir, C2 (Ga P Gp), entonces adquiere validez la norma de decisión (Nd), cuyo supuesto de hecho es C2 y F su consecuencia jurídica (nulidad de la cláusula o condición objeto de control): Nd (C2)→F.

un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, constituye una estipulación contractual válida, precisamente por representar un desequilibrio justificado según el criterio de valoración.

Por el contrario, si en unas circunstancias distintas, las razones del adherente tienen prelación sobre las del predisponente, bien porque de acuerdo con el criterio de valoración tienen más peso o valor, o bien porque se aplique algún criterio de interpretación favorable al adherente (*in dubio pro adherente*, por ejemplo), el juez deberá considerar abusiva la condición bajo examen, declarar su nulidad y excluirla del contenido normativo del contrato (Castán, 2008, págs. 808-809).¹⁵

E. Valoración circunstanciada de la abusividad

El juicio circunstanciado de abusividad hace relación a las “condiciones particulares del contrato” a que se refiere el artículo 42 EC.¹⁶ Tales

condiciones particulares, cuya valoración debe hacerse conjuntamente, sin que unas excluyan a las otras, son básicamente las siguientes: 1. La naturaleza del bien o servicio objeto del contrato; 2. Las demás partes o cláusulas del acuerdo; y 3. Las circunstancias particulares existentes en el momento de su celebración.

Un bien o servicio puede hacer que una cláusula sea considerada abusiva en un contrato determinado, y no abusiva en otro contrato que tenga como objeto el mismo bien o servicio, dependiendo, por ejemplo, de que se trate de una prestación única.

En otros términos, un bien o servicio puede hacer que una cláusula no sea abusiva en un contrato que tuviera por objeto un bien o servicio determinado y que, por el contrario, sí lo sea en otro, incluso realizado por el mismo predisponente, sobre un bien o servicio de naturaleza distinta (Pertíñez, 2011b, pág. 1635).

El contexto contractual puede también compensar el carácter desequilibrado de una cláusula con otras cláusulas del mismo contrato. De esta manera, una cláusula que establece una prórroga tácita de un contrato, si el consumidor no denuncia en un plazo determinado (cláusula *prima facie* abusiva), puede, dependiendo del caso, ser válida en vista de otra que impone al predisponente, con una antelación razonable, el deber de avisar al consumidor el vencimiento del plazo y de advertirle de las consecuencias de su silencio.

De igual forma, una cláusula que, considerada en abstracto, es *prima facie* desequilibrada o

15 La nulidad parcial de los contratos que contienen cláusulas abusivas (arts. 3º, num. 1.6; 44 y 47 EC) es una modalidad especial de ineficacia mediante la cual se sancionan las infracciones a normas imperativas contenidas en las leyes especiales de protección de consumidores, entendiéndose que las cláusulas nulas han de ser sustituidas por las legales, sin que haya de atenderse a la voluntad hipotética de los contratantes para mantener en vida el contrato rectificado. Solo en caso de producirse una situación no equitativa de las posiciones de las partes, habrá lugar a la nulidad total del contrato. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas en el contrato. La parte de este afectada por la nulidad se integrará con arreglo al principio de buena fe. El juez que declare la nulidad dispondrá de facultades moderadoras respecto de las obligaciones y derechos de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario.

16 Como se ha dicho, tal disposición corresponde al artículo 82 del TRLGDCU, según el cual el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato en examen, o de otro del que este dependa (num. 3). Al respecto, Bercovitz (2009).

abusiva, puede no serlo si se la considera en relación con las demás cláusulas del mismo contrato, como sucede cuando una disposición contractual rompe en detrimento del consumidor el principio sinalagmático de negarse al cumplimiento de la obligación propia por incumplimiento de la recíproca (*exceptio non adimpleti contractus*), que se ve compensada por otra que establece a cargo del predisponente la obligación de constituir una fianza que garantice la devolución de las cantidades pagadas, tanto en caso de incumplimiento como de cumplimiento defectuoso o insolvencia del constructor.

En un caso concreto, consideradas las circunstancias de una situación específica, la función de garantía que cumple el principio sinalagmático puede ser sustituida por la constitución de una fianza, razón que puede ser suficiente por sí sola para justificar la validez de la cláusula del contrato (Pertíñez, 2011b, pág. 1636).¹⁷

Por circunstancias objetivas existentes en el momento de la contratación se entiende, por ejemplo, el poder de negociación de las partes, el control o la posición dominante de estas en el mercado, o las atinentes a las características de este, a los usos del tráfico en un determinado sector, las condiciones tecnológicas de cada

momento, la publicidad que se haya hecho de un bien o servicio, entre otras.

Las circunstancias que inciden en la abusividad de una cláusula específica pueden ser también las particulares de cada contrato, como los tratos previos con un cliente determinado, las relaciones anteriores con un mismo cliente, la apariencia externa del contrato, los hechos del predisponente anteriores a la celebración del contrato, todo lo cual puede tener incidencia en el juicio de sorpresividad, como quiera que en un caso concreto pueden generar en el consumidor una expectativa especial sobre el contenido del contrato que puede ser frustrada por una cláusula o condición.

Tales circunstancias deben valorarse conjuntamente, sin que unas excluyan a las otras (Pertíñez, 2011b, pág. 1637).

III. INTENSIDAD DIFERENCIADA DEL CONTROL MATERIAL SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS

Como quiera que la regulación legal de la abusividad se articula en torno a una prohibición general de abuso y una lista no exhaustiva de cláusulas *prima facie* abusivas, es posible configurar un modelo diferenciado de control judicial de abusividad según se trate de supuestos que se subsuman o no en la lista gris del artículo 43 EC.

Estas distintas versiones del juicio de abusividad pueden ser reconducidas a dos sistemas básicos, dentro de los cuales puede incluso

17 En la valoración del carácter abusivo de una cláusula de contenido normativo no debe tenerse en cuenta el precio del contrato, pues, como ya se ha dicho, el control de las cláusulas de contenido normativo se justifica porque estas no son tomadas en cuenta por el consumidor a la hora de contratar. Sin embargo, de manera excepcional, un precio más bajo puede legitimar en un momento dado la validez de una cláusula de contenido normativo cuando esta sea asumida de manera consciente por el consumidor, como ocurre en los casos de elección de tarifas, pero en dicho evento la cláusula en cuestión deja de ser una condición general para convertirse en una cláusula plenamente consentida que escapa, por tanto, al control de contenido.

identificarse varios modelos combinados o intermedios:

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

Ambos modelos se distinguen por la intensidad diferenciada que en cada uno de ellos supone el control material de abusividad (test estricto, intermedio o débil), y en cuanto a las reglas sobre carga de la prueba y de argumentación que cada uno de ellos supone.

A. Test o escrutinio débil

El test o escrutinio débil (*rational basis test*) se emplearía en los casos de aplicación directa de la prohibición general de abuso, es decir, aquellos que no se subsumen dentro de la lista de supuestos presunta o *prima facie* abusivos, y en los que no haya un motivo o razón para “sospechar” de la buena fe del predisponente.

Tal escrutinio representaría la fórmula “normal” para la aplicación de las normas sobre abusividad en el derecho contractual de consumo.

El criterio principal que define la aplicación de este tipo de escrutinio es la buena fe que am-

para en estos casos la conducta contractual del predisponente (empresario o profesional). Por tanto, este tipo de escrutinio se aplica por regla general en aquellos casos de imposición unilateral de cláusulas o condiciones que no se consideran *prima facie* abusivas por no estar comprendidas en la lista del artículo 43 EC.

De acuerdo con el escrutinio débil, para que una cláusula o condición sea considerada abusiva debe producir un desequilibrio injustificado en el contenido jurídico del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares de este. El escrutinio débil consta, por tanto, de dos exigencias:

1. Que la cláusula o condición produzca, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en el contenido jurídico del contrato; y
2. Que dicho desequilibrio sea injustificado teniendo en cuenta las condiciones particulares del contrato.

En este sentido, una cláusula o condición es abusiva si, como lo establece el artículo 42 EC, esta produce, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en el contenido jurídico del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares de este.

B. Test o escrutinio estricto

Mediante escrutinio estricto, por su parte, se enjuiciarían aquellos supuestos presunta o *prima facie* abusivos incluidos en la lista del artículo 43 EC, precisamente por ser los casos más fre-

cuentas e importantes de cláusulas o condiciones abusivas según la práctica contractual.

Tal escrutinio se aplicaría, en consecuencia, a los supuestos “sospechosos” de abusividad (limitación o exención de responsabilidad del predisponente, restricción de derechos del consumidor, etc.).

En los casos en que procede el escrutinio estricto, para que una cláusula sea considerada abusiva, además de subsumirse en alguno de los supuestos previstos en la lista de cláusulas presunta o *prima facie* abusivas del artículo 43 ec, esta debe producir, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en el contenido normativo del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares de este.

En otros términos, según el test estricto, una cláusula o condición es abusiva si cumple las siguientes exigencias:

1. Si se subsume en alguno de los supuestos previstos en el artículo 43 ec como “cláusulas abusivas”; y
2. Si dicha cláusula o condición produce, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en el contenido jurídico del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares de este (art. 42 ec).

Tales exigencias hacen que la aplicación del escrutinio estricto sea la excepción, pues debe presumirse siempre la buena fe del predisponente en su conducta contractual, a menos que haya una razón suficiente para entender lo contrario,

como sucede precisamente en los supuestos previstos en la lista del artículo 43 ec.

Igualmente, la aplicación de este escrutinio supone una inversión de la carga de la prueba y de la argumentación: mientras el predisponente (empresario o profesional) no aduzca y fundamente suficientemente que la cláusula o condición por él impuesta no produce, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en el contenido jurídico del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares de este, la cláusula o condición se considera abusiva.

El escrutinio intermedio representa una categoría mixta entre el escrutinio débil y el estricto, y se aplicaría a los casos en que la ley permite al predisponente imponer cláusulas o condiciones que se subsumen en alguno de los supuestos considerados sospechosos (presunta o *prima facie* abusivos), pero no para perjudicar al consumidor sino, por el contrario, para favorecerlo y alcanzar el equilibrio en el contenido jurídico del contrato.

IV. CONCLUSIONES

1.^a En el Estatuto del Consumidor el control material de las cláusulas abusivas de los contratos de adhesión se articula en torno a una prohibición general de abuso (art. 42) y una lista no exhaustiva de cláusulas *prima facie* abusivas prevista en el artículo 43.

Tanto la prohibición general de abuso como la lista enunciativa del artículo 43 ec tienen validez *prima facie*.

Por la manera como se encuentra estructurado el concepto legal de cláusula abusiva puede concluirse que el artículo 42 EC no prohíbe de manera definitiva cualquier desequilibrio de los derechos y obligaciones derivados del contrato, sino aquel desequilibrio que sea injustificado, es decir, carente de razones que de manera suficiente lo justifiquen, atendiendo las condiciones particulares del contrato.

En otras palabras, para definir si una cláusula es o no abusiva, el juez, mediante el juicio de abusividad, deberá sopesar las razones que juegan a favor o en contra de considerar una situación concreta como constitutiva de un desequilibrio injustificado de los derechos y obligaciones del contrato, atendiendo las condiciones particulares en que tuvo lugar la celebración de este.

2.^a Por su validez *prima facie* y por la relativa indeterminación normativa de cada uno de sus supuestos, se puede concluir también que el artículo 43 EC contiene una lista gris de cláusulas abusivas, como quiera que su aplicación judicial, además de no prescindir por completo de valoración alguna, que es el rasgo con que la doctrina identifica a las listas negras, no permite tener por abusiva la cláusula o condición que simplemente se subsuma en alguno de sus supuestos, pues a pesar de que el legislador redujo considerablemente el número y comprimió al máximo cada uno de estos, subsisten en la lista “conceptos jurídicos indeterminados”, como los llama la jurisprudencia colombiana, que en sí mismos suponen un proceso de concretización que impide la calificación automática de la cláusula como abusiva.

El carácter complementario de la lista respecto de la prohibición general de abuso, que sujeta la abusividad de una cláusula al cumplimiento de los requisitos de desequilibrio injustificado y valoración circunstanciada de las condiciones particulares del contrato, refuerza aún más la conclusión de catalogar como lista gris el elenco de cláusulas que de manera abierta y ejemplificativa establece el artículo 43 EC.

Tal lista gris la integrarían aquellos supuestos que describen hipótesis de cláusulas que *ab initio* se consideran abusivas, pero que podrían no serlo de acuerdo con las condiciones particulares del contrato, como sería la naturaleza del bien o servicio que constituye su objeto, el contexto contractual o las circunstancias especiales de su celebración.

Además, entre la prohibición general de abuso y la mencionada lista gris no solo existe una relación de concretización normativa, sino también de fundamentación, en el sentido de que no basta, para que una cláusula sea considerada abusiva, que esta se subsuma en alguno de los supuestos previstos en el artículo 43, sino que se requiere que produzca, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en los derechos y obligaciones derivados del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares de celebración de este.

3.^a La definición de cláusula abusiva, a su vez, se centra en el concepto de desequilibrio injustificado, el cual debe ser establecido judicialmente mediante la ponderación circunstanciada de todas las condiciones particulares del contrato (juicio de abusividad).

Para concluir si una cláusula es o no abusiva, el juez deberá definir previamente, con arreglo a criterios objetivos de concretización normativa (proporcionalidad, razonabilidad o racionalidad), los presupuestos de aplicación de las normas que establecen la prohibición general de abuso o la lista gris de cláusulas *prima facie* abusivas.

Deberá establecer, por ejemplo, la existencia de un desequilibrio injustificado en el contenido normativo del contrato en perjuicio del consumidor, es decir, cuándo una situación concreta puede ser considerada un desequilibrio y cuándo, además, tal desequilibrio puede ser calificado como injustificado, para definir lo cual no es útil cualquier motivo, sino aquellas razones que sean bastantes o suficientes de acuerdo con un criterio objetivo de concretización.

El problema metodológico que plantea la aplicación judicial de las normas legales sobre abusividad es precisamente que la fijación del concepto de desequilibrio injustificado, por la especificidad de los casos en conflicto y la variabilidad de criterios a utilizar, supone el riesgo de incertidumbre o arbitrariedad del juzgador.

La prohibición general de abuso, al rebasar al derecho legislado ante la imposibilidad de que el legislador pueda proveer una solución para todas las situaciones concretas, supone para algunos la posibilidad de un derecho pretoriano, cuestionable desde el punto de vista del principio constitucional de división de poderes, que en la concepción liberal clásica asigna a los jueces la simple aplicación de las leyes (Díez-Picazo, 1977, pág. 17).

En consecuencia, por las “normas” que se pueden derivar del proceso de aplicación judicial, este debe estar orientado por criterios metodológicos que ofrezcan la mayor garantía de uniformidad y objetividad posibles.

4.^a Los presupuestos de aplicación de la prohibición general de abuso determinan la estructura del juicio de abusividad y de cada una de sus etapas declarativa y discursiva.

Cuando se deba definir si la cláusula de un contrato es o no abusiva, el juez deberá establecer, previa y cumulativamente, los siguientes extremos:

1. Que la cláusula produce un desequilibrio en el contenido normativo del contrato. Antes, incluso, tendrá que definir qué se entiende por “desequilibrio”, pues el legislador colombiano no suministra ninguna cualificación adicional que permita precisar tal concepto; y
2. Establecido el anterior supuesto, corresponderá al juez ponderar la suficiencia de las razones que puedan justificar tal desequilibrio, pues solo las estipulaciones que introduzcan desequilibrios injustificados en el contenido normativo del contrato merecen ser calificadas como abusivas.

Solo en este caso podrá declarar la nulidad de la cláusula y, eventualmente, ordenar la reparación de los daños que tal desequilibrio haya causado al consumidor adherente.

Los anteriores extremos, que constituyen los presupuestos de aplicación de la prohibición ge-

neral de abuso, determinan la estructura del juicio de abusividad y de cada una de sus etapas declarativa y discursiva.

En efecto, en el juicio de abusividad pueden distinguirse las siguientes fases:

1. Una etapa declarativa en la que el juez establece la existencia de un desequilibrio contractual producido por la imposición unilateral de una cláusula o condición concreta; y
2. Una etapa discursiva en la que, establecido el requisito anterior, el juez pondera la suficiencia de las razones que justifican tal desequilibrio.

5.^a En la etapa discursiva del juicio de abusividad son valorados los argumentos que actúan a favor o en contra del desequilibrio del contrato. Dicha etapa supone una concretización de la norma estatuida en el artículo 42 EC y en especial del concepto de desequilibrio injustificado, cuyo resultado ha de ser aplicado a la cláusula o condición en examen con el objeto de definir si esta es o no abusiva.

La principal dificultad que supone la aplicación judicial de la prohibición general de abuso, es que el artículo 42 EC no contiene criterio alguno que permita al juez definir cuándo una cláusula produce un desequilibrio en el contenido del contrato, ni cuándo una razón puede ser considerada suficiente para justificar tal desequilibrio, lo que supone que el contenido normativo de la prohibición general de abuso (lo que ella ordena, prohíbe o permite), ha de ser definido por el juez en cada caso concreto con la ayuda de algún criterio objetivo de valoración.

6.^a Como quiera que la regulación legal de la abusividad se articula en torno a una prohibición general de abuso y una lista gris de cláusulas *prima facie* abusivas, es posible configurar un modelo diferenciado del control de contenido, según se trate de supuestos que se subsuman o no en la lista del artículo 43 EC. Estas distintas versiones del juicio de abusividad pueden ser reconducidas a los siguientes dos sistemas básicos:

1. El modelo de juicio de abusividad para la aplicación de la prohibición general de abuso, que comprendería todos aquellos supuestos que no se subsuman en la lista gris de cláusulas *prima facie* abusivas; y
2. El modelo de juicio de abusividad para la aplicación de la mencionada lista gris del artículo 43 EC.

Ambos modelos se distinguen por la intensidad diferenciada que en cada uno de ellos supone tanto el control material de abusividad (test estricto o débil) como las reglas sobre carga de la prueba y de argumentación.

El test o escrutinio débil (*rational basis test*) se aplicaría a los casos que caigan dentro de la prohibición general de abuso, es decir, en los que no haya un serio motivo para “sospechar” de la buena fe del predisponente.

Tal escrutinio representaría la fórmula “normal” para la aplicación de las normas sobre abusividad en el derecho contractual de consumo.

El escrutinio débil consta, por tanto, de dos exigencias:

1. Que la cláusula o condición produzca, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en el contenido normativo del contrato; y
2. Que dicho desequilibrio sea injustificado teniendo en cuenta las condiciones particulares de la celebración del acuerdo. En este sentido, una cláusula o condición es abusiva si, como lo establece el artículo 42 EC, produce, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en el contenido del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares de este.

Mediante el escrutinio estricto, por su parte, se enjuiciarían aquellos supuestos *prima facie* abusivos de la lista gris del artículo 43 EC, precisamente por ser los casos más frecuentes de cláusulas o condiciones abusivas en la práctica contractual.

Tal escrutinio se aplicaría, en consecuencia, a los supuestos “sospechosos” de abusividad.

En los casos en que proceda el escrutinio estricto, para que una cláusula o condición sea considerada abusiva, además de subsumirse en alguno de los supuestos previstos en la lista gris, ha de producir, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en el contenido normativo del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares de este.

En otros términos, según el test estricto, una cláusula o condición es abusiva en la medida en que cumpla las siguientes exigencias:

1. Si se subsume en alguno de los supuestos previstos en la lista gris de cláusulas *prima facie* abusivas; y
2. Si dicha cláusula o condición produce, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en el contenido jurídico del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares de este.

Tales requisitos hacen que la aplicación del escrutinio estricto sea excepcional, pues ha de presumirse siempre la buena fe del predisponente, a menos que haya una razón seria para entender lo contrario, como sucede precisamente en los supuestos previstos en la lista del artículo 43 EC.

Igualmente, la aplicación de este escrutinio supone una inversión de la carga de la prueba y de la argumentación: mientras el predisponente no aduzca y fundamente suficientemente que la cláusula o condición por él impuesta no produce, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en el contenido normativo del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares de este, la cláusula o condición debe considerarse abusiva.

Referencias

- Alexy, R. (2007a). *Teoría de la argumentación jurídica* (M. Atienza e I. Espejo, Trads.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2007b). *Teoría de los derechos fundamentales* (C. Bernal Pulido, Trad.). Madrid:

- Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alfaro Águila-Real, J. (2002). Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación. En L. Díez-Picazo y A. Menéndez-Menéndez, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*. Madrid: Civitas.
- Bernal Pulido, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Berlioz, G. (1976). *Le contrat d'adhésion*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.). (2009). *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) y otras leyes complementarias*. Pamplona: Aranzadi.
- Borowsky, M. (1998). *Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos- Verlagsgesellschaft.
- Castán Tobeñas, J. (2008). *Derecho civil español, Común y Foral* (t. III). Madrid: Reus.
- Criado-Castilla, J. F. (2014). *Cláusulas abusivas en los contratos de consumo* (Tesis de maestría). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- Díez-Picazo, L. (1996a). *Fundamentos de derecho civil patrimonial* (t. I). Madrid: Editorial Civitas.
- Díez-Picazo, L. (Dir.). (1996b). *Las condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas*. Madrid: Civitas.
- Díez-Picazo, L. (1977). Prólogo. En F. Wieacker, *El principio general de buena fe*. Madrid: Civitas.
- Díez-Picazo, L. y Menéndez Menéndez, A. (2002). *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*. Madrid: Editorial Civitas.
- Fin-Langer, L. (2002). *L'équilibre contractuel* (t. 366). París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, LGDJ, coll. Bibliothèque de Droit Privé.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar* (S. Álvarez Medina, Trad.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hart, H. L. A. (2009). *El concepto del derecho* (G. Carrió, Trad.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Le Gac-Pech, S. (2000). *La proportionnalité en droit privé des contrats*. (t. 335). París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, LGDJ, coll. Bibliothèque de Droit Privé.
- Larenz, K. (2001). *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel.

Peglion-Sika, C. M. (2013). *La notion de clause abusive: au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*. París: Universidad de París.

Pertíñez Vílchez, F. (2011a). *La contratación en el ámbito de las relaciones con consumidores. (Significación del contrato en las distintas ramas del ordenamiento)*. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano. (Dir.), *Tratado de contratos* (t. I). Valencia: Tirant lo Blanch.

Pertíñez Vílchez, F. (2011b). *Los contratos de adhesión*. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano

(Dir.), *Tratado de contratos* (t. II). Valencia: Tirant lo Blanch.

Stiglitz, R. y Stiglitz, G. (1985). *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Stoffel-Munck, P. (2000). *L`abuse dans le contrat: essai d`une théorie* (t. 337). París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, LGDJ, coll. Bibliothèque de Droit Privé.