

Análisis comparado de las cláusulas sorprendivas en los ordenamientos jurídicos de Alemania, Portugal, España y Argentina

Comparative Analysis of Surprising Terms in the Legal Systems of Germany, Portugal, Spain and Argentina

María Elisa Camacho López

 <https://orcid.org/0000-0001-5517-6116>

Universidad Externado de Colombia. Colombia

Correo electrónico: maria.camacho@uexternado.edu.co

Recepción: 3 de abril de 2025

Aceptación: 8 de septiembre de 2025

Publicación: 30 de septiembre de 2025

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2025.173.20089>

Resumen: Por medio de esta investigación se pretende dilucidar cuál podría ser el tratamiento más adecuado para una regulación general de las cláusulas sorprendivas en el derecho colombiano, teniendo en cuenta que, pese a ser concebidas con la misma finalidad en los ordenamientos en los que se adoptan, hay varios aspectos en los que divergen, como también dificultades, a la hora de distinguirlas de los controles de incorporación, contenido y de la regla de la prevalencia. Para ello se considera necesario hacer un estudio de derecho comparado sobre la recepción de las cláusulas sorprendivas en algunos ordenamientos jurídicos de tradición romano-germánico, con el fin de conocer la tipificación originaria, así como las similitudes y diferencias entre estas. Después de haber efectuado este análisis, se sugieren algunas ideas en caso de una eventual regulación del tema en el derecho colombiano. El estudio permite concluir que sólo en el derecho alemán las cláusulas sorprendivas son, formalmente, autónomas respecto de los demás mecanismos de control; mientras que en otros ordenamientos suelen estar comprendidas dentro del control de incorporación o de contenido. Asimismo, se pudo evidenciar cómo los requisitos para identificar estas cláusulas oscilan entre aspectos relacionados con el fondo y con la forma de las cláusulas. La importancia del presente estudio radica en que expone algunas de las dificultades que supone la regulación de las cláusulas sorprendivas, y propone alternativas para superarlas.

Palabras clave: cláusulas sorprendivas; contratos por adhesión; condiciones generales de contratación; cláusulas abusivas; control de incorporación; regla de la prevalencia.

Abstract: This research aims to elucidate what could be the most appropriate treatment for a general regulation of surprise clauses in Colombian law, taking into account that, despite being conceived with the same purpose in the legal systems in which they are adopted, there are several aspects in which they diverge, as well as difficulties in distinguishing them from incorporation controls, content and the rule of prevalence. To this end, it is considered necessary to conduct a comparative law study on the reception of surprise clauses in some legal systems of Roman-Germanic tradition in order to understand their original classification and the similarities and differences between them. After conducting this analysis, some ideas are suggested in the event of a possible regulation of the issue in Colombian law. The study concludes that only in German law are surprise clauses formally autonomous from other control mechanisms, while in other legal systems they are usually included within the control of incorporation or content. It also shows how the requirements for identifying these clauses vary between aspects related to the substance and form of the clauses.

Keywords: surprising terms; standard contracts; standard terms; unfair terms; incorporation control; prevalence rule.

Sumario: I. *Introducción.* II. *Primera regulación de las cláusulas sorpresivas en la Ley de Condiciones Generales de Contratación alemana y su continuidad en el Código Civil alemán.* III. *Adopción de las cláusulas sorpresivas en el régimen de las cláusulas generales de contratación de Portugal.* IV. *Recepción de las cláusulas sorpresivas en la doctrina, jurisprudencia e intentos de regulación en el derecho español.* V. *Regulación de las cláusulas sorpresivas en el Código Civil y Comercial argentino.* VI. *Propuesta para una eventual regulación de las cláusulas sorpresivas en el derecho colombiano.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Referencias.*

I. Introducción

Dentro de los desafíos que plantea la contratación adhesiva se encuentra la protección del adherente frente a los posibles abusos del predisponente. Para ello se han desarrollado en la legislación, doctrina y jurisprudencia, de algunos ordenamientos jurídicos, diversos tipos de control, dirigidos a depurar al negocio de cláusulas que afecten al adherente. Uno de ellos, designado como *de previsibilidad* (Hernández y Campos, 2021, p. 53), busca proteger al adherente frente a cláusulas que resulten insólitas de manera que no se hayan podido prever, razón por la cual son conocidas frecuentemente como *cláusulas sorpresivas*.

El origen de estas cláusulas suele atribuirse a una creación de la jurisprudencia alemana de la década de los setenta (García Varela, 2007). Luego,

fueron plasmadas en su Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1976, y se expandieron a otras experiencias jurídicas de tradición romano-germánica.

Aunque la prohibición de las cláusulas sorpresivas suele estar ligada a las relaciones de consumo —escenario en el que adquieren particular relevancia para proteger al consumidor—, hay ordenamientos jurídicos en los cuales también se aplica a las relaciones entre empresarios. Además, gozan de una atención especial en el contrato de seguro, tal como lo demuestra la literatura en la materia (García Varela, 2007; Giraldo Laguado, 2003; Ortiz Fernández, 2017).

A partir de una primera aproximación a la prohibición de las cláusulas sorpresivas en los ordenamientos en los que se regulan se observa que, pese a ser concebidas de igual forma y con la misma finalidad, la etapa del negocio jurídico en la que son objeto de análisis, las condiciones de verificación y el efecto que se les asigna son diferentes según varios criterios, dentro de los que destaca la existencia o no de otros controles de protección al adherente. Asimismo, se vislumbra que esa concurrencia de las cláusulas sorpresivas, junto a otros mecanismos de protección al adherente, puede generar un solapamiento entre ellos. Esto conduce a cuestionar la utilidad y autonomía, en especial, de las cláusulas sorpresivas respecto de los controles de incorporación, contenido y de la regla de la prevalencia, lo que se refleja en algunos derechos domésticos (Campos Micin, 2021); tal como se analizará en el presente estudio, e igualmente en el derecho internacional, con ocasión de la regla de las cláusulas sorpresivas prevista en los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Ramberg, 2016; Beale, 2016; Córdoba Toro, 2017).

Ante este panorama, y dada la ausencia de un régimen general sobre la contratación adhesiva en el derecho colombiano que comprenda relaciones jurídicas diferentes de las de consumo, se considera oportuno examinar cuál podría ser el tratamiento más adecuado para una eventual regulación de las cláusulas sorpresivas en el derecho colombiano.

Por lo tanto, el objetivo general de esta investigación es dilucidar cuál podría ser el tratamiento más adecuado para una regulación general de las cláusulas sorpresivas en el derecho colombiano. Para ello es necesario examinar la forma como se entienden las cláusulas sorpresivas, la regulación que se les ha dado, y su interacción con otros tipos de control.

Con estos objetivos se considera conveniente recurrir al derecho comparado como método de investigación (Mancera, 2008, pp. 215 y ss.), pues de esta manera se puede comprender la idea originaria de la primera regulación de las cláusulas sorpresivas, como también las ventajas y desventajas de las diferentes formas en que se han tipificado para una eventual regulación del tema en el derecho colombiano. La comparación se hará entre varios ordenamientos que pertenecen al sistema jurídico de tradición romano-germánica, a saber: el derecho alemán, por ser el primer ordenamiento en regular este tipo de control; el portugués, que se destaca por ser uno de los más tuitivos en la materia; el español, que, pese a no contar con una regulación de las cláusulas sorpresivas, goza de un amplio desarrollo sobre el tema en la doctrina y en la jurisprudencia, como también con algunas propuestas de regulación; y el derecho argentino, por ser uno de los pocos ordenamientos latinoamericanos que regula expresamente las cláusulas sorpresivas.

La importancia de este estudio sobre las cláusulas sorpresivas radica, por una parte, en difundir el conocimiento sobre un mecanismo de protección de la parte adherente en las relaciones negociales sometidas a cláusulas predisuestas y no negociadas. Pero, por otro lado, su relevancia estriba en comprender la interrelación entre los diferentes dispositivos de protección del adherente, para lograr una visión general y armónica de lo que puede constituirse como un microsistema de protección del adherente en los contratos entre empresarios.

II. Primera regulación de las cláusulas sorpresivas en la Ley de Condiciones Generales de Contratación alemana y su continuidad en el Código Civil alemán

1. *Requisitos y efecto de las cláusulas sorpresivas en la Ley de Condiciones Generales de Contratación alemana e interacción con otros controles*

La primera regulación de las cláusulas sorpresivas dentro de un ordenamiento jurídico de carácter nacional se produjo en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación alemana, comúnmente conocida por sus siglas

en alemán (AGB-G). Esta ley fue promulgada el 9 de diciembre de 1976, y entró en vigor a partir del 1.º de abril de 1977; su párrafo tercero, ubicado dentro del capítulo primero, dedicado a las disposiciones generales, como parte del título primero, sobre las normas de carácter sustancial, rezaba lo siguiente:

§ 3 Cláusulas sorpresa: No hacen parte del contrato las cláusulas de las CGC que, según las circunstancias y, en particular, según la apariencia externa del contrato, son tan inusuales que la otra parte de quien las usa no podía esperar su existencia. (Franceschelli y Lehmann, 1978, p. 46)

El ámbito objetivo de aplicación de esta disposición, al igual que el de toda la ley en su momento —pues con posterioridad se van a producir algunos cambios con ocasión de la normatividad europea en materia de consumo— recaía sobre las condiciones generales de contratación definidas en el párrafo primero. En cuanto al ámbito subjetivo, este párrafo era aplicable tanto a las relaciones de consumo como a las relaciones entre comerciantes.

En efecto, el párrafo 24 de la AGB-G, que regulaba el ámbito subjetivo de la ley, excluía la posibilidad de aplicar ciertas disposiciones a las relaciones jurídicas con un comerciante cuando el contrato concernía al ejercicio de su actividad comercial. Dentro de las disposiciones exceptuadas estaban los párrafos 2, 10, 11 y 12. El párrafo segundo regulaba el control de incorporación o inclusión de las condiciones generales de contratación; el décimo, un listado de cláusulas prohibidas pero susceptibles de valoración de fondo. El párrafo décimo primero contemplaba un listado de cláusulas absolutamente prohibidas, y, por lo tanto, no susceptibles de valoración; mientras que el párrafo décimo segundo se refería al ámbito de aplicación de la AGB-G en las relaciones internacionales.

Esto resulta fundamental en el presente análisis, pues nos permite comprender cuáles eran los tipos de control que la AGB-G contemplaba para las relaciones entre comerciantes y la manera en que interactuaban. Efectivamente, de lo expuesto antes —y atendiendo solamente a los tipos de control que aquí interesa cotejar— se observa que a las relaciones jurídicas entre comerciantes, celebradas bajo condiciones generales de contratación, les resul-

taban aplicables, además de la norma sobre las cláusulas sorprendivas, la regla de la prevalencia de los acuerdos individuales sobre las condiciones generales de contratación, el criterio de interpretación contra el predisponente en caso de duda respecto de una condición general de contratación y la cláusula general de control de contenido que permite identificar cláusulas abusivas. Por el contrario, no eran aplicables a las relaciones entre comerciantes, el control de incorporación regulado en el párrafo segundo y las listas de cláusulas absolutamente prohibidas, y aquellas susceptibles de valoración de fondo.

Siendo este el contexto dentro del cual se ubica la regla de las cláusulas sorprendivas, pasamos ahora a analizar los presupuestos para su aplicación. A partir de la lectura del párrafo tercero de la AGB-G, se pueden inferir dos requisitos que se conservan intactos en la regulación actual de las cláusulas sorprendivas en el BGB, por lo cual se atenderán desarrollos jurisprudenciales actuales, algunos de los cuales contienen referencias a decisiones expedidas en vigencia de la AGB-G. El primero de ellos es que sea insólita, inusual, sorprendente; el segundo, que la contraparte de quien emplea esa cláusula no pueda esperar su existencia.

Con relación al primer requisito, es decir, a su carácter sorprendente, el párrafo tercero de la AGB-G consagraba dos criterios para su valoración: por una parte, las circunstancias; por el otro, la apariencia del contrato. Estos criterios son entendidos tradicionalmente como cuestiones atinentes: una, al fondo de la cláusula; y otra, a su forma.

En cuanto al criterio relacionado con el fondo, se considera que una cláusula es inusual cuando su contenido no es habitual respecto del tipo contractual celebrado (Ulmer, 1988, p. 771). En este sentido, resulta interesante observar cómo en una sentencia proferida por el Tribunal Superior de Hamm se considera conveniente recurrir al derecho dispositivo, que funge como patrón de comparación, pues, si la cláusula se aparta de dichas normas, es más fácil dar cuenta de ese carácter inusual. En cambio, si no hay una norma dispositiva que regule el contrato, debe tenerse en cuenta la clase de negocio de la que se trata (Oberlandesgericht Hamm, 18 U 9/17, 2017).

De otra parte, es oportuno advertir que este criterio de valoración de las cláusulas sorprendivas guarda cierta similitud con aquellos previstos por el legislador alemán para identificar una desventaja desproporcionada para el adhe-

rente que lleve a reputar la abusividad de una cláusula. En efecto, el párrafo 9 de la AGB-G, relativo al control de contenido, se refiere a dos criterios. Por una parte, que la cláusula derogue normas dispositivas que reflejen la idea fundamental del contrato; por otra, que la cláusula limite derechos u obligaciones esenciales que se desprenden de la naturaleza del contrato, de tal manera que se comprometa la finalidad de este. Como se puede observar, la diferencia es sutil, pues se podría decir que la cláusula sorpresiva, en principio, no está dirigida a generar una desventaja desproporcionada para el adherente, pero se aparta del contenido usual del negocio, sea que esté regulado o no; mientras que la abusiva sí tiende a producir una desventaja desproporcionada, y dentro de los criterios para advertir esto se encuentra la regulación del contrato. Por esta y otras razones, en opinión de algunos autores como J. Schmidt-Salzer (1995, citado por Pagador López, 1999) la regla de las cláusulas sorprendentes es una manifestación del control de contenido “explicable, en su relativa autonomía, por razón de las circunstancias que, desde un punto de vista histórico, rodearon a las primeras concreciones del control jurisprudencial de las condiciones generales en la experiencia alemana” (pp. 72-73). De allí que J. Schmidt-Salzer sostenga que “las llamadas cláusulas sorprendentes no son sino un supuesto más de cláusulas abusivas, esto es, cláusulas que no superan el control de contenido” (Pagador López, 1999, p. 73).

Al volver al análisis de los criterios para valorar el primer requisito, pasamos a referirnos al formal. Este alude a su ubicación, tipografía, etcétera. Así, por ejemplo, en una sentencia del Tribunal Federal de Justicia de Alemania (BGH), del 26 de julio de 2012, VII ZR 262/11, se manifestó que “la forma externa insólita de una cláusula y su ubicación en un lugar inesperado también pueden hacer de la disposición una cláusula inusual y, por lo tanto, sorprendente” (BGH, 26. Juli 2012, VII ZR 262/11, 6).

En cuanto al segundo requisito, este concierne al efecto que produce la cláusula sobre quien se adhiere a las condiciones generales de contratación, pues, de acuerdo con el párrafo tercero, el adherente no podía esperar su existencia. En otras palabras, la cláusula se considerará sorpresiva cuando es contraria a las expectativas legítimas y razonables del adherente. La norma no indica los factores a partir de los cuales se pueden deducir las expectativas legítimas del adherente. Sin embargo, compartimos la explicación de Pagador López (1999, pp. 499 y ss.), quien, al analizar las cláusulas sorpresivas

de manera general, sin hacer referencia concreta a su regulación en la AGB-G, indica que dichas expectativas pueden tener tres orígenes: las circunstancias individuales que rodearon la celebración del contrato, la naturaleza del contrato y los acuerdos individuales logrados por las partes.

En este sentido, conviene destacar una sentencia proferida por el Tribunal Federal de Justicia de Alemania —mencionada antes—, en la que se manifestó que una condición general tiene un contenido sorprendente cuando “se desvía significativamente de las expectativas de la parte contratante y no tiene por qué esperarlo razonablemente” (BGH, 26. Juli 2012, VII ZR 262/11, 5). Allí mismo también se advierte que esa ausencia de expectativa sobre la cláusula sorpresiva no depende, en general, del nivel de conocimientos de la parte contratante analizada de manera individual, sino de las posibilidades de conocimiento del grupo de personas consideradas para dichos contratos. Para ese efecto se citan varios antecedentes jurisprudenciales, dentro de los cuales se encuentran algunos proferidos en vigencia de la AGB-G, lo que nos permite deducir que este criterio ya era aplicado durante la primera regulación de las cláusulas sorpresivas (BGH, 26. Juli 2012, VII ZR 262/11, 5).

En otra sentencia en la que también se aborda el análisis sobre el elemento subjetivo para valorar la sorpresividad de una cláusula, el tribunal manifiesta que la presunción de sorpresa del contratante se decide con fundamento en un criterio general que atiende a la posibilidad de conocimiento que tenga el grupo de contratantes esperables para ese tipo de negocios, tal y como resultan de su experiencia empresarial, etcétera. Aunque también alude a la posibilidad de valorar el elemento subjetivo de acuerdo con las circunstancias específicas de celebración del contrato, pues circunstancias individuales como las declaraciones del contratante pueden favorecer o excluir el elemento sorpresa (Oberlandesgericht Hamm, 18 U 9/17, n. d.).

Ante este segundo requisito, la jurisprudencia alemana previó la posibilidad de que un predisponente que pretenda evitar la ineficacia de una cláusula sorprendente por su contenido inhabitual pueda hacerlo, siempre y cuando contemple la cláusula de manera visible en los formularios o haga una referencia específica a esta para evitar el desconcierto en el adherente (Ulmer, 1988, p. 771). En lo que respecta al efecto asignado a las cláusulas sorpresivas, el parágrafo tercero de la AGB-G indicaba que estas no hacen parte del contrato (Franceschelli y Lehmann, 1978, p. 46).

En relación con este aspecto, Pagador advierte que se trata, justamente, de uno de los cambios introducidos por la comisión redactora de la AGB-G respecto de los precedentes jurisprudenciales en la materia, pues antes de la ley los jueces no distinguían entre las cláusulas sorpresivas y el control de contenido, porque debían recurrir a las mismas causales de invalidez existentes en aquel momento. De manera que “resultaba del todo indiferente el *iter* argumental a través del cual se había de desembocar en el resultado de la ineficacia de las cláusulas (*sic*) o cláusulas litigiosas” (Pagador López, 1999, p. 465). Por lo anterior, la comisión redactora consideró necesario distinguir el efecto asignado a estos dos tipos de cláusulas, predicando de las sorpresivas su ineficacia, mientras que del control de contenido su ineficacia/nulidad (Pagador López, 1999, p. 465).

Para Lindacher (1981, citado por Pagador López, 1999, p. 465), la diferencia introducida en la AGB-G estaba justificada porque los objetivos de ambos controles no eran iguales. En el caso de las cláusulas sorpresivas, el objetivo era la protección individual de quien se adhiere a las condiciones generales de la contratación, mientras que el control de contenido atendía a un interés que no era meramente individual, sino que podía llegar a ser general en la medida en que tiende a evitar situaciones de abuso de la libertad contractual (Pagador López, 1999 p. 465).

Finalmente, en relación con la interacción entre los diferentes tipos de control aplicables a las relaciones entre comerciantes, de acuerdo con la AGB-G, aunque no se encuentran referencias explícitas que aborden esta cuestión, son útiles las reflexiones generales. Una de ellas es justamente la de Lindacher (1981, citado por Pagador López, 1999, p. 465), para quien, como se vio antes, resultaba conveniente distinguir los efectos atribuidos al control de contenido respecto de aquellos asignados a las cláusulas sorpresivas, teniendo en cuenta que ambos controles apuntaban a objetivos diferentes. En cambio, para Schlosser (1985, citado por Ulmer, 1988, p. 769), la regulación del control de contenido en la AGB-G había provocado que las disposiciones generales contenidas en los parágrafos 2 a 5 perdieran su función, incluyendo, por lo tanto, a las cláusulas sorpresivas. Se desconocen las razones que justifican su postura. Ulmer no comparte del todo la afirmación de Schlosser, pues afirma que, si bien es cierto que el control de contenido pudo haber generado que el control de incorporación regulado en el parágrafo

fo segundo perdiera su utilidad, no era posible sostener lo mismo con respecto a los párrafos 3 a 5, esto es, aquellos que regulan las cláusulas sorprendentes, la regla de la prevalencia y la interpretación de las cláusulas ambiguas (Ulmer, 1988). En efecto, según Ulmer, además de que el control de contenido es subsidiario respecto del control previsto en el párrafo 3 de la AGB-G, es decir, de las cláusulas sorpresivas, este último precepto había adquirido especial relevancia frente a las condiciones generales que no eran susceptibles de control de contenido por medio de la cláusula general, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 8 de la AGB-G (1988). Este párrafo 8 establecía que los párrafos 9 a 11 de la AGB-G, que regulaban el control de contenido por medio de la cláusula general y las listas de cláusulas absolutamente prohibidas y susceptibles de valoración de fondo, sólo serían aplicables respecto de aquellas condiciones generales por medio de las cuales se derogaran o se integraran disposiciones de ley. Según Alfaro, traductor del artículo de Ulmer, con ese precepto se quería evitar que el control de contenido fuera usado por los jueces para modificar otras normas jurídicas, o controlar los precios de los bienes y servicios en el mercado (Ulmer, 1988, p. 772 (NT)). Para Albiez (2014, p. 190), este era un precepto un poco oscuro que se conservó en la Reforma de 2002 al BGB (§§ 307, 3), aunque parece decantarse por entenderlo en la misma línea que Alfaro, o sea, como una norma tendiente a evitar que se controle el objeto y el precio.

Pues bien, si trasladamos estas reflexiones al ámbito específico de las relaciones entre comerciantes se destaca lo siguiente. Por una parte, se evidencia que la regulación de todos los controles puede generar que, en su interacción, algunos pierdan su utilidad frente a otros, es decir, que se produzca un solapamiento entre ellos. En el caso del control de incorporación, la pérdida de su funcionalidad, sostenida por Schlosser, no será relevante, pues este no era aplicable a las relaciones entre comerciantes en la AGB-G. Por el contrario, sí es importante la idea conforme a la cual la regulación de la cláusula general del control de contenido va en desmedro de las cláusulas sorpresivas, pues ambas guardan cierta similitud y son susceptibles de aplicarse a las relaciones entre comerciantes.

Para culminar esta primera parte, conviene advertir que en 1997 la AGB-G fue reformada por medio de la ley del 25 de julio de ese mismo año, como consecuencia de la transposición de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas

las abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En virtud de esta reforma, se introdujo el § 24 a, el cual se refiere a los contratos de consumo; el resto de las disposiciones se mantuvieron iguales, por lo que la regulación de las cláusulas sorpresivas no sufrió ningún cambio en ese momento.

2. La regulación de las cláusulas sorpresivas con la modernización del derecho de las obligaciones del Código Civil alemán

Con ocasión de la modernización del derecho de las obligaciones, la AGB-G se incorporó al Código Civil alemán, para ubicarse dentro del libro segundo, que tiene por objeto el derecho de las relaciones obligatorias. Las cláusulas sorpresivas son reguladas en el apartado primero del parágrafo 305 c, mientras que, en el apartado segundo del mismo parágrafo, se consagra la regla de interpretación *contra proferentem*. La ubicación de ambas normas dentro de un mismo parágrafo permite conjeturar que el legislador alemán reconoce una relación estrecha entre las cláusulas sorpresivas y la regla de interpretación *contra proferentem*, aunque también se considera que esta decisión le hace perder, en cierta medida, la individualidad de que gozaban las cláusulas sorpresivas en su regulación primigenia. A continuación, el contenido actual y completo del parágrafo 305 c:

Cláusulas sorprendentes y ambiguas: (1) No se considerarán incluidas en el contrato aquellas cláusulas de las condiciones generales de la contratación que, en atención a las circunstancias, en especial en atención a la apariencia externa del contrato, resulten tan insólitas que la contraparte del predisponente no hubiera podido contar con ellas. (2) Las dudas en la interpretación de las condiciones generales de la contratación perjudicarán al predisponente. (Vives, 2002, p. 1245)

En cuanto al contenido del parágrafo 305 c, apartado 1o., se observa que este es idéntico al que correspondía al parágrafo 3 de la AGB-G, después de haber cotejado ambas versiones en el idioma original (las diferencias que se observan en las transcripciones que aquí se utilizan se deben a que provienen de distintas traducciones). Es decir, los presupuestos y efectos de las

cláusulas sorprendivas son los mismos que se analizaron previamente, por lo que no hace falta volver sobre ellos.

Teniendo en cuenta lo anterior, ahora conviene analizar la interacción entre los mecanismos de protección a favor del empresario adherente. En este sentido, lo primero que se advierte es que, de acuerdo con el parágrafo 310 del BGB, que regula el ámbito subjetivo de aplicación de ese título, los controles previstos para su aplicación a las relaciones entre empresarios son los mismos que se establecían en la AGB-G, es decir, el control de contenido por medio de la cláusula general, las cláusulas sorprendivas, la regla de la prevalencia y la interpretación contra el predisponente. Por lo tanto, en principio, se tendrían que presentar los mismos resultados expuestos en el acápite anterior.

No obstante, es preciso tener en cuenta que el contenido del parágrafo 307, el cual regula el control de contenido por medio de la cláusula general, agrega al apartado primero otro criterio para el ejercicio del control de contenido de conformidad, con el cual una desventaja irrazonable puede resultar del hecho de que la disposición no sea clara y comprensible. Este nuevo criterio es conocido como “deber de transparencia material” o “abusividad formal” (Albiez, 2014, p. 193), y representa la codificación de un desarrollo jurisprudencial conforme al cual la falta de transparencia también puede ser abusiva. Además, al estar previsto dentro del control de contenido general, es aplicable a las relaciones entre empresarios (Albiez, 2014).

Pues bien, ese nuevo criterio de transparencia material genera la inquietud sobre una posible superposición con las cláusulas sorprendivas; en especial si se toma en cuenta que dentro de los criterios para considerar que una cláusula es insólita se encuentra la valoración sobre su aspecto formal. De allí que, como lo menciona Albiez (2014), algunos autores hayan tratado de desprender el deber de transparencia material a partir del control por cláusulas sorprendivas, lo que para este autor no es posible, pues las cláusulas sorprendivas “parten de otros presupuestos en los que se valora, en particular, lo insólito que son las cláusulas, por lo que los supuestos son muy específicos, y no es frecuente encontrar cláusulas insólitas en las relaciones entre empresarios” (p. 204). Por esa razón —concluye Albiez— no se debe confundir la falta de transparencia material con las cláusulas sorprendivas.

Este acercamiento entre ambas figuras puede observarse en una sentencia ya comentada del Tribunal Superior de Hamm, del 8 de junio de 2017,

en la que se aclara que, de llegar a negar el carácter sorpresivo de la cláusula, de todas maneras, el demandante no podía invocar su validez, porque encuadra dentro del criterio de la falta de transparencia material previsto en el parágrafo 307, apartado 2o., núm. 1 del BGB, para el ejercicio del control de contenido general. En efecto, en opinión del Tribunal la imposición ilimitada de la carga de mantenimiento al arrendatario, en una relación entre empresarios, constituye una desventaja irrazonable en el sentido de lo previsto en la norma indicada (Oberlandesgericht Hamm, 18 U 9/17, n. d.).

Esta última observación hecha por el Tribunal nos permite comprobar la posibilidad de que el control de una cláusula sorpresiva pueda coincidir con el control de contenido, en virtud de la falta de transparencia material de la cláusula, aunque por razones distintas, de manera que su concurrencia, que en principio se reputa contraproducente, lo que hace es reforzar la protección del adherente quien va a contar con diversos medios de protección. Con esto damos por concluido el análisis en torno a la regulación de las cláusulas sorpresivas en el derecho alemán, para pasar ahora a su estudio en el régimen portugués.

III. Adopción de las cláusulas sorpresivas en el régimen de las cláusulas generales de contratación de Portugal

El régimen de las cláusulas generales de contratación de Portugal fue adoptado por medio del Decreto-Lei núm. 446 de 1985. En esta norma no hay una disposición dedicada especialmente a las cláusulas sorpresivas, sino que estas se infieren del artículo 8o., literal *c*, de acuerdo con la doctrina (Pinto, 2002, p. 121; Costa, 2023, p. 292) y la jurisprudencia (Acórdão núm. 109/13.0TBMLD.P1.S1, 2015; Tribunal da Relação de Lisboa, 2017).

Este artículo 8o. está ubicado dentro del capítulo II, cuyo título es “Inclusión de cláusulas contractuales generales en contratos individuales”, y contiene una lista de cláusulas excluidas de los contratos individuales cuando no satisfacen el control de incorporación por diversas razones, dentro de las cuales se comprenden, en el literal *a*, a aquellas que no han sido comunicadas de conformidad con el artículo 5o.; en el literal *b*, las cláusulas comunicadas que, sin embargo, no han cumplido el deber de información previsto en el artículo

6o., de manera que no es posible esperar su conocimiento efectivo; el literal *c* alude a “Las cláusulas que, por el contexto en el que aparecen, por el epígrafe que las precede o por su presentación gráfica, pasen desapercibidas por un contratante normal, puesto en la posición de contratante real”; y, finalmente, el literal *d*, referido a las cláusulas introducidas en los formularios, después de la firma de alguno de los contratantes (Gobierno de Portugal, 1985, art. 8o.). Por lo tanto, al hacer una interpretación sistemática del artículo 8o., literal *c*, es posible inferir un vínculo estrecho entre el control de incorporación y las cláusulas sorpresivas, pues estas últimas tienen lugar cuando no se efectúa una adecuada inclusión de las cláusulas.

Esta aproximación a la regulación de las cláusulas sorpresivas en el régimen portugués permite deducir una primera diferencia con su regulación en el derecho alemán, pues mientras que en el primero hay una dependencia de las cláusulas sorpresivas respecto del control de incorporación, en el régimen alemán la regulación de las cláusulas sorpresivas es autónoma e independiente del control de incorporación. A su vez, esa dependencia de las cláusulas sorpresivas respecto del control de incorporación en el régimen portugués repercute en la delimitación del ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de ese artículo 8o., literal *c*, pues se debe desprender de lo previsto para el control de incorporación.

Entonces, con relación al ámbito subjetivo de aplicación, es preciso tener en cuenta que el Decreto Ley 446 de 1985 no consagra una norma general que indique los sujetos a quienes le son aplicables sus disposiciones, pues esto depende de que el contrato se haya sometido a cláusulas predispuestas y no negociadas, lo que comprende tanto las relaciones entre profesionales y consumidores, como entre empresarios (Costa, 2023, p. 275; Frota, 2013, p. 256). Lo que sí hace es distinguir las normas aplicables para el ejercicio del control de contenido entre las relaciones de empresarios o entidades equiparadas (arts. 15 a 19) y las relaciones con consumidores finales (arts. 20 a 22).

De lo dicho se deduce que el control de incorporación y, en consecuencia, las cláusulas sorpresivas son aplicables tanto a las relaciones entre empresarios como entre profesionales y consumidores. Así se refleja en una pequeña muestra compuesta por seis sentencias proferidas sobre cláusulas sorpresivas en el derecho portugués, en las cuales, aunque la mayoría de decisiones versan sobre relaciones de consumo —y, en especial, contratos de se-

guro—, una de ellas resolvía la controversia planteada entre dos empresarios que actuaban dentro del ejercicio de su actividad comercial, al haber celebrado un contrato de locación sometido a cláusulas generales de contratación. En este caso, la razón por la cual se propuso la exclusión de algunas cláusulas con fundamento en su sorpresividad estaba en que la letra utilizada por el predisponente era minúscula, no era fácil ni cómoda de leer, por lo que resultaba prácticamente imperceptible para el adherente (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa 1572/10.7TJLSB.L1-7, 2012).

La dependencia de las cláusulas sorpresivas respecto del control de incorporación para la delimitación de sus ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación permite advertir una segunda diferencia con el régimen alemán, pues recuérdese que, como se manifestó antes, tanto en la regulación anterior (§ 24) como en el régimen actual (§ 310, 1) el control de incorporación no es exigible en las relaciones entre empresarios. Mientras que las cláusulas sorpresivas reguladas y entendidas en forma independiente del control de incorporación sí son aplicables a los contratos entre empresarios, razón por la cual se puede suponer que la subsistencia de ambos controles, el de incorporación y el de previsibilidad, no es inconveniente, teniendo en cuenta que su ámbito subjetivo de aplicación es distinto, y, en el caso de los empresarios que no resultan protegidos por el control de incorporación, la prohibición de cláusulas sorpresivas asume gran utilidad. Por su parte, en el régimen portugués el control de incorporación sí es aplicable a las relaciones entre empresarios, y en consecuencia la prohibición de las cláusulas sorpresivas también, teniendo en cuenta que estas últimas constituyen una arista del primero.

En relación con el ámbito objetivo de aplicación, aunque en principio el régimen portugués estaba limitado a las relaciones jurídico-negociales sometidas a cláusulas generales de la contratación, con la modificación efectuada al artículo 1o. del Decreto Ley 446 de 1985, por medio del Decreto Ley 249 de 1999, se agregó la aplicación de esta norma a los contratos por adhesión individualizados. Es decir, aquellos que no resultan de cláusulas generales de la contratación sino de cláusulas predispuestas y no negociadas para una relación jurídica específica (Costa, 2023, p. 273). Por lo tanto, la exclusión de las cláusulas sorpresivas podrá operar respecto de cláusulas generales de la contratación, como de particulares cláusulas predispuestas y no negociadas. En este aspecto también se observa una diferencia con el derecho

alemán, pues aunque este último tuvo que efectuar algunas modificaciones a su regulación para cumplir con la trasposición de la Directiva 93/13, la extensión del ámbito objetivo de aplicación se limitó a los contratos con consumidores, y sólo respecto de particulares disposiciones —como los párrafos 305, apartado 2, y 306 a 309—, las cuales se podrán aplicar a las condiciones contractuales predispuestas aunque estén destinadas a ser aplicadas por una sola vez, y el consumidor, debido a su carácter predispuesto, no haya podido influir sobre su contenido, tal como lo establece el párrafo 310, apartado 3o., numeral 2o. (Vives, 2002, p. 1253).

Después de haber explorado algunos aspectos generales sobre las cláusulas sorpresivas en el derecho portugués, pasamos ahora a analizar el contenido de la disposición en la que se regulan. Pues bien, a partir de la lectura del artículo 8o., literal c, es posible identificar, de la misma manera que en el derecho alemán, dos requisitos para excluir la aplicación de una cláusula sorpresiva. El primero de ellos es que la cláusula sea insólita; el segundo, que pasen desapercibidas por un contratante normal puesto en la posición de contratante real.

En cuanto al primer requisito, la norma enumera algunos criterios de los que se puede inferir que la cláusula es insólita. Estos son: el contexto en el que aparecen, como se discutió en una sentencia que versaba sobre una relación de consumo derivada de un contrato de seguro, en la que el adherente solicitó la ineficacia de una cláusula que excluía la cobertura por enfermedad psiquiátrica, debido a que esta causal estaba prevista dentro de la lista de causales objetivas que contenía, entre otros eventos, los tornados, pandemias, etcétera, y no dentro de las subjetivas, relacionadas con la persona, en donde según el tribunal habría sido esperable contemplarlas (Acórdão núm. 109/13.0TBMLD.P1.S1, 2015); por el epígrafe que las precede, o por su presentación gráfica, como también se plantea en la sentencia mencionada atrás (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa 1572/10.7TJLSB.L1-7, 2012).

Es posible observar que esos criterios previstos en el artículo 8o., literal c, para identificar la sorpresividad de una cláusula, están relacionados exclusivamente con la forma, y no resulta posible intuir pautas referidas al contenido. Ello permite confirmar la vinculación de las cláusulas sorpresivas en el régimen portugués con el control de incorporación; deducción que se refuerza

za gracias a lo manifestado en algunos antecedentes jurisprudenciales en la materia, en los que se indica que las cláusulas sorpresivas

pueden afectar la cognoscibilidad formal del adherente real, como ocurre cuando se colocan fuera del título apropiado, tienen una presentación gráfica no conforme o aparecen en un contexto inapropiado, o su cognoscibilidad material, cuando se ocultan, desvinculadas del contexto sistemático o racional o escrito, de manera encubierta, sorprendiendo al verdadero adherente. (Acórdão núm. 109/13.0TBMLD.P1.S1, 2015)

En efecto, uno de los objetivos del control de incorporación es la cognoscibilidad de las cláusulas.

De esta manera, se visualiza una diferencia adicional con el derecho alemán, en el que los criterios para establecer la sorpresividad de una cláusula no atienden solamente a su forma sino también a su contenido, a partir de la referencia que se hace en el § 305, c, 1, a las “circunstancias” (ver *supra*). Por esta razón se podría sostener que, pese a la evidente influencia del derecho alemán sobre la regulación de las cláusulas sorpresivas en el régimen portugués, tal como queda plasmado en las palabras de Pinto (2002):

Creo que se trata de impedir que se hagan valer contra el adherente cláusulas que suscitan, justificadamente, reacciones de sorpresa (como las *uberraschende klauseln*, del derecho alemán) al no serle exigible su conocimiento efectivo por la forma engañosa en que fueron disfrazadas o por la forma subrepticia o camuflada en que fueron presentadas, aunque se hayan comunicado previamente. (p. 121)

Así, la regulación de las cláusulas sorpresivas en ambos derechos es muy diferente.

El segundo requisito consiste en que las cláusulas que se ajusten a alguno de los criterios antes indicados pasen desapercibidas por un contratante normal, puesto en la posición de contratante real; por lo tanto, no basta con que las cláusulas hayan sido encubiertas por el predisponente, sino que también es necesario que el adherente no esté en condiciones razonables para percibir

las cláusulas. Es decir, se debe valorar la posibilidad (o no) que tuvo el contratante de conocer esas cláusulas.

En relación con este segundo requisito, la norma se refiere a un “contratante normal”, lo que es entendido en algunas decisiones como aquel que hace parte del conjunto de personas a las que se pueden ofrecer cierto tipo de contratos (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa 1572/10.7TJLSB.L1-7, 2012). De manera un poco diversa se pronuncia Prata (2010, citada en Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa 1572/10.7TJLSB.L1-7, 2012), quien manifiesta que “Por motivos que pueden ser diversos y que, por regla general, no son accidentales —sino resultado de la aplicación de elaboradas técnicas de engaño—, parte del contenido de las cláusulas no es percibido por un contratante de diligencia razonable”.

Así, por ejemplo, en la sentencia que resolvió el asunto de posibles cláusulas sorpresivas en una relación entre empresarios se indicó que, pese a haberse utilizado una letra muy pequeña para transcribir las cláusulas generales de contratación, al no ser de una lectura fácil y cómoda, la forma en que se presentó el texto no hacía imposible, en absoluto, su conocimiento si se hacía un esfuerzo y compromiso aceptables. A esto se suma el hecho de que el representante de la empresa adherente recibió la documentación del contrato, por lo que, según el Tribunal, dispuso de todas las condiciones para informarse del respectivo clausulado y, eventualmente, exigir cualquier esclarecimiento, después de lo cual firmó el contrato y dio espontáneo cumplimiento a su clausulado (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa 1572/10.7TJLSB.L1-7, 2012).

Es evidente que no será igual la valoración de las cláusulas sorpresivas en una relación de consumo, tal como se infiere de una decisión del Tribunal Superior de Justicia, en la que manifestó —sobre una cláusula ubicada en un contexto diferente al esperable— que el predisponente “introdujo una cláusula que, desde el punto de vista de la racionalidad lógico-sistemática, está en las antípodas de la previsibilidad lógica del autor y que obstaculizó su cognoscibilidad, pues es razonable que pasara desapercibida para alguien colocado en la posición de verdadero contratante” (Acórdão núm. 109/13.0TBMLD.P1.S1, 2015).

Para concluir el desarrollo de las cláusulas sorpresivas en el régimen portugués, es preciso indicar que el efecto previsto para las mismas es su exclu-

sión legal, lo que significa que no se consideran integradas al contrato (Costa, 2023, p. 285). Al respecto, es interesante notar cómo en la mayoría de las sentencias sobre cláusulas sorprendivas, aunque el fundamento de las partes se basa de manera particular en el artículo 8o., literal c, en la decisión suele hacerse alusión al artículo 8o. de manera general.

IV. Recepción de las cláusulas sorprendivas en la doctrina, jurisprudencia e intentos de regulación en el derecho español

De la misma forma que en el derecho portugués, en España existe una ley que tiene por objeto regular, de manera general, los contratos que contengan condiciones generales de contratación celebrados entre un predisponente, llamado profesional, y un adherente, que puede ser una persona física o jurídica, profesional o no, sin necesidad de que actúe dentro del marco de su actividad empresarial. En otras palabras, comprende tanto relaciones de consumo (Real Decreto Legislativo 1/2007, art. 59, núm. 3) como relaciones entre empresarios (Ley 7/1998, 1998, art. 2o.). Se trata de la conocida Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, Ley 7/1998 (LCGC).

Sin embargo, pese a la pretendida generalidad de la ley, al interior de ella se plantean ciertas distinciones, según sea el predisponente un consumidor o no. Así, por ejemplo, el control de incorporación rige tanto las relaciones de consumo como las relaciones entre empresarios, aunque se observan algunas variaciones en torno a los criterios aplicables (Ley 7/1998, art. 5o., núm. 5o.). Por su parte, con relación al control de contenido, la ley establece la nulidad de las cláusulas abusivas sólo en el caso de las relaciones de consumo, y no respecto de las relaciones entre empresarios en las que la nulidad de una cláusula dependerá de la vulneración de derecho imperativo (Ley 7/1998, art. 8o.), de lo que infiere la doctrina la ausencia del control de contenido para las relaciones entre empresarios (Mato Pacín, 2017). Entonces, se puede sostener que en la LCGC de España las relaciones entre empresarios están sometidas al control de inclusión, pero no al de contenido.

De otro lado, para entrar a nuestro objeto de estudio se observa que la LCGC no contiene una norma que prohíba las cláusulas sorprendivas (Cañi-

zares, 2015), lo que sí ocurría en el proyecto que la originó cuyo artículo 5o., literal c), que rezaba en su momento: “No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: c) las que de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia” (Proyecto de Ley 121/000079, 1997). Según explica Mato (2017), durante la tramitación parlamentaria la referencia a las cláusulas sorpresivas fue suprimida con fundamento en que esta figura podía generar inseguridad jurídica.

A pesar de lo anterior, varios autores coinciden en afirmar que este tipo de cláusulas han sido acogidas implícitamente por la doctrina y jurisprudencia españolas (Mato, 2017; Cañizares, 2015; Pagador López, 1999; Miranda, 2018), como también en algunos contratos de manera expresa, como el de seguro (Ley del Contrato de Seguro, Ley 50 de 1980, art. 3o.).

El interés que suscitan las cláusulas sorpresivas en el derecho español se vislumbra, más recientemente, en su reconocimiento por medio de disposición concreta dentro de algunos proyectos de reforma legal. Se hace referencia a la Propuesta para la Modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos de 2009 (PMDOC) (Comisión general de codificación, 2009, art. 1261, 3, 1), a la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (PCC) (art. 525-6,5) y al Anteproyecto de Código Mercantil de 2014 (ACM) (Ministerio de Justicia y Ministerio de Economía y Competitividad, 2014, art. 430-3, apartado 2o.).

De la lectura de los artículos anteriores, mediante los cuales se pretende regular las cláusulas sorpresivas en dichos proyectos, es posible deducir una clara tendencia a comprender las cláusulas sorpresivas como un requisito negativo del control de incorporación, pues en las tres propuestas son reguladas dentro de los efectos que se producen cuando las cláusulas no han sido incluidas correctamente. De otra parte, en cuanto a los criterios para establecer la sorpresividad de una cláusula, la PMDOC y la PCC indican que estas no son razonables para el adherente según las características del contrato, de lo que se deduce que atiende, más que todo, al contenido de la cláusula, y, por lo tanto, no toma en consideración la forma en que se introduce esa cláusula. En cambio, en el ACM se explican con mayor detalle los criterios que permiten identificar una cláusula como sorpresiva, al valorar tanto el contenido como la redacción de la respectiva cláusula, de tal manera

que no sea razonablemente previsible para el adherente, a menos que sea aceptada por este de forma expresa.

Al margen de las consideraciones que se puedan hacer en relación con las propuestas de regulación de las cláusulas sorpresivas en los proyectos comentados —especialmente en lo que concierne a su relación con los demás controles adoptados—, este breve recorrido permite confirmar la tendencia mayoritaria en la doctrina española de considerar, como dice Guilarte, que la sede natural de tratamiento de las estipulaciones sorprendentes es la que corresponde a los presupuestos negativos de incorporación (2001). Más aún al tomar en cuenta que el control de contenido no está previsto para su aplicación a las relaciones entre empresarios, por lo que, ante esa ausencia, resulta conveniente reforzar la protección mediante el control de inclusión.

No obstante, también es posible encontrar otras orientaciones. Este es el caso de Miranda (2018), quien considera que hay una estrecha relación entre las cláusulas sorpresivas y el control de transparencia material, pues considera que

merecen denominarse sorprendentes las estipulaciones relativas al objeto principal o parte económica del contrato (precio y prestación) que, de conformidad con las circunstancias y, en especial, con el tipo o naturaleza del contrato celebrado y su contexto, resultan tan insólitas o inesperadas para el adherente que producen el efecto de contravenir de forma manifiesta las legítimas y razonables expectativas que dicho sujeto se había forjado a la hora de decidirse a celebrar el contrato con el predisponente. (p. 18)

Conviene advertir que ese control de transparencia material al que se refiere el autor tampoco está regulado actualmente en el derecho español, pero ha sido objeto de un amplio desarrollo jurisprudencial y de algunos intentos de regulación.

De otra parte, el lector recordará que, cuando se trató sobre la regulación de las cláusulas sorpresivas en el derecho alemán, se comentó que dentro de las modificaciones introducidas al BGB se encuentra la adición —en el párrafo 307 sobre el control de contenido por medio de cláusula general— de un criterio para valorar la posible abusividad de una cláusula, que es, justamente, el de la transparencia material al que se refiere Miranda.

Pues bien, en esa oportunidad también se manifestó que ese nuevo criterio de transparencia material generaba la posibilidad de una confusión con las cláusulas sorpresivas; en especial, si se tiene en cuenta que dentro de los criterios para considerar que una cláusula es insólita se encuentra la valoración sobre su aspecto formal.

Sin embargo, hay autores que no comparten la postura de Miranda, como es el caso de Orduña (2016, citado por Fenoy, 2018, p. 916, n. 153, a), quien considera que es un despropósito conceptual equiparar ambas figuras, pues las cláusulas sorpresivas no cumplen una función de comprensibilidad real, que sí tiene el control de transparencia, sino que se limita a una función de incorporación de la cláusula.

Del mismo modo, Pertúñez (2004, citado por Fenoy, 2018, p. 153, b)) considera oportuno deslindar ambos supuestos, aunque sea sólo a efectos expositivos, pues mientras que la transparencia material es aplicable cuando una cláusula que “incide en la relación de equivalencia entre el precio y la contraprestación” altera el pacto económico establecido entre las partes, las cláusulas sorpresivas se refieren a la falta de previsibilidad de una cláusula según el programa contractual que no ha sido pactado expresamente por las partes, pero que el adherente puede esperar en forma legítima por las circunstancias y la naturaleza del contrato, como derivación de la buena fe.

Comparto la opinión de Pertúñez, pues considero que ambos controles tienen objetivos diferentes, aunque puedan llegar a coincidir en la práctica.

V. Regulación de las cláusulas sorpresivas en el Código Civil y Comercial argentino

Uno de los principales hitos del actual Código Civil y Comercial argentino (Ley 26.994 de 2014) consiste en haber dispuesto un conjunto de normas por medio de las cuales se pretende regular el contrato por adhesión y sus principales vicisitudes. Así lo reconoce Albiez (2019).

Estas normas están previstas en los artículos 984 a 989 del Código Civil y Comercial, por lo que son aplicables a las relaciones entre particulares, en general, sean comerciantes o no, consumidores o no, sin perjuicio de las normas adicionales que regulan el contrato de consumo (art. 1093). Por lo

tanto, el ámbito subjetivo de aplicación de las cláusulas sorpresivas es amplio, pues se aplica a cualquiera de esas relaciones.

En cuanto al ámbito objetivo de aplicación, este dependerá de que el contrato se considere por adhesión, entendido como una “modalidad de consentimiento” (Lorenzetti, 2015, p. 637), en la medida en que con este se restringe la autonomía privada de la parte que adhiere al contenido contractual.

Pues bien, en ese contexto las cláusulas sorpresivas son contempladas en el artículo 988, literal *c*), el cual regula las cláusulas que pueden ser consideradas abusivas, cuyo contenido es el siguiente:

En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: *a*) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; *b*) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; *c*) las que, por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles (Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, 2014).

En consonancia con la sistemática adoptada por el codificador argentino, algunos autores afirman que las cláusulas sorpresivas son una subcategoría de cláusulas abusivas (Lorenzetti, 2015), es decir, que hacen parte del llamado control de contenido.

De otra parte, con relación a los elementos que la componen, aunque en un principio podría pensarse que su regulación es igual de aquella prevista por el legislador alemán, en realidad son diferentes. Recuérdese que en el derecho alemán para reputar una cláusula como sorpresiva es necesario que sea insólita, y que la contraparte de quien emplea esa cláusula no pueda esperar su existencia. Por lo tanto, si se llegara a plasmar expresamente esa cláusula, faltaría el segundo elemento y no habría cláusula sorpresiva. En cambio, según la redacción en el derecho argentino, la falta de previsibilidad puede desprenderse de su contenido, redacción o presentación. Por lo que una cláusula que se aparta, por ejemplo, de su contenido razonable, según el contrato, por más que aparezca de forma expresa tendría que reputarse, de todas maneras, como una cláusula sorpresiva. Aunque no sea imprevisible para el adherente, por estar consagrada en el contrato.

Se tiene la impresión de que el legislador argentino no advirtió la diferencia, pues en el comentario de Lorenzetti al artículo 988 se comprenden los siguientes criterios para valorar la falta de previsibilidad razonable: por una parte, el análisis del *iter* negocial desde la etapa de formación del contrato; de otra, la contradicción con las expectativas legítimas y normales que un adherente puede tener respecto de un contrato de la naturaleza del celebrado, agregando que esto debe provocar un desequilibrio en la relación de equivalencia (Lorenzetti, 2015). Esto último es confirmado por el mismo autor, al manifestar que “No es suficiente que la cláusula sorpresiva sea inesperada. Es preciso que se trate de una situación de acentuada inequidad (desequilibrio) y de subrayada anormalidad” (Lorenzetti, 2015, p. 654). Lo que llama poderosamente la atención, pues se trata de un requisito al que no se refieren las otras experiencias jurídicas analizadas. Se puede conjeturar que esto resulta explicable porque las cláusulas sorpresivas son consideradas, en el derecho argentino, una subcategoría de las abusivas; y estas últimas se caracterizan, entre otras cosas, por producir un desequilibrio jurídico injustificado entre las partes contratantes. Aunque es preciso advertir que la norma no alude expresamente a ese requisito. En este sentido, Albiez (2019), al referirse a las cláusulas sorpresivas en el derecho argentino, sostiene que “Si en un primer momento se consideraba un problema estrictamente de conocimiento y comprensión de las cláusulas, ahora también se defiende que las cláusulas sorprendentes pueden ser abusivas” (p. 240).

También conviene destacar que el mismo autor sostiene que “Debe tratarse de una cláusula que no es normal incluir entre las cláusulas predispuestas con las que se opera; no se contaba razonablemente con su inclusión” (Lorenzetti, 2015, p. 654), de lo que se podría inferir que, para el autor, se trata de cláusulas que han superado el control de inclusión, pero deben ser sometidas a un control ulterior de contenido, de carácter judicial (Lorenzetti, 2015).

De otra parte, de la lectura del artículo 988 en su conjunto y, por tanto, de las otras causales para establecer la abusividad de una cláusula, surge el interrogante sobre cómo distinguir entre una cláusula que no sea previsible en razón de su contenido y otra que desnaturaliza el contenido contractual. ¿No podrían llegar a ser lo mismo?

Para tratar de resolver esa pregunta se podría pensar en un contrato de agencia en el que se podría considerar imprevisible, hipotéticamente —

bajo el entendido de que comúnmente en los contratos celebrados por adhesión se respete este derecho—, la cláusula por medio de la cual se consagra expresamente que el agente no gozará de exclusividad, teniendo en cuenta que lo previsible habría sido lo contrario. En cambio, una cláusula que desnaturaliza el contrato sería aquella por medio de la cual se pretende desconocer la prestación remuneratoria del artículo 1324, inciso 1, bajo el presupuesto de que esta última norma no es de carácter imperativo. Este ejemplo nos permite despejar la inquietud sobre la posibilidad de distinguir entre ambos supuestos, aunque es muy posible que, en la práctica, en ocasiones no sea tan fácil.

VI. Propuesta para una eventual regulación de las cláusulas sorpresivas en el derecho colombiano

Después de haber hecho un análisis comparado de las cláusulas sorpresivas en algunos de los ordenamientos jurídicos en los que se adoptan por vía legislativa o jurisprudencial se considera posible aportar las siguientes ideas para su eventual regulación, dentro de lo que podría ser un régimen general de la contratación adhesiva en Colombia:

- En caso de ser reguladas, conviene otorgar una autonomía formal a este tipo de cláusulas, y no comprenderlas dentro de otro tipo de mecanismos de protección en favor del adherente.
- Se considera oportuno dar un trato distinto a las cláusulas sorpresivas en las relaciones de consumo y en aquellas que no son de consumo como, por ejemplo, entre empresarios.
- Se considera conveniente que los requisitos para identificar las cláusulas sorpresivas dependan de una cuestión de fondo, relacionada con la falta de congruencia de esas cláusulas respecto del contenido común de cierto tipo contractual según el sector que suele celebrarlo. Sólo deberían valorarse aspectos relacionados con la forma en el caso de que una eventual regulación del tema no prevea la posibilidad de un control de incorporación en las relaciones entre empresarios.

- En el caso de las cláusulas sorprendivas en los contratos entre empresarios siempre se exigirá un análisis del caso concreto en el que serán determinantes la información suministrada por las partes en la etapa precontractual, los contratos celebrados con anterioridad entre las mismas partes, entre otros aspectos.
- Teniendo en cuenta que no se trata de un control en abstracto, sino en concreto, el tipo de ineficacia que produzca la transgresión de su prohibición exigirá una intervención judicial.
- Finalmente, no se considera conveniente limitar las cláusulas sorprendivas al mero ámbito de la interpretación contractual.

VII. Conclusiones

Después de haber hecho este estudio comparado entre algunos de los ordenamientos que adoptan las cláusulas sorprendivas, podemos concluir que en todos ellos lo que se pretende con su tipificación es evitar cláusulas que el adherente no haya podido prever. Asimismo, se observó que sólo en el derecho alemán las cláusulas sorprendivas son formalmente autónomas respecto de los demás mecanismos de control. En los demás ordenamientos, suelen estar comprendidas dentro del control de incorporación o de contenido.

Por otra parte, se observó cómo los requisitos que permiten identificar las cláusulas sorprendivas en los ordenamientos analizados oscilan entre aspectos relacionados con la forma de las cláusulas —por ejemplo, su ubicación—, aspectos relacionados con el fondo —como el distanciamiento de lo que resulta común para cierta tipología contractual—, y ocasiones en los que confluyen ambos aspectos —tal como ocurre actualmente en el derecho alemán—.

Finalmente, se concluye que, algunas veces, es inevitable la posibilidad de solapamiento entre los diferentes controles, debido a la similitud que pueden presentar. Lo que no es óbice para regular las cláusulas sorprendivas, pues estas representan una alternativa adicional para la protección del adherente; más aún cuando algunos de esos controles además de coincidir en sus fines o requisitos, lo hacen también en sus efectos.

VIII. Referencias

- Albiez Dohrmann, K. J. (2019). Algunos desiderátums sobre las condiciones generales de la contratación. Diálogo francés, español y argentino con trasfondo europeo y latinoamericano. *Anuario de Derecho Privado*, (1), 215-256. <https://doi.org/10.15425/2017.202>
- Albiez Dohrmann, K. J. (2014). Das condições gerais dos contratos/cláusulas abusivas: e o enfoque acerca do estado da questão na Alemanha. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, 4(16), 183-210. https://revista-luso.s3.us-east-2.amazonaws.com/16_REVISTA+LUSO+-+DEZEMBRO+2014.pdf
- Beale, H. (2016). “Surprising” or “Unfair”? Controls over Standard Terms. En *Eppur si muove: The age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday* (vol. 2; pp. 975-987). Unidroit.
- Bundesgerichtshof (26 de julio de 2012). Urteil núm. VII ZR 262/11 <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=26.07.2012&Aktenzeichen=VII%20ZR%20262/11>
- Cañizares, A. (2015). Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. *Revista de Derecho Civil*, 2(3), 67-105.
- Comisión General de Codificación. Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009). https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430960594-Propuesta_para_la_modernizacion_del_Derecho_de_obligaciones_y_contratos_Ano_2009.PDF
- Córdoba Toro, J. C. (2017). Las cláusulas sorpresivas en los contratos internacionales de adhesión. *Revista Pluriverso*, 9(9), 29-50.
- Costa, R. (2023). Os deveres de comunicação e de informação no regime dos contratos de adesão e a jurisprudência do STJ. *Boletim da Faculdade de Direito Studia Iuridica*, 1(112), 273-294. https://www.ricardo-costa.com/data/FILEP_72_2024317111634.pdf
- Decreto-Lei núm. 446/85, Institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais (25 de outubro de 1985). *Diário de la República*, núm. 246/1985.
- Fenoy, N. (2018). El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: su análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo,

- de la doctrina científica española, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Anuario de Derecho Civil*, 71(3), 855-1049. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6763566.pdf>
- Franceschelli, V., y Lehmann, M. (1978). La nuova legge tedesca sulle condizioni generali di contratto. *Il Foro Italiano*, 101, 35-57. <https://www.jstor.org/stable/23169370>
- Frota, M. (2013). As condições gerais dos contratos em Portugal. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, 76, 249-261.
- García Varela, R. (2007). Cláusulas “claims made” y cláusulas sorpresivas. *Cercha; Revista de los Aparejadores y Arquitectos Técnicos*, (90), 34-38.
- Giraldo Laguado, C. A. (2003). Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro. *Vniversitas*, 52(105), 231-251.
- Guilarte Gutiérrez, V. (2001). El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación (crónica de lo incomprensible). *Anuario de Derecho Civil*, 54(3), 1105-1144. <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/5936/5936>
- Hernández Paulsen, G., y Campos Micin, S. (2021). Funciones y alcance del control de incorporación, con especial referencia a la contratación de productos y servicios financieros. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 34(1), 51-70. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502021000100051>
- Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de La Contratación (14 de abril de 1998). *BOE*, núm. 89.
- Lorenzetti, R. L. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado; tomo V*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Mancera Cota, A. (2008). Consideraciones durante el proceso comparativo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 41(121), 213-243. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2008.121.3963>
- Mato, M. N. (2017). *Cláusulas abusivas y empresario adherente*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2017-81
- Ministerio de Justicia. Anteproyecto de Ley del Código Mercantil (30 de mayo de 2014). <https://www.mjusticia.gob.es/es/ElMinisterio/GabineteComu->

nizacion/Documents/1292427023422-Anteproyecto_de_Ley_de_Código_Mercantil.pdf

- Miranda Serrano, L. M. (2018). El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria. *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 1-80. <https://indret.com/wp-content/uploads/2018/07/1386.pdf>
- Oberlandesgericht Hamm (8 de junio de 2017). *Urteil*, núm. 18 U 9/17. https://nrwe.justiz.nrw.de/olgs/hamm/j2017/18_U_9_17_Urteil_20170608.html
- Ortiz Fernández, M. (2017). Las cláusulas sorpresivas en los contratos de seguro: ¿Delimitación o limitación? A propósito de la STS 732/2017, de 2 de marzo. *Revista Lex Mercatoria*, (7), 101-118. <https://doi.org/10.21134/lex.vi.543>
- Pagador, J. (1999). *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas: la Ley de condiciones generales de la contratación de 1998*. Marcial Pons.
- Pinto Monteiro, A. (2002). O novo regime jurídico dos contratos de adesão. *Revista da Ordem dos Advogados*, 62(1), 111-142.
- Proyecto de Ley 121/000079. Condiciones Generales de la Contratación (5 de septiembre de 1997). *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, núm. 78.
- Ramberg, C. (2016). The Rules on Standard Terms in the Unidroit Principles: Misplaced and Misleading. En *Eppur si muove: The age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday* (vol. 2; pp. 1640-1648). Unidroit.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (30 de noviembre de 2007). *BOE*, núm. 287.
- Supremo Tribunal de Justiça (2 de junio de 2015). Acórdão núm. 109/13.0TBMLD.P1.S1 [MP Elder Roque] https://vlex.pt/vid/acordao-n-109-13-1044027707?from_fbt=1&forw=go&fbt=preview
- Tribunal da Relação de Lisboa (18 de diciembre de 2012). Acórdão núm. 1572/10.7TJLSB.L1-7 [MP Luís Espírito Santo] <http://www.gde.mj.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc...0257b1d004043dd?OpenDocument&Highlight=0,1572%2F10.7TJLSB.L1-7>
- Tribunal da Relação de Lisboa. (14 de septiembre de 2017). Acórdão núm. 9065/15.0T8LSB-2 [MP Martins Pedro] <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/331>

82fc732316039802565fa00497ecc/5e749c270dacbd2a802581a9003078aa?OpenDocument&Highlight=0,2527%2F10

Ulmer, P. (1988). Diez años de la Ley Alemana de Condiciones Generales de los Contratos: retrospectiva y perspectivas. *Anuario de Derecho Civil*, 41(3), 763-788. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2769281.pdf>

Vives, M. L. (2002). Traducción Ley modernización BGB. *Anuario de Derecho Civil*, 55(3), 1229-1310.

Cómo citar

IJ-UNAM

Camacho López, María Elisa, “Análisis comparado de las cláusulas sorpresivas en los ordenamientos jurídicos de Alemania, Portugal, España y Argentina”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 58, núm. 173, 2025, e20089. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2025.173.20089>

APA

Camacho López, M. E. (2025). Análisis comparado de las cláusulas sorpresivas en los ordenamientos jurídicos de Alemania, Portugal, España y Argentina. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 58(173), e20089. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2025.173.20089>